



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

**JURISPRUDENCIA
RELEVANTE DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL**

TOMO VI

(Junio 2014 · Diciembre 2015)



CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

JURISPRUDENCIA RELEVANTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TOMO VI

(Junio 2014 · Diciembre 2015)

Carlos Ramos Núñez
(Editor)



CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

Jurisprudencia relevante del Tribunal Constitucional – Tomo Sexto

Hecho el Depósito Legal de la Biblioteca Nacional del Perú: N° 2016-07999

Edición Oficial del Tribunal Constitucional del Perú

© Copyright: Tribunal Constitucional

Jr. Ancash 390, Cercado de Lima – Lima

Primera edición: junio 2016

Tiraje: 250 ejemplares

Impreso en Perú

Servicios Gráficos JMD S.R.L.

Av. José Gálvez 1549 - Lince

Telfs.: 470-6420 / 472-8273

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
DEL PERÚ**

Presidente

Manuel Miranda Canales

Vicepresidenta

Marianella Ledesma Narváez

Magistrados

Óscar Urviola Hani

Ernesto Blume Fortini

Carlos Ramos Núñez

José Luis Sardón de Taboada

Eloy Espinosa-Saldaña Barrera

**CENTRO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES**

Director General

Carlos Ramos Núñez

ÍNDICE

(TOMO VI)

Presentación 15

A. PROCESOS ORGÁNICOS

AÑO 2014

Sentencia 00012-2012-PI/TC

Municipalidad Provincial de Mariscal Nieto – Moquegua

Caso Centro Poblado de Pasto Grande

Se declaró la inconstitucionalidad de la Ordenanza Municipal 209-CMPP-2008 y la Ordenanza Municipal 401-2014-MPP, emitidas por la Municipalidad Provincial de Puno

21

7

Sentencia 00012-2014-PI/TC

Ciudadanos

Caso Fonavi

Se declaró fundada en parte la demanda interpuesta contra la Séptuagésima Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley 30114, e infundada en lo demás que contiene, y se precisó el plazo para la inscripción de los fonavistas

37

AÑO 2015

Sentencia 00011-2013-PI/TC

Colegio de Abogados de Lima Norte

Caso Ley de Protección a la Economía Familiar

Se declaró infundada la demanda interpuesta contra el artículo 2 de la Ley 29947, Ley de Protección a la Economía Familiar

71

Sentencia 00021-2012-PI/TC, 00008-2013-PI/TC, 00009-2013-PI/TC, 00010-2013-PI/TC y 00013-2013-PI/TC (expedientes acumulados)

Colegio de Profesores del Perú y ciudadanos

Caso Ley de Reforma Magisterial 3

Se declararon fundadas en parte las demandas interpuestas contra el artículo 18.1.d de la Ley, e infundadas e improcedentes en los demás extremos, debiendo interpretarse los artículos 44 y 71.a.9 conforme a lo estipulado en la sentencia **107**

Sentencia 00022-2011-PI/TC

Ciudadanos

Caso Justicia Militar

Se declaró fundada en parte la demanda y, en consecuencia, inconstitucionales diversos artículos, en todo o en parte, del Decreto Legislativo 1094 y del Decreto Legislativo 1095, e infundada e improcedente en lo demás que contiene, reafirmandose la constitucionalidad de diversos artículos del Decreto Legislativo 1094 y del Decreto Legislativo 1095; debiendo interpretarse los artículos XIV.e y XIV.d del Título Preliminar del Decreto Legislativo 1094, y los artículos 3.f, 4.3, 5.1, 23.d y 27 del Decreto Legislativo 1095, conforme a lo estipulado en la sentencia **197**

Sentencia 00001-2014-PCC/TC

Gobierno Regional del Callao

Caso Transporte Terrestre de Mercancías - Callao

Se declaró infundada la demanda competencial interpuesta **353**

8

Sentencia 00005-2013-PCC/TC

Municipalidad Distrital de Jesús María

Caso Parque de los Próceres

Se declaró fundada la demanda competencial interpuesta y, en consecuencia, se declaró la competencia de la Municipalidad Distrital de Jesús María para administrar el predio en cuestión **363**

Sentencia 00003-2013-PI/TC, 00004-2013-PI/TC y 00023-2013-PI/TC (expedientes acumulados)

Colegio de Abogados del Callao, Colegio de Abogados de Arequipa y ciudadanos

Caso Ley de Presupuesto Público

Se declararon fundadas en parte las demandas y, en consecuencia, inconstitucional la prohibición de negociación colectiva para incrementos salariales de los trabajadores de la Administración Pública, siendo parcialmente inconstitucional por el fondo el artículo 6 de la Ley 29951, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013, y por conexidad inconstitucionales también los artículos 6 de la Ley 30114, Ley de Pre-

<p>supuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2014, y de la Ley 30182, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2015; inconstitucionales por la forma el segundo párrafo de la Quincuagésima Cuarta Disposición Complementaria Final de la Ley 29812 y el tercer párrafo de la Quincuagésima Octava Disposición Complementaria Final de la Ley 29951; infundadas en los demás extremos; y se exhortó al Congreso de la República a que, en el marco de sus atribuciones, y conforme a lo señalado en la sentencia, apruebe la regulación de la negociación colectiva acotada, a partir de la primera legislatura ordinaria del periodo 2016-2017 y por un plazo que no podrá exceder de un año, lapso dentro del cual se decretó la <i>vacatio sententiae</i> del primer punto resolutivo de la sentencia</p>	385
<p>Sentencia 00014-2014-PI/TC, 00016-2014-PI/TC, 00019-2014-PI/TC y 00007-2015-PI/TC (expedientes acumulados) Colegio de Abogados de Lima, Colegio de Abogados de Lima Norte, congresistas y ciudadanos Caso Ley Universitaria Se declararon infundadas las demandas interpuestas contra la Ley 30220, Ley Universitaria, debiendo interpretarse que el plazo de adecuación de cinco años establecido en la Disposición Complementaria Transitoria Tercera comienza a computarse desde el momento de la publicación de la sentencia en el diario oficial <i>El Peruano</i></p>	467
<p>Sentencia 00001-2013-PI/TC Poder Ejecutivo Caso Vehículos M2 Clase III – Arequipa Se declaró fundada en parte la demanda y, en consecuencia, inconstitucionales los artículos 3, 4 y 5 de la Ordenanza Regional 153-Arequipa, y por conexidad el artículo 1 de la Ordenanza Regional 220-Arequipa, improcedente respecto de los artículos 1 y 2 de la Ordenanza Regional 153-Arequipa; y se exhortó al Gobierno Regional de Arequipa a que, en un plazo razonable, desarrolle y materialice un Plan de Ajuste del Transporte Público en la Región Arequipa que se adecue a las reglas relativas a las condiciones técnicas de los vehículos de transporte público de personas, previstas en la Ley 27181, Ley General de Transportes y normativa correspondiente</p>	597

B. PROCESOS DE TUTELA DE DERECHOS

AÑO 2014

Sentencia 00776-2014-PA/TC

Caso César José Hinostroza Pariachi (expediente 01034-2013-PA/TC)
Sobre nombramiento de fiscales por el Consejo Nacional de la Magistratura **621**

Sentencia 00791-2014-PA/TC

Caso Mateo Grimaldo Castañeda Segovia (expediente 01044-2013-PA/TC)
Sobre nombramiento de fiscales por el Consejo Nacional de la Magistratura **671**

Sentencia 07357-2013-PA/TC

Caso Alberto Chinchay Murga
Sobre equivalencia en el grado, honores, remuneraciones y pensiones de policías y militares **741**

10

Sentencia 04577-2012-PA/TC

Caso S.A.O.E. representado(a) por Yicela Angélica Egúsqüiza Meza
Sobre derecho a la educación y discriminación **751**

Sentencia 00273-2010-PA/TC

Caso Sindicato Unitario de Trabajadores de Electrolima Empresas Concesionarias Eléctricas y Afines — Sutececa
Sobre el uso del polígrafo **771**

AÑO 2015

Sentencia 01401-2013-PC/TC

Caso Luis Alberto Zaldívar López
Sobre bonificación mensual por preparación de clases **785**

Sentencia 01931-2013-HC/TC

Caso Juana Griselda Payaba Cachiche (expediente 01126-2011-HC/TC)
Sobre ejecución de sentencias y recurso de apelación por salto **793**

Sentencia 00295-2012-HC/TC

Caso Aristóteles Román Arce Paucar
Doctrina jurisprudencial vinculante respecto al derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable **811**

Sentencia 03655-2011-PA/TC	
Caso Sindicato de Empleados de la Administradora Clínica Ricardo Palma S.A.	
Sobre negociación colectiva	823
Sentencia 00645-2013-PA/TC	
Caso Victoria Catalina Castañeda Arizaga	
Sobre el derecho a la remuneración y límites a la embargabilidad	833
Auto 02214-2014-PA/TC	
Caso Inocente Puluche Cárdenas	
Doctrina jurisprudencial vinculante sobre intereses legales no capitalizables en materia pensionaria y la exigencia de otorgar mayor celeridad a los procesos que involucren derechos de las personas ancianas cuanto mayor sea la edad de dichas personas	847
Sentencia 02071-2009-HC/TC	
Caso Edgar Ernando Acevedo López	
Sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad	865
Sentencia 01205-2012-PA/TC	
Caso Donato Sancho Canasa	
Sobre el derecho a la remuneración y límites a la embargabilidad	879
Sentencia 02738-2014-HC/TC	
Caso Carlos Mauro Peña Solís representado por Alberto Torres Lara	
Sobre el uso de videoconferencias en el proceso penal	885
Sentencia 02505-2011-PA/TC	
Caso Sindicato Integral de Trabajadores Municipales de Lambayeque – Sinitramun	
Sobre negociación colectiva	897
Auto 01761-2014-PA/TC	
Caso Noemí Irene Zanca Huayhuacuri	
Doctrina jurisprudencial vinculante sobre necesidad de adjuntar resoluciones cuestionadas	905
Sentencia 00422-2013-PA/TC	
Caso Fernando Augusto Vásquez Ching	
Sobre el derecho a la remuneración y límites a los descuentos por planilla	923

Sentencia 01665-2014-HC/TC	
Caso C.F.A.P. representado(a) por Juan Temístocles García Córdova – Abogado	
Doctrina jurisprudencial vinculante sobre el cómputo del plazo de notificación para apelación de sentencias a menores	929
Sentencia 05811-2015-HC/TC	
Caso Nadine Heredia Alarcón	
Sobre la procedencia del recurso de agravio constitucional excepcional por vulneración del orden constitucional	957

C. PRECEDENTES VINCULANTES

AÑO 2014

Sentencia 00987-2014-PA/TC	
Caso Francisca Lilia Vásquez Romero	
Precedente vinculante según el cual el Tribunal Constitucional emitirá sentencias interlocutorias denegatorias conforme a la regla contenida en el fundamento 49 de la sentencia	1019

12

AÑO 2015

Sentencia 05057-2013-PA/TC	
Caso Rosalía Beatriz Huatuco Huatuco	
Precedente vinculante contenido en los fundamentos 18, 20, 21, 22 y 23 sobre contratación laboral pública; se estableció que procede la reposición solo cuando el demandante haya ingresado a la Administración Pública mediante concurso público de méritos para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada	1033
Sentencia 02383-2013-PA/TC	
Caso Elgo Ríos Núñez	
Precedente vinculante contenido en los fundamentos 12 al 15 y 17, sobre la vía igualmente satisfactoria en los procesos de amparo, conforme a los cuales debe interpretarse el artículo 5, inciso 2, del Código Procesal Constitucional	1107
Sentencia 04968-2014-HC/TC	
Caso Alejandro Toledo Manrique	
Precedente vinculante contenido en los fundamentos 21 (segundo párrafo), 23 (segundo párrafo), 33, 42 (párrafo final), 45 (tercer párrafo), 49 (segundo párrafo), 55 (párrafo final), 63 (primer párrafo), 67, 82 (primer	

párrafo), 83 (primer párrafo) y 90 (primer párrafo), referidos a las comisiones investigadoras del Congreso, el planteamiento de preguntas al acusado, las exhortaciones del Tribunal Constitucional, el deber de dar a conocer los cargos al acusado, tiempo y medios adecuados para la defensa, y el levantamiento del secreto bancario por parte de una comisión investigadora 1131

ÍNDICE TEMÁTICO 1181

PRESENTACIÓN

Carlos Ramos Núñez

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

El año 2013, el Tribunal Constitucional, por medio del Centro de Estudios Constitucionales, entonces dirigido por el Magistrado Gerardo Eto Cruz, publicó cuatro tomos sobre la jurisprudencia relevante del Tribunal Constitucional. En esta colección se recopilaron y publicaron las sentencias más importantes emitidas por el Tribunal Constitucional desde sus inicios en 1996 hasta diciembre de 2012.

Han pasado ya tres años desde entonces y, en ese lapso, en el que se ha producido una renovación de magistrados en esta alta sede constitucional, se ha emitido una cantidad significativa de sentencias, de gran importancia por su incidencia jurisdiccional y pública. Es por esta razón que el Pleno actual del Tribunal Constitucional, presidido por el Magistrado Manuel Miranda Canales, ha juzgado oportuno continuar la publicación de esta colección, función que ha recaído nuevamente en el Centro de Estudios Constitucionales, el cual ahora dirige quien escribe estas líneas.

15

Los criterios de selección de los fallos jurisdiccionales que forman parte de esta compilación ya han sido fijados con anterioridad en el Estudio Preliminar publicado en el tomo I. No obstante, a modo de recordatorio, conviene precisar que las sentencias elegidas lo han sido por la incidencia de la decisión en el ordenamiento jurídico, que en muchos casos ha supuesto la expulsión de una norma, la fijación de nuevos sentidos interpretativos o la cabal reconfiguración de un cuerpo normativo. Se ha incluido también sentencias que desarrollan principios constitucionales, esclarecen contenidos de derechos fundamentales o dilucidan y delimitan sus alcances, y que dan cuenta de la esencial labor garantista que cumple el Tribunal Constitucional; función que, como sabemos, le ha sido encomendada por nuestra Norma Fundamental. La compilación, por último, reúne sentencias que innovan el ordenamiento y que desarrollan casos difíciles; las que tienen un valor pedagógico por los temas que desarrollan; y, por supuesto, las que establecen precedentes vinculantes.

Desde un punto de vista estructural, el tomo que ahora publicamos abarca el período que va de junio de 2014 a diciembre de 2015, cuando se nombró a seis nuevos magistrados, de manera que se produjo una renovación casi total del Pleno.

Internamente, el tomo se encuentra dividido en tres secciones principales. La primera sección está dedicada a los procesos orgánicos, es decir, los procesos de inconstitucionalidad y los competenciales; la razón de ser de un Tribunal Constitucional. En la segunda sección se encuentran los procesos de tutela de derechos: los hábeas corpus, los amparos, las acciones de cumplimiento y los hábeas data. Finalmente, en la sección tercera se encuentran recogidos los precedentes vinculantes. Las sentencias se encuentran ordenadas según su fecha de publicación en el Portal Oficial del Tribunal Constitucional.

Respecto a la jurisprudencia relevante en materia de procesos orgánicos, cabe destacar la sentencia 00012-2014-PI/TC, sobre el Fonavi; la sentencia 00011-2013-PI/TC, en la que se confirmó la constitucionalidad de la Ley de Protección a la Economía Familiar; la sentencia 00022-2011-PI/TC, sobre justicia militar; y, entre otras, la sentencia 00014-2014-PI/TC, donde se confirmó la constitucionalidad de la Ley Universitaria.

16 La sección de procesos de tutela de derechos comienza con dos sentencias emitidas por el Pleno anterior del Tribunal Constitucional en materia de nombramiento de fiscales por el Consejo Nacional de la Magistratura: las sentencias 00776-2014-PA/TC y 00791-2014-PA/TC. Ambas fueron objetadas vía recursos de reposición y estos fueron finalmente resueltos mediante autos emitidos por el nuevo Pleno del Tribunal. También cabe destacar la sentencia 02071-2009-HC/TC, en la cual el Tribunal reafirmó la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad; y el auto 02214-2014-PA/TC, mediante el cual se priorizó la tutela del derecho a la pensión de las personas de avanzada edad.

Por último, hasta diciembre de 2015 el nuevo Pleno del Tribunal ha emitido cuatro precedentes vinculantes. El primero es el contenido en la sentencia 00987-2014-PA/TC, en el cual se estableció que el Tribunal podrá emitir sentencias interlocutorias denegatorias, lo que ha conferido una nueva dimensión a la determinación de la especial trascendencia o relevancia constitucional en la jurisprudencia constitucional. Fue publicado en el 2014.

Durante el año 2015 se emitieron otros tres precedentes vinculantes: el contenido en la sentencia 05057-2013-PA/TC, en el cual se establecieron las reglas de procedibilidad para la reposición laboral pública; el contenido en la sentencia 02383-2013-PA/TC, sobre la vía igualmente satisfactoria en los procesos de amparo, de acuerdo con el cual debe interpretarse el artículo 5, inciso 2, del Código Procesal Constitucional;

y el contenido en la sentencia 04968-2014-HC/TC, que aborda diversas materias, particularmente las referidas a las comisiones investigadoras del Congreso y al derecho de defensa.

La importancia de este texto es obvia. Y no solo porque —creemos— será de inestimable ayuda para la rápida consulta de la jurisprudencia de este Tribunal, en beneficio de la comunidad jurídica y la ciudadanía en general, deseosa de conocer sus nuevos derroteros; sino, sobre todo, porque da cuenta de la actividad jurisdiccional de esta alta sede de justicia constitucional, labor sostenida en el tiempo por un imperativo central: la protección cabal de los derechos fundamentales.



A. PROCESOS ORGÁNICOS

Sentencia 00012-2012-PI/TC

Proceso de inconstitucionalidad interpuesto por la Municipalidad Provincial de Mariscal Nieto — Moquegua contra las ordenanzas municipales 209-CMPP-2008 y 401-2014-MPP, emitidas por la Municipalidad Provincial de Puno. El Tribunal declaró fundada la demanda.

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 19 de setiembre de 2014

Resumen: El Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad de la Ordenanza 209-CMPP-2008, modificada por la Ordenanza Municipal 401-2014-MPP, que creó la Municipalidad del Centro Poblado de Pasto Grande, por contravenir los artículos 102, inciso 7, y 194 de la Constitución y, adicionalmente, los artículos III del Título Preliminar, 9, inciso 19, 128 y 129 de la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades.

La municipalidad demandante alegó que la ordenanza impugnada creó la Municipalidad del Centro Poblado de Pasto Grande del Distrito de Ácora, Puno, en territorios en disputa entre Puno y Moquegua, y que, si bien las municipalidades están facultadas para pronunciarse sobre demarcaciones territoriales en su circunscripción, carecen de legitimidad para fijar, modificar o recortar sus propios límites, toda vez que dicha facultad le corresponde al Poder Legislativo, a propuesta del Poder Ejecutivo, conforme al artículo 102, inciso 7, de la Constitución y al artículo 1 de la Ley 27795, Ley de Demarcación y Organización Territorial.

El Tribunal estimó que constituye una facultad de las municipalidades provinciales crear municipalidades de centros poblados a través de una ordenanza municipal, pero tal facultad está condicionada a la norma que se desprende del artículo 102, inciso 7, de la Constitución, en la medida en que no resulta admisible que una municipalidad provincial constituya un centro poblado fuera de los límites de la circunscripción territorial que le ha determinado el Congreso de la República, pues ello implicaría una usurpación de funciones por parte de la municipalidad correspondiente. El Tribunal hizo hincapié en que “las delimitaciones limítrofes existentes entre los departamen-

tos de Puno y Moquegua tienen carácter referencial en tanto culmine el proceso de saneamiento de límites territoriales a nivel nacional” (fundamento 11 de la Sentencia 00033-2009-PI/TC), situación que se mantenía hasta la fecha de la sentencia.

Por tal razón, el Tribunal concluyó que, al no haberse establecido definitivamente el límite territorial entre Puno y Moquegua, resultaba incierto si parte del territorio asignado a la Municipalidad del Centro Poblado de Pasto Grande formaba parte de la Municipalidad Provincial de Puno o de la Municipalidad Provincial de Mariscal Nieto.

Temas Claves: Demarcación territorial.

PLENO JURISDICCIONAL

Expediente 00012-2012-PI/TC

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Del 20 de agosto de 2014

STC- 05.14.PI

Caso Centro Poblado de Pasto Grande

MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE MARISCAL NIETO (MOQUEGUA) c.
MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE PUNO (PUNO)

Asunto

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra la Ordenanza Municipal 209-CMPP-2008 (Puno)

23

Magistrados firmantes:

SS.

URVIOLA HANI

MIRANDA CANALES

BLUME FORTINI

RAMOS NÚÑEZ

SARDÓN DE TABOADA

LEDESMA NARVÁEZ

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

EXP. N.º 00012-2012-PI/TC

MOQUEGUA

MUNICIPALIDAD DE MARISCAL NIETO – MOQUEGUA

TABLA DE CONTENIDOS

I. CUESTIONES PRELIMINARES	3
A. PETITORIO	3

B. DEBATE CONSTITUCIONAL	
B-1. Demanda	3
B-2. Contestación de la demanda	4
B-3. Solicitud de Sustracción de la Materia	4
C. FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS	4
II. FUNDAMENTOS	4
III. FALLO	10

EXP. N.º 00012-2012-PI/TC

MOQUEGUA

MUNICIPALIDAD DE MARISCAL NIETO – MOQUEGUA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Arequipa, a los 20 días del mes de agosto de 2014, el Tribunal Constitucional, en sesión del Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Urviola Hani, presidente; Miranda Canales, vicepresidente; Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taobada, Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia.

24

I. CUESTIONES PRELIMINARES

A. PETITORIO

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por la Municipalidad Provincial de Mariscal Nieto (Moquegua) contra la Ordenanza Municipal 209-CMPP-2008, de fecha 21 de julio de 2008, modificada por la Ordenanza Municipal 401-2014-MPP, de fecha 29 de abril de 2014, emitida por la Municipalidad Provincial de Puno (Puno), que crea la Municipalidad del Centro Poblado de Pasto Grande del Distrito de Ácora, Puno, por contravenir el artículo 102.7 de la Constitución Política del Perú.

B. DEBATE CONSTITUCIONAL

Los argumentos de las partes intervinientes en este proceso son los que se presentan a continuación:

B-1. DEMANDA

La demanda interpuesta por Municipalidad Provincial de Mariscal Nieto (Moquegua) se sustenta en los siguientes argumentos:

- La ordenanza impugnada crea la Municipalidad del Centro Poblado de Pasto Grande del Distrito de Ácora, Puno, cuyos límites abarcan territorios en disputa entre Puno y Moquegua.
- Si bien las municipalidades provinciales están facultadas, conforme a lo dispuesto en el artículo 79 de la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, para pronunciarse respecto de las acciones de demarcación territorial dentro de su circunscripción, carecen de legitimidad para fijar, modificar o recortar sus propios límites, toda vez que dicha facultad le corresponde al Poder Legislativo, a propuesta del Poder Ejecutivo, conforme lo señalan el artículo 102.7 de la Constitución y el artículo 1 de la Ley 27795, Ley de Demarcación y Organización Territorial.
- Al establecer los límites de la Municipalidad del Centro Poblado de Pasto Grande, la Municipalidad Provincial de Puno estaría entonces usurpando competencias que no le corresponden, puesto que, lejos de respetar los procedimientos establecidos en el ordenamiento jurídico sobre demarcación territorial, estaría fijando límites entre provincias y entre Puno y Moquegua.

B-2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

25

La Municipalidad Provincial de Puno (Puno), en tanto órgano emisor, ha sido la entidad encargada de defender la constitucionalidad de la norma impugnada. En tal sentido, ha contestado la demanda solicitando se declare infundada en todos sus extremos sobre la base de los siguientes argumentos:

- La Ordenanza Municipal 209-CMPP constituye una expresión legítima de su facultad, reconocida en el artículo 9.19 de la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, para crear y establecer los límites de las municipalidades de centros poblados.
- Los límites de la Municipalidad del Centro Poblado de Pasto Grande se encuentran dentro del territorio del distrito de Ácora y, por consiguiente, dentro de Puno.

B-3. SOLICITUD DE SUSTRACCIÓN DE LA MATERIA

Mediante escrito de fecha 12 de mayo de 2014, la Municipalidad Provincial de Puno solicitó la declaración de sustracción de la materia en el presente caso, toda vez que, con fecha 29 de abril de 2014, ha emitido la Ordenanza Municipal 401-2014-MPP, la misma que modifica lo dispuesto en la Ordenanza Municipal 209-CMPP en lo referente al establecimiento de los límites de la Municipalidad del Centro Poblado de Pasto Grande, dejando sin efecto la determinación de los supuestos límites controvertidos.

C. FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS

Determinada la posición de las partes del proceso, es preciso que el Tribunal Constitucional defina los temas a desarrollar a lo largo de la presente sentencia:

- (i) Determinar si existe o no sustracción de la materia.
- (ii) En caso no exista sustracción de la materia, determinar si la disposición impugnada contraviene la Constitución.

II. FUNDAMENTOS

1. El texto original del artículo primero de la Ordenanza Municipal 209-CMPP-2008 señalaba lo siguiente:

Artículo Primero.- *CREASE la Municipalidad del Centro Poblado de Pasto Grande del Distrito de Acora, Provincia y Departamento de Puno, cuya jurisdicción territorial y perímetro se encuentra comprendido entre los siguientes límites: Por el Norte, con Aruntaya y la Comunidad de Jilatamarca; por el Sur, con la Comunidad de Pasto Grande Juli y la Comunidad de Japupunko de la Provincia de Candarave del Departamento de Tacna; por el Este, con las Comunidades de Irpapampa y Cacachara; y por el Oeste, con la Comunidad Huachunta del distrito de Carumas; Provincia de Mariscal Nieto del Departamento de Moquegua.*

Con posterioridad a la presentación de la demanda fue emitida la Ordenanza Municipal 401-2014-MPP, la misma que modifica el artículo anterior, quedando éste con el texto siguiente:

Artículo Primero.- *CREASE la Municipalidad del Centro Poblado de Pasto Grande del Distrito de Acora, Provincia y Departamento de Puno, de conformidad a la Ley Orgánica de Municipalidades- Ley N° 27972 y la Ordenanza Municipal N° 239-2009-CMPP.*

2. Los demás artículos de la ordenanza impugnada sirven para desarrollar las competencias y funciones de la Municipalidad del Centro Poblado de Pasto Grande, por lo que el cuestionamiento constitucional se centra en el mencionado artículo primero. Dado que la Ordenanza Municipal 401-2014-MPP modifica en su totalidad el artículo de la Ordenanza Municipal 209-CMPP-2008 materia de la presente demanda, resulta necesario analizar si con dicha modificación se ha producido la sustracción de la materia.
3. En primer lugar, se advierte que, si bien la presente causa fue interpuesta y admitida a trámite como un proceso de inconstitucionalidad, desde una perspec-

tiva material, plantea la existencia de un conflicto competencial debido a que la municipalidad demandada habría creado una municipalidad de centro poblado extralimitándose en el ejercicio de las facultades asignadas por el artículo 194 de la Constitución y los artículos 9.19 y 128 de la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, y afectando, por consiguiente, las facultades del Poder Ejecutivo y del Congreso de la República de ejercer sus competencias y concluir el proceso de saneamiento de límites entre Puno y Moquegua.

De acuerdo a lo decidido con anterioridad por este Tribunal en el fundamento 4 de la STC 0033-2009-PI/TC y en el fundamento 5 de la STC 0010-2008-PI/TC, y conforme al mandato contenido en el artículo 110 del Código Procesal Constitucional, el proceso de inconstitucionalidad es la vía procesal idónea para analizar el conflicto de competencias manifestadas en normas con rango de ley, como ocurre en este caso a juzgar por lo dispuesto en la Ordenanza Municipal 209-CMPP-2008.

4. Respecto al cuestionamiento planteado en la demanda, este Tribunal considera que el aspecto fundamental de la controversia consiste en solicitar se declare la inconstitucionalidad de la Ordenanza Municipal 209-CMPP-2008 por haber creado ésta un centro poblado en un territorio objeto de disputa entre dos provincias, cuya delimitación final no ha sido definida por las autoridades competentes, contraviniendo disposiciones constitucionales referentes a la delimitación territorial, la misma que es facultad del Congreso de la República a propuesta del Poder Ejecutivo.

La modificación normativa antes referida —fundamento de la solicitud de que se declare la sustracción de la materia— no ha cambiado la naturaleza de la controversia. Si antes la discusión era sobre los límites de la Municipalidad del Centro Poblado de Pasto Grande, ahora existe incertidumbre respecto a la ubicación de los mismos. Por tanto, sigue existiendo una controversia sobre límites, pero esta vez en sentido inverso al original: no por la definición de los límites sino por la ausencia de definición de los mismos. El centro poblado de Pasto Grande aún se podría encontrar en un territorio pendiente de delimitación, afectando las facultades de delimitación territorial que le competen al Congreso de la República. Esta es la cuestión que debe ser analizada por este Tribunal.

5. El análisis de constitucionalidad de la disposición impugnada debe partir del artículo 102, inciso 7, de la Constitución, el mismo que establece que la aprobación de la demarcación territorial corresponde al Congreso de la República a propuesta del Poder Ejecutivo. En ese sentido, el artículo 2 inciso 1 de la Ley 27795, Ley de Demarcación Territorial, define el concepto de Demarcación Te-

territorial como “(...) el proceso técnico-geográfico mediante el cual se organiza el territorio a partir de la definición y delimitación de las circunscripciones político-administrativas a nivel nacional. Es aprobada por el Congreso de la República a propuesta del Poder Ejecutivo”. Siendo las circunscripciones político-administrativas “(...) las regiones, departamentos, provincias y distritos, que de acuerdo a su nivel determinan el ámbito territorial de gobierno y administración. Cada circunscripción política cuenta con una población caracterizada por su identidad histórico-cultural, y un ámbito geográfico, soporte de sus relaciones sociales, económicas y administrativas”.

6. De esta manera, se puede señalar que, por más que la delimitación territorial de regiones, departamentos, provincias y distritos es determinada por el Congreso de la República, a propuesta del Poder Ejecutivo, en atención a lo dispuesto en el artículo 102, inciso 7, de la Constitución, son las municipalidades provinciales las encargadas de delimitar la extensión de las municipalidades de centros poblados, en ejercicio de las facultades previstas en el artículo 194 de la Constitución y los artículos 9, inciso 19, 128 y 129 de la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades.

- 28 7. En efecto, conforme lo establece el artículo 128 de la referida Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, constituye una facultad de las municipalidades provinciales crear municipalidades de centros poblados a través de una ordenanza municipal, precisando su delimitación territorial, su régimen de organización interno, las funciones que se le delegan, los recursos que se le asignan y las facultades tributarias y económico administrativas que podrá ejercer. Así entonces, queda claro que, lejos de limitarse únicamente a disponer su creación, las municipalidades provinciales están también facultadas para determinar su estructura, funciones y extensión. No obstante ello, este Tribunal considera pertinente precisar que tal facultad está condicionada a la norma que se desprende del artículo 102, inciso 7, de la Constitución, en la medida en que no resultaría admisible que una municipalidad provincial constituya un centro poblado fuera de los límites de la circunscripción territorial que le ha determinado el Congreso de la República, pues ello constituiría una usurpación de funciones por parte de la municipalidad correspondiente.

8. Sostener lo contrario implicaría desconocer el contenido normativo de la referida disposición constitucional, puesto que, por vía indirecta, se estaría permitiendo que una municipalidad provincial ejerza autoridad político-administrativa dentro de los límites de otra municipalidad provincial, contraviniendo de ese modo el precepto según el cual las potestades de los gobiernos locales son válidas sola-

mente dentro del espacio territorial que le ha sido adjudicado por el Congreso de la República a través del proceso de delimitación territorial respectivo. La facultad de determinar la circunscripción territorial de los gobiernos regionales y locales del país corresponde al Congreso de la República a propuesta del Poder Ejecutivo en el caso de regiones, departamentos, provincias y distritos, y a las municipalidades provinciales en el caso de centros poblados, siempre y cuando estos se hallen íntegramente dentro de su circunscripción, sin duda alguna al respecto.

En tal sentido, el artículo III del Título Preliminar de la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, establece que “Las municipalidades provinciales y distritales se originan en la respectiva demarcación territorial que aprueba el Congreso de la República, a propuesta del Poder Ejecutivo. Sus principales autoridades emanan de la voluntad popular conforme a la Ley Electoral correspondiente. Las municipalidades de centros poblados son creadas por ordenanza municipal provincial”.

9. Así las cosas, este Tribunal advierte, *prima facie*, que la Ordenanza 209-CMPP-2008 no constituye sino una expresión de las competencias legítimas que habilitan a la Municipalidad Provincial de Puno a crear una municipalidad de centro poblado, la misma que, de conformidad con el artículo 128 de la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, delimita su extensión territorial.
10. No obstante, conviene recordar que este Tribunal ha señalado en anterior pronunciamiento que “las delimitaciones limítrofes existentes entre los departamentos de Puno y Moquegua tienen carácter referencial en tanto culmine el proceso de saneamiento de límites territoriales a nivel nacional” (fundamento 11 de la STC 0033-2009-PI/TC). Esta situación se mantiene hasta la fecha, según el Informe Técnico 027-2013-PCM/DNTDT-OATGT (anexado a la contestación de la demanda), en el que se da cuenta de las actuaciones de la Dirección Nacional Técnica de Demarcación Territorial orientadas a concretar una propuesta de límite interdepartamental entre Moquegua y Puno para su remisión al Congreso de la República, conforme a lo dispuesto en el artículo 102.7 de la Constitución y a la regulación contenida en la Ley 27795, Ley de Demarcación y Organización Territorial.
11. Bajo el contexto descrito, este Tribunal Constitucional concluye que, al no haberse establecido definitivamente el límite territorial entre Puno y Moquegua, resulta incierto si parte del territorio asignado a la Municipalidad del Centro Poblado de Pasto Grande formaría parte efectivamente de la Municipalidad Provincial de Puno (Puno) o de la Municipalidad Provincial de Mariscal Nieto (Moquegua).

12. Al respecto, del artículo primero original de la Ordenanza 209-CMPP-2008 se desprendería que la ordenanza municipal impugnada extendía de manera unilateral autoridad político-administrativa sobre territorios que no han sido establecidos como parte integrante de la Provincia de Puno por el Poder Legislativo, puesto que todavía están siendo objeto de un proceso de delimitación territorial, y hubiera devenido en inconstitucional por contravenir el artículo 102.7 de la Constitución y usurpar así funciones que le corresponden al Congreso de la República.
13. Frente a ello, es necesario analizar el nuevo tenor del artículo primero de la Ordenanza 209-CMPP-2008, modificado por la Ordenanza Municipal 401-2014-MPP, en el que únicamente se establece la creación de la Municipalidad del Centro Poblado de Pasto Grande, sin determinar sus límites, aunque señalando que se encuentra dentro de la circunscripción del distrito de Ácora, Puno.
14. Pese al cambio normativo producido, la nueva ordenanza también incurre en un vicio de inconstitucionalidad, toda vez que dicha municipalidad no puede ser creada en abstracto, sino con una determinada circunscripción territorial. En efecto, el artículo 194 de la Constitución señala que las municipalidades de los centros poblados son creadas conforme a ley. Detallando dicho mandato constitucional, el artículo 128, inciso 1, de la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, señala claramente que las ordenanzas municipales que crean las municipalidades de centros poblados deben determinar su delimitación territorial. Ello sin perjuicio de que, al no tener límites claros y encontrarse en un territorio en disputa, el centro poblado de Pasto Grande ha sido creado en un territorio cuya delimitación corresponde al Congreso de la República, por lo que potencialmente podría pertenecer a Moquegua. Por tanto, el centro poblado de Pasto Grande ha sido creado en contravención de lo dispuesto por el artículo 102, inciso 7, de la Constitución.

En tal sentido, no resulta válido crear municipalidades de centros poblados sin límites, si bien estos límites deben fijarse respetando la delimitación territorial que previamente debe realizar el Congreso de la República conforme a lo indicado por el artículo 102, inciso 7, de la Constitución. En este caso, la circunscripción que la Municipalidad Provincial de Puno considera que forma parte de su territorio no ha sido delimitada definitivamente por el Congreso de la República.

15. En conclusión, debe declararse la inconstitucionalidad del artículo primero de la Ordenanza 209-CMPP-2008, modificado por Ordenanza Municipal 401-2014-MPP, que crea la Municipalidad del Centro Poblado de Pasto Grande, y como consecuencia, debe también expulsarse del ordenamiento los artículos segundo

(funciones delegadas), tercero (organización interna), cuarto (recursos), quinto (atribuciones administrativas económicas), sexto (tasas o arbitrios y contribuciones), séptimo (registro), octavo (informe para elecciones) y noveno (vigencia), al haberse determinado que la ordenanza objeto de examen contraviene lo dispuesto en los artículos 102, inciso 7, y 194 de la Constitución y, adicionalmente y por tal razón, lo desarrollado por mandato constitucional en los artículos III del Título Preliminar, 9, inciso 19, 128 y 129 de la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades.

III. FALLO

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

HA RESUELTO

Declarar **FUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por la Municipalidad Provincial de Mariscal Nieto, por afectar lo dispuesto en el artículo 102.7 de la Constitución; y, en consecuencia, expulsar del ordenamiento jurídico la Ordenanza 209-CMPP-2008, del 21 de julio de 2008, y la Ordenanza Municipal 401-2014-MPP, del 29 de abril de 2014, expedidas por la Municipalidad Provincial de Puno.

31

Publíquese y notifíquese.

SS.

URVIOLA HANI

MIRANDA CANALES

BLUME FORTINI

RAMOS NÚÑEZ

SARDÓN DE TABOADA

LEDESMA NARVÁEZ

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

EXPEDIENTE 0012-2012-PI/TC
MUNICIPALIDAD DE MARISCAL NIETO
MOQUEGUA
AUTO 3

AUTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Lima, 27 de noviembre de 2014

VISTO

El pedido de nulidad de fecha 29 de septiembre de 2014, presentado por la Municipalidad Provincial de Puno; y,

ATENDIENDO A QUE

32

1. Mediante sentencia de fecha 20 de agosto de 2014, el Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda interpuesta por la Municipalidad Provincial de Mariscal Nieto contra las Ordenanzas 209-CMPP-2008 y 401-2014-MPP, expedidas por la Municipalidad Provincial de Puno, por afectar lo dispuesto en el artículo 102, inciso 7, de la Constitución.
2. En el presente caso, la parte demandada solicita la nulidad de la sentencia de fecha 20 de agosto de 2014, alegando la incompetencia del Tribunal para emitir pronunciamiento sobre el fondo en la presente causa, toda vez que el ente competente para establecer cualquier delimitación territorial a nivel nacional es el Congreso de la República. Alega, asimismo, que la sentencia cuestionada no habría cumplido con precisar sus efectos temporales.
3. La demandada señala, adicionalmente, que la sentencia en cuestión es nula por cuanto correspondía que se declare improcedente la demanda interpuesta por la Municipalidad Provincial de Mariscal Nieto, en aplicación del criterio usado en la resolución recaída en el Exp. 019-2013-PI/TC.
4. La demandada alega que el Tribunal no es el órgano competente para aprobar o realizar la demarcación territorial, sino que dicha competencia recae en el Congreso de la República a propuesta del Poder Ejecutivo, conforme a lo

dispuesto por el artículo 102, inciso 7, de la Constitución. Al respecto, cabe precisar que la competencia del Tribunal no puede ser discutida en el presente caso, en tanto, conforme a lo establecido en el artículo 202, inciso 1, de la Constitución, a éste le corresponde conocer en instancia única los procesos de inconstitucionalidad. Éstos proceden contra normas con rango de ley (entre las cuales están incluidas las ordenanzas), conforme a lo señalado en el artículo 202, inciso 4, de la Constitución. El hecho de que se solicite la inconstitucionalidad de una norma con rango ley faculta al Tribunal a conocer el caso, a fin de determinar si la norma impugnada se encuentra o no en conformidad con la Constitución, independientemente de cuál sea la materia que desarrolle la norma cuestionada.

5. El mismo Tribunal ha afirmado, en la sentencia cuya nulidad se pretende, que el Congreso de la República es la institución competente para realizar la demarcación territorial correspondiente. En tal sentido, el Tribunal no ha realizado demarcación territorial alguna, como alega la demandante, sino que ha declarado la inconstitucionalidad de las normas impugnadas, por atentar éstas contra las competencias del Congreso de la República.
6. Este Tribunal Constitucional reafirma la postura asumida en casos similares al presente, tales como las sentencias recaídas en los expedientes 0033-2009-PI/TC y 0009-2011-PI/TC, en el extremo referido a la inconstitucionalidad de una ordenanza que establece límites entre provincias. Cabe destacar que ambos procesos tuvieron como demandante a la misma Municipalidad Provincial de Puno, la cual obtuvo en ambos casos la estimación de su demanda.
7. Sin perjuicio de lo anterior, y conforme a lo dispuesto en el artículo 121 del Código Procesal Constitucional, las sentencias del Tribunal Constitucional tienen carácter definitivo e inapelable, no siendo posible revisar sentencias sobre las cuales existe cosa juzgada, por lo que resulta improcedente el pedido de nulidad.
8. Respecto a los alcances temporales de la sentencia, cabe recordar a la demandada que, conforme lo dispone el artículo 81 del Código Procesal Constitucional, las sentencias fundadas en los procesos de inconstitucionalidad tienen alcances generales y producen efectos desde el día siguiente de su publicación, por lo que el pedido de nulidad también deviene en improcedente en este extremo.

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

RESUELVE con el fundamento de voto del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera y la magistrada Ledesma Narváez que se agrega

Declarar **IMPROCEDENTE** el pedido de nulidad de sentencia planteado por la Municipalidad Provincial de Puno.

Publíquese y notifíquese.

SS.

URVIOLA HANI

MIRANDA CANALES

BLUME FORTINI

RAMOS NÚÑEZ

SARDÓN DE TABOADA

LEDESMA NARVÁEZ

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

EXPEDIENTE 0012-2012-PI/TC
MUNICIPALIDAD DE MARISCAL NIETO
MOQUEGUA
AUTO 3

FUNDAMENTO DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA Y LEDESMA NÁRVAEZ

1. Estando de acuerdo con el sentido del fallo, básicamente por las razones esgrimidas en los fundamentos 4, 5 y 6 de la ponencia, no compartimos el criterio expresado a mayor abundamiento en el fundamento 7, por las justificaciones planteadas en nuestro voto singular del auto de 21 de octubre, referido a los expedientes 3700-2013-AA (Sipión) y 4617-2012-AA, pues consideramos que hay supuestos que excepcionalmente justifican la declaración de nulidad de una sentencia.
2. Sin embargo, en tanto y en cuanto aquí no se aprecia vicio grave alguno que justifique la declaración de nulidad, sino se evidencia intención de re-examen de lo ya resuelto, coincidimos con el sentido del auto.

35

SS.
ESPINOSA SALDAÑA BARRERA
LEDESMA NARVÁEZ

Sentencia 00012-2014-PI/TC

Proceso de inconstitucionalidad interpuesto por ciudadanos contra la Septuagésima Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley 30114, Ley de Presupuesto del Sector Público. El Tribunal declaró fundada en parte la demanda.

Fecha de publicación de la sentencia en el Portal Oficial del TC:
10 de diciembre de 2014

Fecha de publicación del auto 3 en el Portal Oficial del TC:
22 de diciembre de 2014

Fecha de publicación del auto 4 en el Portal Oficial del TC:
8 de enero de 2015

Fecha de publicación del auto 5 en el Portal Oficial del TC:
25 de mayo de 2015

37

Resumen: El Tribunal Constitucional declaró fundada en parte la demanda interpuesta por los recurrentes. En primer lugar, el Tribunal analizó el cuestionamiento al procedimiento parlamentario seguido en la aprobación de la ley impugnada, en tanto los demandantes alegaron que se habían vulnerado las normas procedimentales o del *íter* legislativo, señalando que la norma era formalmente constitucional.

En cuanto a la restricción legal de devolver únicamente lo que aportaron los fonavistas, el Tribunal consideró que el extremo referido a los aportes que serán materia de la devolución prevista en la Ley 29625 no resulta inconstitucional, pues dicho desarrollo se ha producido dentro de los parámetros establecidos en la jurisprudencia del Tribunal, el cual valoró en su oportunidad que la tutela del derecho a la propiedad de los accionantes no implica el reconocimiento de la devolución de los aportes realizados por el Estado, los empleadores u otras entidades, a favor de los fonavistas, al tratarse de aportes que no afectaron su patrimonio. Sin embargo, sí consideró una restricción abiertamente injustificada del derecho de propiedad el cerrar la lista de los fonavistas al 31 de agosto de 2014, por lo que declaró fundada la demanda en ese extremo.

Por tanto, el Tribunal consideró que correspondía emitir una sentencia manipulativa, y más específicamente, una sentencia de integración constitucional o también llamada, “manipulativa de acogimiento parcial o reductora”, ya que solo resultaba inconstitucional el primer párrafo de la Septuagésima Segunda Disposición Final de la Ley de Presupuesto para el año 2014 en cuanto disponía excluir a los aportantes al Fonavi que no se inscribieron al 31 de agosto de 2014, y no el resto de su contenido normativo.

Cabe destacar que lo dispuesto en la sentencia respecto a la devolución de los aportes y el cálculo de los plazos fue esclarecido mediante autos de aclaración posteriores.

Temas: Derecho a la propiedad — procedimiento legislativo — sentencias manipulativas.

PLENO JURISDICCIONAL

Expediente 0012-2014-PI/TC

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Caso FONAVI 2014

CIUDADANOS C. CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Asunto

Demanda de inconstitucionalidad contra la Septuagésima Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley 30114, de Presupuesto del Sector Público

Magistrados firmantes:

SS.

URVIOLA HANI

MIRANDA CANALES

RAMOS NÚÑEZ

SARDÓN DE TABOADA

LEDESMA NARVÁEZ

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

39

TABLA DE CONTENIDOS

I. CUESTIONES PRELIMINARES.....	3
A. PETITORIO CONSTITUCIONAL.....	3
B. DEBATE CONSTITUCIONAL.....	3
B-1. Demanda.....	3
B-2. Contestación de la demanda.....	4
C. FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS.....	4
II. FUNDAMENTOS.....	4
A. EXAMEN DEL PROCEDIMIENTO PARLAMENTARIO.....	5
B. EXAMEN DE LA SUPUESTA VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA PROPIEDAD.....	

C. SOBRE LA NECESIDAD DE EMITIR UNA SENTENCIA MANIPULATIVA-REDUCTORA.....	13
III. FALLO.....	15

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 9 días del mes de diciembre de 2014, el Tribunal Constitucional, en sesión del Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Urviola Hani, presidente; Miranda Canales, vicepresidente; Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada, Ledesma Narváz y Espinosa-Saldaña Barrera, con los fundamentos de voto de los magistrados Ramos Núñez, Sardón de Taboada, Ledesma Narváz y Espinosa-Saldaña Barrera y con el voto singular del magistrado Blume Fortini.

I. CUESTIONES PRELIMINARES

A. PETITORIO CONSTITUCIONAL

Más de cinco mil ciudadanos, por medio de su representante, interponen una demanda de inconstitucionalidad con fecha 4 de junio de 2014 y tras alegar la violación de los artículos 105, 2.16 y 70 de la Constitución, plantean como pretensión declarar la inconstitucionalidad por la forma y por el fondo de la Septuagésima Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley 30114.

B. DEBATE CONSTITUCIONAL

El accionante y el demandado postulan una serie de razones o argumentos sobre la constitucionalidad de la norma objetada que, a manera de resumen, se presentan a continuación.

B-1. DEMANDA

La demanda se sustenta en los siguientes argumentos:

- Que, la disposición impugnada, por la forma contravendría los límites establecidos en el artículo 105 de la Constitución, toda vez que para su aprobación no se solicitó el dictamen correspondiente de la Comisión de Presupuesto y Cuenta General de la República, ni se ha exonerado de dicho dictamen.
- Que, asimismo, vulneraría el derecho a la propiedad al disponer que la devolución de dinero del Fondo Nacional de Vivienda (Fonavi) sólo corresponderá a quienes se registraron hasta el 31 de agosto de 2014 en el padrón de beneficiarios, y al circunscribir la devolución de los aportes únicamente a las contribuciones recaudadas de los trabajadores, omitiendo incluir los aportes efectuados por los empleadores, el Estado y otras instituciones.

B-2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Dado que lo que se impugna es una ley, la defensa de su constitucionalidad le ha correspondido al Congreso de la República, quien a través de su apoderado contesta la demanda negándola y contradiciéndola en todos sus extremos, sobre la base de los siguientes argumentos:

- Que, en cuanto a la inconstitucionalidad formal, si bien la disposición impugnada no se encontraba en el texto original de la Ley 30114, ello no constituye un quebrantamiento al procedimiento legislativo, pues ésta fue materia de debate en la Sesión de Pleno del Congreso de 28 de noviembre de 2013.
- Que, con relación al fondo, el circunscribir la devolución a los aportes de los trabajadores no contraviene su derecho a la propiedad, toda vez que los aportes de los empleadores, el Estado y otras entidades no afectaron directa ni indirectamente el patrimonio de los beneficiarios de la Ley 29625, de devolución de dinero del Fonavi a los trabajadores que contribuyeron al mismo.

C. FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS

Determinada la posición de las partes del proceso, es preciso que el Tribunal Constitucional defina los temas a desarrollar.

41

- ¿El dispositivo impugnado incurre en violación formal de la Norma Fundamental?
- ¿El dispositivo impugnado contraviene el derecho a la propiedad de los beneficiarios de la Ley 29625?

II. FUNDAMENTOS

1. Sobre la base de los argumentos esgrimidos por las partes, este Tribunal analizará el artículo objeto de impugnación constitucional, partiendo por el examen formal para luego pasar a uno de fondo, el cual dice lo siguiente:

Septuagésima Segunda Disposición Complementaria Final.- Dispónese que la devolución a que se refiere la Ley 29625, comprenderá la totalidad de las contribuciones recaudadas de los trabajadores dependientes e independientes, de acuerdo con la información del Ministerio de Economía y Finanzas, el Banco de la Nación y la SUNAT, siendo los beneficiarios aquellos que se hayan registrado hasta el 31 de agosto de 2014 y que se encuentren en el respectivo padrón de beneficiarios que elabore la Comisión a que se refiere la Ley 29625, excluyendo a quienes, directa o indirectamente, se hubieran beneficiado con los recursos a que se refiere el Decreto Ley 22591, y sus modificatorias.

El proceso de Liquidaciones de las Aportaciones y Derechos y la conformación de la Cuenta Individual de aportes por cada beneficiario, a que se refiere la Ley 29625, se efectuará en función a los periodos de aportación que se determinen para cada beneficiario por edades; correspondiendo a cada período aportado el resultado de dividir el total de los recursos a devolver entre la cantidad de beneficiarios multiplicado por el promedio de períodos aportados.

La Comisión a que se refiere la Ley 29625 se aprobará semestralmente, mediante resolución, el padrón de beneficiarios, para la devolución de aportes priorizando a los mayores de 65 años o personas con discapacidad, entre 55 y 65 años de edad y los menores de 55 años de edad.

Todas las entidades públicas y privadas deberán remitir, a solo requerimiento, la información de los beneficiarios de la Ley 29625.

A. EXAMEN DEL PROCEDIMIENTO PARLAMENTARIO

- 42
2. Respecto a la inconstitucionalidad formal, el Tribunal Constitucional tiene reconocido que ésta implica una violación de las normas procedimentales o del íter legislativo. En ese sentido, pueden dar lugar a este tipo de infracción el quebrantamiento del procedimiento legislativo previsto en la Constitución; el tratamiento de una materia reservada directamente por la Constitución a otra fuente formal específica del derecho; o la expedición de norma por un órgano constitucionalmente incompetente para hacerlo (fundamento 22 de la STC 0020-2005-PI/TC).
 3. En el presente caso, a juicio de los accionantes, la disposición impugnada incurre en una violación de las normas procedimentales del íter legislativo, pues conforme se aprecia del dictamen emitido por la Comisión de Presupuesto y Cuenta General del Congreso de la República, la misma no fue discutida ni aprobada en dicha sede. El accionado por su parte sostiene que la referida incorporación de la Septuagésima Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley 30114 durante la Sesión de Pleno del Congreso de fecha 28 de noviembre de 2013, se encuentra amparada en el artículo 76.2.a de su Reglamento, donde se reconoce el derecho de los congresistas de hacer proposiciones referidas a la creación y aumento del gasto público durante el debate del Presupuesto, por lo que a su entender la disposición impugnada no adolecería de vicio procedimental alguno, máxime si fue ratificada por el Ejecutivo en el decurso del debate.
 4. La Constitución, en tanto *norma normarum*, es fuente de producción normativa (STC 0047-2004-AI/TC), por lo que el quebrantamiento del procedimiento en

el seno del Congreso para aprobar un proyecto de ley implica un supuesto de inconstitucionalidad (STC 0003-2008-PI/TC), máxime si la propia Constitución impone límites en el proceso de producción de la legislación y fija controles para que esos límites no sean rebasados por el legislador (fundamento 15 de la STC 0009-2008-PI/TC), tal como puede sostenerse respecto de la Ley de Presupuesto.

5. Al igual que otras leyes ordinarias, ésta es un acto *prima facie* de decisión legislativa -aunque con un trámite diferenciado debido a su especial naturaleza e importancia- que otorga eficacia y valor jurídico a la política económica y financiera del Estado. Así, corresponde, en primer término, al Poder Ejecutivo, enviar al Congreso el proyecto de ley de presupuesto, dentro de un plazo que vence el 30 de agosto de cada año (artículo 78 de la Constitución). Dentro de las cuarenta y ocho horas posteriores a su presentación, el Presidente del Congreso convoca a una sesión extraordinaria destinada a la sustentación del proyecto de ley por el Presidente del Consejo de Ministros y el Ministro de Economía y Finanzas, los cuales deberán hacer especial referencia a las prioridades del gasto y las fuentes de financiamiento. Dicha presentación es seguida de un debate, con intervención de los voceros de grupos parlamentarios, luego de lo cual, el proyecto es publicado en el diario oficial *El Peruano* y derivado a la Comisión de Presupuesto, la que los analiza en sesiones públicas. El debate de la ley de presupuesto se inicia el 15 de noviembre y debe ser aprobada con el voto favorable de por lo menos la mitad más uno del número de los Congresistas presentes en Sesión de Pleno del Congreso, dentro de un plazo que vence el 30 de noviembre de cada año (artículo 80 segundo párrafo de la Constitución, desarrollado por el artículo 81.c del Reglamento del Congreso) sin que quepa delegación legislativa a la Comisión Permanente (artículos 77, 101.4 y 102. 4 de la Constitución). El proyecto se encuentra, asimismo, exonerado del requisito de doble votación (artículo 78 del Reglamento del Congreso). Finalmente, se prevé que cuando la autógrafa de la ley no sea remitida al Poder Ejecutivo hasta la fecha señalada, entrará en vigor el proyecto propuesto por éste, que será promulgado mediante decreto legislativo sin necesidad de ley autoritativa alguna (artículo 80 de la Constitución).
6. De lo hasta ahora expuesto cabe indicar que si bien el principio de colaboración de poderes está presente en el proceso de elaboración de la Ley de Presupuesto, la propia Constitución otorga preeminencia al Congreso de la República en esta materia, toda vez que, conforme al principio representativo (artículo 43 de la Constitución), la regla general es que la Ley de Presupuesto sea aprobada por éste (artículos 77, 102.1 y 102.4 de la Constitución), salvo en un caso específico (artículo 80 de la Constitución). Es así como, lejos de estar obligado a aprobar la propuesta de previsión de ingresos y gastos que el Ejecutivo le presente,

corresponde al Poder Legislativo, determinar cómo se distribuyen los montos y la asignación de las partidas que, en definitiva, son los recursos del pueblo (fundamento 27 de la STC 0004-2004-CC/TC), previa discusión pública o incorporación de las modificaciones requeridas, concretizando de esta manera el control parlamentario de la política económica y financiera del Estado. Precisamente en esa lógica, el artículo 76.2.a del Reglamento del Congreso reconoce a los miembros del Congreso la facultad de presentar propuestas de creación y aumento de gasto público, pero no a través de un proyecto de ley independiente (artículo 79 de la Constitución), sino únicamente durante el debate público del Presupuesto.

7. Ahora bien, en referencia a la ley objeto de cuestionamiento en el presente proceso, se puede afirmar -como lo expresan los accionantes- que la Septuagésima Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley 30114 no fue materia de análisis por el Dictamen del Proyecto de Ley 2594/2013-PE, que proponía la Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2014 ([http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/ApoyComisiones/comision2011.nsf/DictamenesFuturo/A4DCE23A3592FC7805257C2400703C3C/\\$FILE/PRESUPUESTO_2594-2013-PE_Txt.Fav.Mayor%C3%ADa.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/ApoyComisiones/comision2011.nsf/DictamenesFuturo/A4DCE23A3592FC7805257C2400703C3C/$FILE/PRESUPUESTO_2594-2013-PE_Txt.Fav.Mayor%C3%ADa.pdf)), emitido por la Comisión Parlamentaria de Presupuesto y Cuenta General de la República el 14 de noviembre de 2013. Es cierto también que -como alega el accionado- dicha disposición fue incorporada a pedido de un congresista durante la Sesión de Pleno del Congreso de fecha 28 de noviembre de 2013, conforme aparece del Diario de Debates del Congreso correspondiente a la Sesión 18 B de la Primera Legislatura Ordinaria de 2013 ([http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/DiarioDebates/Publicad.nsf/SesionesPleno/05256D6E0073DFE905257C320032AF68/\\$FILE/PLO-2013-18B.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/DiarioDebates/Publicad.nsf/SesionesPleno/05256D6E0073DFE905257C320032AF68/$FILE/PLO-2013-18B.pdf)).
8. Siendo así, este Tribunal entiende que si bien la incorporación de una modificación al Proyecto de Ley de Presupuesto, remitido por el Ejecutivo, o a su texto sustitutorio, propuesto por la Comisión de Presupuesto y Cuenta General del Congreso, se encuentra constitucionalmente permitida (de acuerdo con el principio representativo del artículo 43 de la Constitución, y de forma más específica por el artículo 76.2.a del Reglamento del Congreso), dicha posibilidad está sujeta a los límites propios de la naturaleza de la ley en debate -en este caso, la Ley de Presupuesto-, es decir que las modificaciones no pueden ser contrarias a la función constitucional específica de esta ley ni contravenir sus características esenciales, sobre todo si uno de los supuestos de inconstitucionalidad formal puede tener lugar cuando un tipo de ley regule una materia reservada directamente por la Constitución a otra fuente formal específica del derecho, razón por la cual

es necesario verificar si la Septuagésima Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley 30114 se adecúa a la especial naturaleza que la Constitución reconoce a la Ley de Presupuesto.

9. Conforme lo establece el artículo 77 de la Constitución, *la administración económica y financiera del Estado se rige por el presupuesto que anualmente aprueba el Congreso*, de tal manera que en éste se deben consignar los ingresos y gastos previsibles debidamente equilibrados para la ejecución del ejercicio presupuestal de un año concreto. En ese sentido, se fija el alcance de las competencias de las entidades del Estado en materia económico-financiera de acuerdo a un factor cualitativo (especificidad y finalidad de la materia presupuestal), otro cuantitativo (monto máximo a gastar), y uno de carácter temporal (anualidad). Sus características esenciales (fundamento 10 de la STC 0004-2004-CC/TC), identifican a la Ley de presupuesto como un acto (i) de previsión y ordenamiento destinado a regular la función económica y financiera del Estado; (ii) de autorización de ejecución del gasto público concedida por el Congreso mediante ley expresa y especial; (iii) con plazo legal determinado y expiratorio para la autorización de ejecución del gasto público -que es un año, luego del cual cesa su vigencia-; (iv) con existencia esencial de ejecución del gasto público, bajo responsabilidad funcional y con medidas de control para el correcto uso de la autorización concedida; y, (v) con programación y ejecución concordante con los criterios de eficiencia de las necesidades sociales básicas y de descentralización.
10. Nuestro sistema constitucional señala en líneas generales el contenido normativo mínimo que las disposiciones de la ley presupuestaria deben incluir (normas estrictamente presupuestarias). En efecto, el artículo 77 de la Constitución, en la parte pertinente señala que *“La estructura del presupuesto del sector público contiene dos secciones: Gobierno Central e instancias descentralizadas. El presupuesto asigna equitativamente los recursos públicos, su programación y ejecución responden a los criterios de eficiencia de necesidades sociales básicas y de descentralización”*. Asimismo, de acuerdo al artículo 78 de la Constitución la ley presupuestaria no puede ser aprobada *“sin partida destinada al servicio de la deuda pública”*. Bajo esa lógica, la Ley 28411, General del Sistema Nacional de Presupuesto, recoge una serie de principios aplicables a la materia, también recogidos en la STC 0004-2004-CC/TC, entre los que se encuentran los de equilibrio presupuestario (los recursos a asignar deben estar equilibrados con la previsible evolución de los ingresos); universalidad y unidad (todos los ingresos y gastos del sector público así como todos los presupuestos de las entidades que lo comprenden se sujetan a la ley de presupuesto); y, exclusividad presupuestal (contiene exclusivamente disposiciones de orden presupuestal).

- 46
11. Sin perjuicio de ello, y dada la transversalidad de los efectos de la Ley de Presupuesto es posible encontrar disposiciones de carácter general en materias propias de una ley ordinaria -salvo aquellas materias constitucionalmente proscritas- que guardan directa relación con la implementación de la política económico-financiera en general y la ejecución del presupuesto público en especial, en la medida en que tienen incidencia directa en su ejecución. En consecuencia, esta ley presenta, (i) un contenido mínimo, necesario e indisponible, constituido por la expresión cifrada de ingresos y la habilitación de gastos, y (ii) un contenido posible o eventual que puede afectar a materias distintas a ese núcleo esencial. Sin embargo, resulta evidente que este contenido eventual sólo tiene cabida dentro de límites estrictos, de tal manera que no puede desvirtuar la naturaleza presupuestaria de dicha ley, ni suponer que las materias ordinarias allí reguladas no puedan ser modificadas o dejadas sin efecto por otra norma con rango de ley. Tales materias deberán cumplir dos condiciones mínimas: que exista una conexión directa -no genérica, eventual o incierta- de la materia con los gastos e ingresos que constituyen el Presupuesto o con los criterios de política económica general del que dicho Presupuesto es el instrumento; y la justificación de que la inclusión sea un complemento necesario para una ejecución más eficiente o eficaz del Presupuesto, y que no suponga una restricción ilegítima de las competencias del poder legislativo, que obstaculice sus facultades de examen y enmienda o afecte eventualmente el principio de seguridad jurídica. El cumplimiento de estas dos condiciones resulta necesario para garantizar que la Ley de Presupuesto no contenga más disposiciones que las que corresponden a su función constitucional (incluso, a nivel de jurisprudencia comparada un criterio similar ha sido acogido por el Tribunal Constitucional español en fundamento 12 de la STC 63/1986 y fundamento 4.a de la STC 76/1992).
 12. Por último, la Constitución también señala -de manera expresa o implícita- aquello que la ley de presupuesto no puede contener. Una prohibición expresa lo constituye el artículo 74 de la Constitución, según el cual, las leyes de presupuesto “no pueden contener normas sobre materia tributaria”. De igual manera, el artículo 77 prohíbe que los préstamos procedentes del Banco Central de Reserva o del Banco de la Nación se contabilicen como ingreso fiscal. El artículo 78 por su parte, dispone que “no pueden cubrirse con empréstitos los gastos de carácter permanente”. Asimismo, y como parte del bloque de constitucionalidad, la Ley 28411, establece que a fin de garantizar el equilibrio presupuestario, se encuentra prohibido “incluir autorizaciones de gasto sin el financiamiento correspondiente” (artículo I del Título Preliminar), así como, comprometer o devengar gastos, por cuantía superior al monto de los créditos presupuestarios autorizados (artí-

culo 27.1 de la Ley 28411), o “crear Entidades a través de disposiciones de la Ley de Presupuesto del Sector Público” (Primera Disposición Final).

13. En el presente caso, este Colegiado entiende que si bien la materia regulada en la Septuagésima Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley 30114 no se enmarca dentro del contenido necesario ni imposible de la Ley de Presupuesto, sí lo hace dentro de su contenido eventual a modo de complemento para una ejecución eficiente del Presupuesto del Sector Público dentro del Año Fiscal 2014, y es que conforme se advierte de su redacción que delimita a los beneficiarios de la Ley 29625, los conceptos que serán devueltos, el modo de cálculo de los mismos, entre otros aspectos, dicha disposición impugnada se encuentra dirigida a autorizar una ejecución de gasto público dentro del periodo presupuestal de vigencia de la ley, por lo que su incorporación en dicha Ley de Presupuesto no constituye una infracción formal a la Constitución. Asimismo, este criterio fue implícitamente reconocido en el fundamento 28 de la STC 007-2012-PI/TC.

B. EXAMEN DE LA SUPUESTA VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA PROPIEDAD

14. Establecida la constitucionalidad formal de la Septuagésima Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley 30114, corresponde ahora determinar si ésta contraviene el derecho a la propiedad de los beneficiarios de la Ley 29625, de devolución de dinero del Fonavi a los trabajadores que contribuyeron al mismo.
15. En este ítem, la parte accionante cuestiona la disposición impugnada en dos extremos, el primero referido a que la devolución dispuesta en la Ley 29625 sólo comprenderá a la totalidad de las contribuciones recaudadas de los trabajadores dependientes e independientes, y el segundo, vinculado a los beneficiarios de dicha devolución, donde se incluye únicamente a aquellos que se hayan registrado hasta el 31 de agosto de 2014 y se encuentren en el respectivo padrón de beneficiarios elaborado por la Comisión *Ad hoc*, y se excluye a quienes, directa o indirectamente, se hubieran beneficiado con los recursos a que se refiere el Decreto Ley 22591, de creación del Fondo Nacional de Vivienda, y sus modificatorias. El accionado por su parte sostiene que tales límites respecto a los alcances de la devolución dispuesta en la Ley 29625 son acordes con el desarrollo jurisprudencial previo de este Tribunal.

47

En cuanto a la restricción de la devolución únicamente a lo que aportaron los fonavistas

16. A fin de establecer si este extremo de la demanda resulta vulneratorio del derecho a la propiedad, se hace necesario precisar el desarrollo jurisprudencial que ha tenido el Tribunal Constitucional respecto al Fondo Nacional de Vivienda. Así, en

primer lugar se ha negado respecto a su naturaleza que el Fonavi tenga condición de tributo, pues, no fue expresamente definido como tal por el legislador (principio de reserva de ley previsto en el artículo 74 de la Constitución); su administración fue encomendada en su momento al Banco de la Vivienda, persona jurídica distinta al Estado; y, desde su inicio no estuvo destinado a la realización de obras públicas o de actividades estatales (contribución) ni a la prestación de un servicio directo al contribuyente (tasa), sino a la progresiva satisfacción de la necesidad de vivienda de los trabajadores (fundamento 2 de la STC 3283-2007-PA/TC; fundamento 5 de la STC 5180-2007-PA/TC). Este criterio dio lugar a la emisión de la Ley 29625, de devolución de dinero del Fonavi a los trabajadores que contribuyeron al mismo, aprobada mediante referéndum, cuya constitucionalidad también fue analizada por el Tribunal en la STC 0007-2012-PI/TC, donde reitera que si bien el Fonavi careció de las características de un fondo individual –por lo que los mecanismos de devolución pudieron ser carácter colectivo– (fundamento 8.b de la STC 5180-2007-PA/TC), la ciudadanía ya optó –mediante referéndum– por la devolución individual de los aportes de los trabajadores que fueron sustraídos de su patrimonio sin cumplir la finalidad preestablecida del fondo (fundamento 7 de la referida STC 0007-2012-PI/TC).

17. De otro lado, el Tribunal fue bastante claro al establecer que la devolución individual de los aportes realizados por el Estado, los empleadores, u otras entidades, no es constitucional, toda vez que la devolución de aquellos aportes que no afectaron el patrimonio de los fonavistas sería contraria al deber del Estado de promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación (artículo 44 de la Constitución). Lo que correspondía en ese sentido era una recomposición de estos aportes, a través de un fondo colectivo y solidario, que sea destinado al mismo fin social para el cual se constituyó el Fonavi –la satisfacción del derecho a la vivienda de aquellos fonavistas que no tienen un acceso adecuado a ella–, que tome en cuenta el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la vivienda –seguridad jurídica de la tenencia, condiciones de habitabilidad de la vivienda, acceso a servicios básicos, entre otros–, y que priorizara a las poblaciones vulnerables o aquellas que gocen de especial protección constitucional (fundamentos 63 y 66 de la STC 0007-2012-PI/TC). Es así que el punto resolutivo 2 de dicha sentencia dispone la interpretación del artículo 1 de la Ley 29625, en el sentido de que la devolución de “los aportes de sus respectivos empleadores, el Estado y otros en la proporción que les corresponda debidamente actualizados”, se destinará a un fondo colectivo y solidario, con el objeto de lograr la satisfacción de la necesidad básica de vivienda de los fonavistas que así lo requieran.

18. En tal contexto, este Tribunal considera que la regulación de la Septuagésima Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley 30114 en el extremo referido a los aportes que serán materia de la devolución prevista en la Ley 29625 –que sólo abarca la totalidad de las contribuciones recaudadas de los trabajadores dependientes e independientes–, no resulta inconstitucional pues conforme se aprecia de los fundamentos expuestos *supra*, dicho desarrollo se ha producido dentro los parámetros establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional, el cual valoró en su oportunidad que la tutela del derecho a la propiedad de los accionantes no implica el reconocimiento de la devolución de los aportes realizados por el Estado, los empleadores u otras entidades, a favor de los fonavistas, al tratarse de aportes que no afectaron su patrimonio. Sostener lo contrario, implicaría desconocer el deber del Estado de promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación (artículo 44 de la Constitución).

Exclusión de los fonavistas no inscritos hasta el 31 de agosto de 2014

19. Finalmente, en cuanto al extremo de la demanda en el que se impugna la disposición legal objeto de demanda en cuanto a la delimitación de los beneficiarios –incluyendo únicamente a aquellos que se hayan registrado hasta el 31 de agosto de 2014 y figuren en el padrón de beneficiarios que elabore la Comisión *ad hoc*– los demandantes alegan que se pretende impedir a un grupo de fonavistas el cobro de una suma que por ley les pertenece. Al respecto, se alega que los aportantes al FONAVI tienen un derecho de propiedad sobre los fondos aportados, por lo que constituye una obligación del Estado frente a los trabajadores aportantes la devolución del mismo.
20. Al respecto, este tribunal advierte que la medida objeto de impugnación efectivamente restringe el derecho de propiedad que tienen un grupo de aportantes sobre dichos fondos. Ahora bien, cabe reiterar que la sola restricción o limitación de un derecho constitucional por parte del legislador, no convierte a la medida necesariamente en inconstitucional. Como lo ha señalado el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia, ningún derecho tiene carácter absoluto, por lo que puede ser restringido. Así, por ejemplo, en cuanto al cobro de acreencias, el propio legislador ha dispuesto límites temporales para su exigibilidad (prescripción extintiva de las obligaciones: artículos 1989 al 2002 del Código Civil).
21. No obstante, dicho poder del Estado para restringir los derechos a través del legislador no es absoluto ni puede ser ejercido arbitrariamente. Es por ello que este Tribunal en repetidas ocasiones ha acudido a la estructura argumentativa que nos proporciona el principio de proporcionalidad a fin de evaluar la consti-

tucionalidad de las disposiciones restrictivas de derechos fundamentales. En este sentido, en primer lugar se analiza la idoneidad de la medida: esto es, si resulta adecuada para lograr los fines que persigue la disposición cuestionada; en segundo lugar, la necesidad: es decir, la existencia (o no) de una medida alternativa que, siendo igualmente idónea, resulte menos lesiva del derecho objeto de restricción; y finalmente –si es el caso que la medida objeto de control aprueba estos dos primeros pasos– la ponderación.

22. En cuanto al objeto de la medida, cabe señalarse que persigue identificar de manera clara a los beneficiarios de la devolución. Al respecto, este mismo tribunal –incluso antes de la emisión de la Ley N.º 29625 aprobada mediante referéndum–, reconoció la necesidad de que el Poder Ejecutivo nombre una Comisión ad hoc encargada de determinar en un lapso de tiempo razonable quiénes serían los beneficiarios de la devolución de dinero del Fonavi, de modo tal que se pueda hacer efectivo lo ordenado por la Ley N.º 29625 (fundamento 8 de la STC 5180-2007-PA/TC).
23. Si bien la medida, dirigida a determinar –de manera previa a proceder con el pago– el número de aportantes, permite cumplir de manera ordenada con lo dispuesto en la Ley N.º 29525. No obstante, como lo ha señalado el Tribunal Constitucional, es preciso determinar que no exista ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto. En efecto, como ya lo ha señalado el Tribunal Constitucional en casos similares, no basta que una medida sea adecuada para la protección de un determinado fin constitucional, sino más bien es necesario determinar que no exista un medio alternativo que –teniendo la misma idoneidad que el que es objeto de control– sea más benigno respecto del derecho afectado. Ello se denomina comúnmente examen de necesidad (Cfr Exp. N.º 0034-2004-PI/TC, fundamento 34).
24. Al respecto, la parte demandada, en la contestación de la demanda, aduce que la propia Ley N.º 29625 precisa que el proceso de devolución individual de los aportes supone un procedimiento previo encaminado a identificar a los beneficiarios de la devolución. Sin embargo, no ofrece ningún argumento acerca de la necesidad de cerrar la lista de beneficiarios tanto tiempo antes de que venza el plazo previsto en la Ley.
25. Además, conforme a lo expuesto, si bien la medida adoptada por el legislador (el corte al 31 de agosto de 2014) permite contabilizar el total de beneficiarios antes de proceder al pago total de la misma, lo cierto es que la ley aprobada por referéndum que dispone la devolución del pago no establece la necesidad

de que se comience a pagar solo cuando la totalidad de beneficiarios esté identificada.

En efecto, la Ley N° 29625 establece que se conformará una cuenta individual por cada fonavista (art. 2) y que una vez que se haya determinado los aportes individuales del fonavista se le hará entrega de su “certificado de reconocimiento de aportes...” (art 3). Asimismo, la Comisión ad Hoc, posteriormente a la reglamentación de dicha ley, hará entrega de los “certificados de reconocimiento” (art 4). De otro lado, en cuanto al plazo que tiene el Estado para cumplir con el pago, es preciso indicar que el artículo 8 de la Ley N° 29625, aprobada por referéndum, prevé que “Se iniciará la devolución efectiva (...) durante un periodo de ocho años. Cuyo inicio es declarado oficialmente por la Comisión Ad Hoc posterior a los 30 días de lo señalado en el artículo 4” por lo que se advierte que el evento designado como referencia en el artículo 8 es la entrega de los certificados de reconocimiento.

26. En este sentido, si de lo señalado en el texto de la ley que establece la devolución de los fondos del FONAVI, se trata de una cuenta individual, no se requiere contar con la relación total de los beneficiarios antes de proceder al pago de lo adeudado. Dicho de otro modo, es posible para el Estado cumplir con el pago de los adeudos con medidas distintas a excluir a todos los que no se inscribieron hasta el 31 de agosto de 2014, como, por ejemplo, el priorizar el pago de los que se inscribieron antes, máxime si, conforme al artículo 8 de la Ley N° 29625, se cuenta con un plazo de ocho años para el pago.
27. En este sentido, resulta una restricción abiertamente injustificada del derecho de propiedad el cerrar la lista de los fonavistas al 31 de agosto de 2014 por lo que la demanda deberá ser fundada en este extremo.
28. No obstante, a fin de salvaguardar la sostenibilidad del presupuesto estatal, así como una efectiva devolución de los aportes del FONAVI este Tribunal considera que, el plazo máximo para la inscripción, deberá ser de ocho años contabilizados desde la entrada en vigencia de la Ley 29625 aprobada por referéndum.

C. SOBRE LA NECESIDAD DE EMITIR UNA SENTENCIA MANIPULATIVA-REDUCTORA

29. Este Tribunal Constitucional, siguiendo la tipología de sentencias desarrolladas en la jurisprudencia comparada, ha recogido una variedad de fórmulas *intermedias* entre la simple anulación de una ley o su confirmación de constitucionalidad (*Vid.* STC 0004-2004-CC, Fundamento 3.3). Tales fórmulas se han desarrollado en el marco de la colaboración que corresponde a los poderes del Estado

en la defensa de los derechos fundamentales y la primacía constitucional. Estos mecanismo de colaboración han permitido no sólo declarar la incompatibilidad de leyes dictadas por el Parlamento, sino también, con frecuencia, a través de las sentencias interpretativas y exhortativas, este Colegiado, sin declarar la inconstitucionalidad de una norma sometida a control, ha podido alertar al legislador a efectos de promover su actuación en determinado sentido, a efectos de no incurrir en supuestos de evidente inconstitucionalidad.

30. A modo de ejemplo puede rescatarse en este sentido: a) Sentencias interpretativas propiamente dichas. STC 0004-1996-AI; STC 0014-1996-AI; STC 0050-2004-AI / 0051-2004-AI / 0004-2005-PI / 0007-2005-PI / 0009-2005-PI (acumulados); STC 0019-2005-PI; b) Sentencias reductoras: STC 0015-2001-AI / 0016-2001-AI / 0004-2002-AI (acumulados); STC 0010-2002-AI; c) Sentencias aditivas e integrativas; STC 0006-2003-AI; STC 0050-2004-AI / 0051-2004-AI / 0004-2005-PI / 0007-2005-PI / 0009-2005-PI (acumulados); d) Sentencias exhortativas y de mera incompatibilidad: STC 0009-2001-AI; STC 0010-2002-AI; STC 0023-2003-AI.

52 31. Esta tipología de decisiones, conforme hemos señalado “(...) encuentran su fundamento normativo en diversas disposiciones constitucionales. Dado que al Parlamento le asiste legitimidad democrática directa como representante de la Nación (artículo 93º), [como al juez que imparte justicia en nombre del pueblo y bajo el ordenamiento jurídico constitucional]; por ello, el juez tiene el deber de presumir la constitucionalidad de las leyes, de modo tal que sólo pueda inaplicarla (control difuso) o dejarla sin efecto (control concentrado), cuando su inconstitucionalidad sea manifiesta; es decir, cuando no exista posibilidad alguna de interpretarla de conformidad con la Constitución. De esta manera, el fundamento constitucional de las sentencias interpretativas propiamente dichas se encuentra en los artículos, 45º, 51º, 138º y 202.1 de la Constitución, que la reconocen como norma jurídica (suprema); ergo, interpretable; así como en el principio de presunción de constitucionalidad de las leyes, derivado del artículo 93º de la Constitución”.

32. Dentro de esta tipología de decisiones intermedias, las sentencias de *integración constitucional* o llamadas por la doctrina italiana como sentencias manipulativas constituyen una fórmula excepcional que sólo deben ser usadas en casos excepcionales y cuando, “(...) sean imprescindibles a efectos de evitar que la simple declaración de inconstitucionalidad residente en la ley impugnada, genere una inconstitucionalidad de mayores alcances y perversas consecuencias para el Estado social y democrático de derecho; d) Sólo resultan legítimas en la medida de que se argumenten debidamente las razones y los fundamentos normativos constitucionales que, a luz de

lo expuesto, justifiquen su dictado; y, e) La emisión de estas sentencias requiere de la mayoría calificada de votos de los miembros del Tribunal Constitucional (STC 0030-2005-AI/TC FJ 61).

33. Este tribunal considera que la decisión que corresponde emitir en esta ocasión, es una sentencia del género manipulativa, y más específicamente, una sentencia de integración constitucional o también llamada, “manipulativa de acogimiento parcial o reductora”. Y es que en el presente caso cabe señalar que solo resulta inconstitucional el primer párrafo de la septuagésima segunda disposición Final de la Ley de presupuesto para el año 2014 en cuanto dispone excluir a los aportantes al FONAVI que no se inscribieron al 31 de agosto de 2014, y no el resto de su contenido normativo que se desprende del primer párrafo de la disposición cuestionada, por lo que en lugar de la expulsión del ordenamiento de todo el texto, es mejor proceder únicamente a extraer del texto “..se hayan registrado hasta el 31 de agosto de 2014 y que se encuentren...”.

III. FALLO

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

53

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** en parte la demanda de inconstitucionalidad presentada contra la Séptuagésima Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley 30114; en consecuencia, **INCONSTITUCIONAL** el siguiente texto “(...) hasta el 31 de agosto de 2014 y que se encuentren (...)”.

El texto del primer párrafo de la referida disposición quedaría de la siguiente manera:

SEPTUAGÉSIMA SEGUNDA. Dispónese que la devolución a que se refiere la Ley 29625, comprenderá la totalidad de las contribuciones recaudadas de los trabajadores dependientes e independientes, de acuerdo con la información del Ministerio de Economía y Finanzas, el Banco de la Nación y la SUNAT, siendo los beneficiarios aquellos que se encuentren en el respectivo padrón de beneficiarios que elabore la Comisión a que se refiere la Ley 29625, excluyendo a quienes, directa o indirectamente, se hubieran beneficiado con los recursos a que se refiere el Decreto Ley 22591, y sus modificatorias.

2. Precisar que, conforme a lo señalado en el fundamento N° 28 de la presente sentencia, el plazo para la inscripción de los fonavistas, vencerá cada año el 31 de

agosto para la programación presupuestal del año siguiente, hasta completar los ocho años fijados por la ley, es decir el año 2018.

3. Declarar **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad en el extremo que cuestiona la disposición impugnada por cuestiones de forma.
4. Declarar **INFUNDADA** la demanda en el extremo en que se cuestiona que la devolución de los aportes sólo abarca la totalidad de las contribuciones recaudadas de los trabajadores, excluyendo los aportes de los empleadores y del Estado.

Publíquese y notifíquese.

SS.

URVIOLA HANI

MIRANDA CANALES

RAMOS NUÑEZ

SARDÓN DE TABOADA

LEDESMA NARVÁEZ

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

EXP. N.º 00012-2014-PI/TC

Demanda de inconstitucionalidad contra la Septuagésima Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley 30114, de Presupuesto del Sector Público

FUNDAMENTO DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, RAMOS NUÑEZ Y LEDESMA NARVAEZ

1. Quienes suscribimos este fundamento de voto coincidimos con el sentido del fallo emitido en todos sus extremos, pero, sin perjuicio de ello, reputamos necesario expresar nuestra divergencia respecto de las razones que fundamentan la decisión.

§ Inconstitucionalidad por la forma

2. El artículo 105 de la Constitución establece que:

“Ningún proyecto de ley puede sancionarse sin haber sido previamente aprobado por la respectiva Comisión dictaminadora, salvo excepción señalada en el Reglamento del Congreso”.

55

3. Una disposición de esta naturaleza persigue una doble finalidad, ya que por un lado pretende favorecer el debate social; y por el otro, busca evitar que se aprueben normas legales que carezcan de adecuada reflexión y estudio.
4. Como es evidente, el Pleno del Congreso somete a debate los dictámenes aprobados por las comisiones, pero ello no puede entenderse en sentido de que su labor se limite a aprobar o desaprobar lo que la Comisión aprobara.
5. Naturalmente que en el debate de la representación nacional pueden eliminarse contenidos o añadir otros que resulten adecuados a la finalidad política perseguida en cada caso, siempre que no se altere la materia regulada.
6. En el caso de autos, la Comisión aprobó el dictamen de la ley de presupuesto, y el pleno del Congreso, en ejercicio de la potestad legislativa reconocida en el inciso 1º del artículo 102, decidió añadir una disposición relacionada con el proceso de devolución de aportes al FONAVI.
7. Por estas razones, sostenemos, en el mismo sentido propuesto en la sentencia, que debe desestimarse la demanda en el extremo que cuestiona la Septuagésima

Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley 30114 por cuestiones de forma, aunque tomando en cuenta las consideraciones aquí vertidas.

§ Inconstitucionalidad del plazo para el registro de beneficiarios y el uso de las sentencias manipulativas reductoras

8. La Septuagésima Segunda Disposición Complementaria Final incluida en la Ley de Presupuesto del Sector Público para el año Fiscal 2014 determina que la devolución comprenderá la totalidad de las contribuciones recaudadas de los trabajadores dependientes e independientes, de acuerdo con la información del Ministerio de Economía y Finanzas, el Banco de la Nación y la SUNAT, que, por cierto, debieron ser oportunamente aplicadas a su finalidad.
9. Debe además añadirse que los beneficiarios serán aquellos que se hayan registrado hasta el 31 de agosto de 2014, habiéndose fijado así una limitación temporal que restringe desproporcionadamente el derecho de propiedad de los aportantes al FONAVI.
10. Conviene tener presente que el Estado debe planificar cada año los ingresos y gastos e inversiones que habrá de llevar a cabo, y a tal fin, cerrará el registro a fin de presupuestar, pero luego debe continuar recibiendo a los aportantes hasta el límite de plazo previsto en la ley 29625, es decir el año 2018.
11. Por estas razones sostenemos que debe declararse fundada la demanda en cuanto incluye un plazo límite para la incorporación de beneficiarios en el año 2014, debiendo precisarse que dicho plazo, que comenzó en el 2010, concluye en el año 2018.
12. En este contexto, y siendo esta la justificación de nuestro voto, no resulta en nuestra opinión indispensable pronunciarse si aquí corresponde hablar de un supuesto de inconstitucionalidad parcial o de una sentencia interpretativa manipulativa (posibilidad a la cual por cierto este tribunal ha recurrido en otros casos, y a la que probablemente acudirá en aquellas situaciones en las cuales lo considere pertinente).

EXP. N.º 00012-2014-PI/TC
CIUDADANOS C. CONGRESO DE LA REPÚBLICA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Suscribo la presente sentencia porque estoy de acuerdo con el fallo emitido en ella, pero me aparto de la Sección C de sus fundamentos, “SOBRE LA NECESIDAD DE EMITIR UNA SENTENCIA MANIPULATIVA-REDUCTORA”, que considero innecesaria y equívoca.

El término “sentencia manipulativa-reductora” se origina en la doctrina constitucionalista italiana. Por más respetable que sea esta doctrina, no obliga al Tribunal Constitucional a seguirla siempre. Si lo ha hecho en el pasado, debiera dejar de hacerlo en el presente.

57

El *Diccionario de la lengua española* dice que una de las acepciones de “manipular” es: “Intervenir con medios hábiles y, a veces, armeros, en la política, en el mercado, en la información, etc., con distorsión de la verdad o la justicia, y al servicio de intereses particulares”.

En este caso, al eliminar una parte del texto de la disposición impugnada, por considerarla inconstitucional, el Tribunal Constitucional está haciendo uso de las atribuciones que le corresponden de acuerdo a la Constitución. No debiera él mismo calificar esta acción como “manipuladora”.

Sentencia manipuladora, a mi criterio, es solo la que añade texto a una disposición impugnada, ya que implica que el Tribunal Constitucional actúe como legislador, sustituyendo al Congreso de la República. No es éste el caso.

SARDÓN DE TABOADA

EXP. N.º 00012-2014-PI/TC

CIUDADANOS C. CONGRESO DE LA REPÚBLICA

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO BLUME FORTINI

Discrepo, muy respetuosamente, de la decisión contenida en la resolución de mayoría, por las siguientes razones:

Desde mi punto de vista, considero que la norma materia de impugnación es inconstitucional tanto por la forma como por el fondo.

En cuanto a la inconstitucionalidad de forma, la cuestionada Septuagésima Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley N.º 30114, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2014, cuya incorporación fuera propuesta el 28 de noviembre de 2013, un día antes de la aprobación de la ley, no fue materia de debate ni de posterior dictamen aprobatorio por parte de la Comisión Parlamentaria de Presupuesto y Cuenta General de la República, lo que vulnera el mandato constitucional previsto en el artículo 105 de la Constitución, que a la letra señala “Ningún proyecto de ley puede sancionarse sin haber sido previamente aprobado por la respectiva Comisión dictaminadora...”.

58

A mi juicio, si se plantean agregados a un proyecto sometido a debate, y con mayor razón a un proyecto de ley de presupuesto que contempla normas que deben ser respetuosas de los principios presupuestarios de programación y equilibrio presupuestal, entre otros, tales agregados también deben debatirse y aprobarse previamente en la comisión parlamentaria respectiva antes de la aprobación del proyecto final en el Pleno del Congreso, a fin de cumplir con la exigencia constitucional anteriormente referida.

En el presente caso, de acuerdo a la Ficha de Seguimiento del Proyecto de Ley N.º 02594/2013-PE, “Proyecto de Ley del Presupuesto del Sector Público para el Año 2014”, que aparece en la página web del Congreso, luego de propuesta la incorporación de la Septuagésima Segunda Disposición Complementaria Final al proyecto de ley por parte del Congresista Gutiérrez Córdor el día 28 de noviembre de 2013, el Presidente de la Comisión Parlamentaria de Presupuesto y Cuenta General de la República, Congresista Cárdenas Cerrón, suscribió solo él, en la misma fecha, un

nuevo “dictamen” que incluía tal incorporación, además de otras propuestas presentadas; “dictamen” que únicamente contiene una transcripción literal del proyecto y de sus agregados, y en el que no se aprecia que las incorporaciones hayan sido materia de debate y aprobación en comisión, como correspondía, lo cual se corrobora por el hecho de que en tal ficha de seguimiento solo aparecen publicadas dos sesiones de la Comisión de Presupuesto y Cuenta General de la República, realizadas con fechas 8 y 12 de noviembre de 2013. Es decir, antes que se plantee la inclusión de la Septuagésima Segunda Disposición Complementaria Final.

En el voto en mayoría se sostiene que el artículo 76.2.a del Reglamento del Congreso permite a los Congresistas de la República hacer proposiciones en relación a la creación y aumento del gasto público durante el debate del Proyecto de Ley de Presupuesto. Sin embargo, considero que ello no significa que tales propuestas no deban ser revisadas, debatidas y aprobadas por la comisión parlamentaria respectiva, conforme al mandato constitucional; máxime tratándose de un proyecto de ley de presupuesto, cuya iniciativa corresponde al Poder Ejecutivo. Es más, por un sentido de simple lógica, si el proyecto, que es lo más, requiere inexorablemente aprobación, previo debate, de la Comisión de Presupuesto y Cuenta General de la República, lo requieren también sus modificatorias; más aún, si éstas tienen evidente connotación y efecto económico respecto a las obligaciones del Estado.

59

En cuanto a la inconstitucionalidad de fondo, considero que la norma en cuestión, también se encuentra viciada por cuanto su contenido en sí mismo lesiona el derecho constitucional de propiedad de los ciudadanos que en su momento generaron aportaciones al FONAVI, pues restringe los alcances de la Ley 29625 en cuanto a la devolución de dichos aportes. Así, la cuestionada norma no justifica razonablemente por qué la devolución solo se efectuará respecto de la parte descontada de lo percibido por el fonavista, mas no de los aportes que en su momento efectuó el empleador o el Estado; ni por qué no se establecen criterios de devolución acordes con las cantidades aportadas realmente a raíz de la labor de cada fonavista que originó los aportes, tanto del fonavista propiamente dicho como del empleador y del Estado, según el caso, más sus correspondientes intereses, que prevé la acotada Ley 29625.

Al respecto, cabe recordar que el FONAVI nació con la finalidad de constituir un fondo a favor de los trabajadores para la adquisición de viviendas, cuya constitución provenía de aportes que efectuaban trabajadores, empleadores, Estado, entre otros; y que en definitiva no tenía carácter tributario. Es decir, un fondo común y solidario para cumplir un fin social, cuyo éxito dependía del compromiso del Estado y empleadores (y otros recursos). En tal sentido, se entendía que el cumplimiento de dicha finalidad tenía un beneficiario cierto: el fonavista aportante, el cual, luego de cumplir con los

requisitos necesarios, podía acceder a una vivienda, en propiedad exclusiva y no compartida. Es decir, que los aportes adicionales que efectuaba el Estado o el empleador para el FONAVI no generaron un derecho de reembolso a favor de aquellos, y esto es consecuencia de la misma naturaleza social que tuvo la creación de este fondo, pues era una forma de aporte a favor del fonavista para el acceso a una vivienda, lo cual en gran medida no se cumplió por responsabilidad del propio Estado.

En tal sentido, considero que, ante la frustración de los objetivos establecidos, por razón no imputable a los fonavistas, sino, repito, al Estado, el aporte al FONAVI en su conjunto pasó a formar parte del patrimonio de los fonavistas, y por ello, no puedo avalar que a través de la norma legal cuestionada, se pretenda desconocer su naturaleza, pues, en mi opinión, la devolución solo de la parte que efectuaron los fonavistas dependientes e independientes a través del descuento de sus remuneraciones o ingresos, constituye un recorte injustificado del reembolso total de los aportes al que tienen derecho, en atención a lo dispuesto por la Ley 29625; sobre todo, si se tiene en cuenta que la dación de la norma impugnada ha hecho revivir la controversia que dió inicialmente origen a la sentencia dictada en el Expediente N° 0007-2012-PI/TC.

Por estas consideraciones, mi voto es porque se declare **FUNDADA** en todos sus extremos la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra la Septuagésima Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley N° 30114, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2014.

EXPEDIENTE 0012-2014-PI/TC
CIUDADANOS
AUTO 3 – ACLARACIÓN

AUTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Lima, 19 de diciembre de 2014

VISTOS

Los escritos de aclaración presentados con fecha 12 de diciembre de 2014 por Andrés Avelino Alcántara Paredes, en representación de los demandantes; y el escrito de fecha 15 de diciembre de 2014, presentado por el apoderado del Congreso de la República; y,

ATENDIENDO A

1. Que, de conformidad con el artículo 121.º del Código Procesal Constitucional, el Tribunal Constitucional puede, de oficio o a instancia de parte, aclarar algún concepto o subsanar cualquier error u omisión en que hubiese incurrido en sus resoluciones.

61

Pedido de aclaración de la parte demandante

2. Que el representante de los demandantes, a través de su escrito de fecha 12 de diciembre de 2014, cuestiona el punto resolutivo N° 4 de la sentencia de autos. Alega que constituye una violación del derecho de propiedad el limitar la devolución únicamente a lo aportado por los fonavistas, y no por el empleador o el Estado.
3. Que, al respecto, este Tribunal advierte que el escrito autodenominado “solicitud de aclaración de sentencia” en realidad pretende cuestionar la sentencia expedida por el Tribunal Constitucional. Lo que se está planteando en rigor es una revisión de lo ya resuelto, actividad que es imposible realizar dentro de un pedido de aclaración.

Pedido de aclaración de la parte demandada

4. Que el apoderado del Congreso de la República, mediante su escrito de aclaración, señala que la sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 9 de diciembre

genera incertidumbre respecto al procedimiento de determinación de lo adeudado a los fonavistas, toda vez que ya no hay una fecha de cierre precisa. En este sentido, divide su pedido de aclaración en tres interrogantes: 1) En primer lugar, señala que, dado que para llevarse a cabo el pago debe contarse con el número total de fonavistas, solicita que se aclare si es posible limitar la inscripción de beneficiarios hasta antes del “octavo año” (sic) toda vez que la ley otorga un plazo de ocho años para el pago. 2) Asimismo, señala el representante del Congreso que, si el contar con el número total de fonavistas constituye un requisito para proceder al pago, solicita a este tribunal que aclare si debe esperarse hasta el año 2018 para proceder al pago 3) Además, consultan si en caso de que se permita la inscripción de posibles beneficiarios hasta el último año, es posible que la comisión siga llevando a cabo devoluciones aún después del octavo año.

5. Antes de comenzar a responder las interrogantes formuladas por el Congreso de la República, este Tribunal advierte que aquellas asumen que para proceder al pago de lo aportado al Fonavi se debe primero contar con el número total de aportantes. Cabe señalar que ello no se desprende del texto de la Ley N° 29625, aprobada por referéndum, ni de su reglamento, ni de la sentencia de este Tribunal Constitucional. A tal caso, provendría de lo previsto en el segundo párrafo de la septuagésima disposición final de la ley de presupuesto para el año 2014.
6. La Comisión *Ad hoc* encargada de la devolución del dinero del Fonavi deberá entonces interpretar las disposiciones de conformidad con lo establecido en la sentencia del Tribunal Constitucional, y no debe esperar a contar con el número total de aportantes para proceder al pago a aquellos fonavistas cuyo monto a recibir ya estaba determinado.
7. En cuanto a las interrogantes formuladas, este Tribunal Constitucional señala que, conforme a la Ley 29625, la devolución de los aportes se dará en el plazo de ocho años contados no con respecto a la publicación de la referida ley, sino de acuerdo con lo previsto en el artículo 8 de la misma:

“Se iniciará la devolución efectiva (...) de acuerdo al Cronograma de Actividades de Entrega durante un período de 8 años. Cuyo inicio es declarado oficialmente por la Comisión Ad Hoc posterior a los 30 días de lo señalado en el artículo 4”.

8. En este sentido, y respondiendo a la primera y tercera interrogantes formuladas por el Congreso de la República, resulta evidente que la devolución de los aportes puede extenderse más allá del año 2018, sin que ello comporte una violación de la Ley 29625. Asimismo, dado que la referida ley no señala que la devolución de

aportes concluya el año 2018, no es necesario recortar el plazo para la inscripción hasta antes de dicho período.

9. En cuanto a la segunda interrogante, reiteramos que del texto de la sentencia de autos no se desprende que el Estado deba esperar hasta el año 2018 para comenzar a pagar lo ya adeudado. Los plazos para el pago se rigen por lo previsto en el artículo 8 de la Ley 29625. Por tanto, a aquellos aportantes que ya se han inscrito hasta el 31 de agosto de 2014 ya se les debería ir pagando, y a su vez, el Poder Ejecutivo deberá recuperar o generar los fondos para el pago a quienes se inscriban después.

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

RESUELVE

1. Declarar **IMPROCEDENTE** el pedido de aclaración presentado por el representante de los demandantes.
2. **ACLARAR** la sentencia del 9 de diciembre de 2014 en función a lo consultado por el apoderado del Congreso de la República, y en este sentido, precisar que:
 - a) El procedimiento para el cómputo de los montos a ser devueltos previsto en el segundo párrafo de la septuagésima segunda disposición final de la Ley N° 30057 no podrá ser aplicado si resulta contrario al espíritu de la sentencia de autos.
 - b) la devolución de los aportes puede extenderse más allá del año 2018, sin que ello comporte una violación de la Ley 29625.
 - c) En concordancia con el fundamento nueve de esta resolución, debe procederse a pagar a aquellos aportantes que ya se han inscritos hasta el 31 de agosto de 2014, teniendo el Poder Ejecutivo que recuperar o generar un fondo para el pago a quienes se inscriban después.

Publíquese y notifíquese.

SS.

URVIOLA HANI

MIRANDA CANALES

RAMOS NUÑEZ

SARDÓN DE TABOADA

LEDESMA NARVÁEZ

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

EXPEDIENTE 0012-2014-PI/TC
CIUDADANOS
AUTO 4 – ACLARACIÓN

AUTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Lima, 6 de enero de 2015

VISTO

El escrito de aclaración —entendido como reposición— presentado con fecha 24 de diciembre de 2014 por el apoderado del Congreso de la República, señor Robert Alberto Lázaro González; y, el desistimiento parcial presentado por el apoderado del Congreso de la República, señor Fernando R. Velezmoro Pinto; y,

64

ATENDIENDO A QUE

1. El apoderado del Congreso de la República solicita a este Tribunal la aclaración de la resolución de fecha 19 de diciembre de 2014. A tal efecto formula tres interrogantes: 1) Si lo señalado en el considerando 5 de la resolución de aclaración constituye una habilitación para que la Comisión *Ad hoc* incumpla la ley o si acaso se puede considerar que dicha disposición se aplica únicamente para el año 2014; 2) Si es posible aplicar el “valor cuota” previsto en el segundo párrafo de la septuagésima segunda disposición final de la Ley N° 30114 para los que se inscribieron hasta el 31 de agosto de 2014, así como para quienes se inscribieran después de dicha fecha; 3) Si al señalarse en el punto resolutivo 2c “tendrá que recuperar o generar un fondo para el pago de quienes se inscriban después” y dado que se les deberá pagar de acuerdo al valor-cuota establecido, si el Tribunal está autorizando una ejecución de gasto público y si es así, cómo se generaría dicho fondo.
2. Con fecha 6 de enero de 2014, el apoderado del Congreso se desiste de la segunda interrogante antes mencionada. A base del artículo 37° del Reglamento Normativo del Tribunal, se acepta este desistimiento y, consecuentemente, carece de objeto pronunciarse sobre ese extremo en particular.
3. En cuanto a la primera interrogante planteada en la aclaración, este Tribunal, en su condición de supremo intérprete de la Constitución, señala que una ley debe

ser entendida conforme a lo dispuesto por la Constitución y la jurisprudencia de este Tribunal.

4. En cuanto a la otra interrogante, tanto en su sentencia como en su aclaración de fecha 19 de diciembre de 2014 este Tribunal señaló con claridad que debe pagarse de inmediato a los fonavistas ya inscritos con el monto presupuestado para ello, de acuerdo a lo establecido en la septuagésima segunda disposición complementaria final de la Ley de Presupuesto del Sector Público para el año fiscal 2014, Ley 30114; tomándose en cuenta al 31 de agosto de 2014, como parámetro objetivo considerado en dicha disposición.
5. Asimismo, el Tribunal ya señaló en la aclaración de fecha 19 de diciembre de 2014 que, para los pagos posteriores que deban efectuarse, la Comisión Ad Hoc deberá utilizar los recursos efectivamente recaudados de los aportes de los trabajadores y, en caso estos fueran insuficientes para los pagos a los fonavistas inscritos con posterioridad, deberán recuperar los fondos necesarios, pudiendo incluso utilizar los recursos que corresponden a pasivos del Estado al Fonavi, por cualquier concepto.

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

65

RESUELVE

1. Aceptar el desistimiento parcial planteado.
2. Declarar **IMPROCEDENTE** el pedido de aclaración entendido como reposición presentado por el apoderado del Congreso de la República.
3. Sin perjuicio de lo ya resuelto, se precisa lo siguiente:
 - a. Debe pagarse de inmediato a los fonavistas ya inscritos de acuerdo a lo establecido en la septuagésima segunda disposición complementaria final de la Ley de Presupuesto del Sector Público para el año fiscal 2014, Ley 30114; para dichos efectos, se considerará el 31 de agosto de 2014, como parámetro objetivo considerado en dicha disposición.
 - b. Para los pagos posteriores que deban efectuarse, la Comisión Ad Hoc deberá emplear los recursos efectivamente recaudados de los aportes de los trabajadores y, en caso estos fueran insuficientes para los pagos posteriores que deban efectuarse, deberán recuperar los fondos necesarios, pudiendo incluso utilizar los recursos que corresponde a pasivos del Estado al Fonavi, por cualquier concepto.

- c. Exhortar a la instancia competente para privilegiar la recuperación de los fondos para atender las obligaciones todavía incumplidas.

Publíquese y notifíquese.

SS.

URVIOLA HANI

MIRANDA CANALES

RAMOS NÚÑEZ

SARDÓN DE TABOADA

LEDESMA NARVÁEZ

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

EXPEDIENTE 0012-2014-PI/TC
CIUDADANOS
AUTO 5 – INCONSTITUCIONALIDAD POR CONEXIDAD

AUTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Lima, 21 de mayo de 2015

VISTA

La solicitud de declaración de inconstitucionalidad por conexidad, de fecha 20 de marzo de 2015, solicitada por Andrés Avelino Alcántara Paredes, en representación de los ciudadanos demandantes; y,

ATENDIENDO A QUE

1. Mediante escrito de fecha 20 de marzo de 2015, los demandantes solicitan a este Tribunal que declare la inconstitucionalidad por conexidad del Decreto Supremo 016-2014-EF, que aprueba las normas reglamentarias para la implementación de lo dispuesto por la Septuagésima Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley 30114, Ley de Presupuesto del Sector Público para el año fiscal 2014. Sostienen que, al haber sido declarada fundada en parte la demanda de inconstitucionalidad, interpuesta contra la Septuagésima Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley 30114, también debe declararse, de manera expresa, la inconstitucionalidad de aquellas otras normas que le son conexas, como por ejemplo, el Decreto Supremo 016-2014-E que es su reglamento.
2. El argumento principal consiste en que, este Tribunal, ha establecido que conforme a lo dispuesto en la Ley 29625, para la determinación y devolución de los aportes se conformará una cuenta individual por cada fonavista, y que, no se requiere contar con la relación total de los beneficiarios para proceder al pago. Y, dado que, según afirman los ciudadanos demandantes, el artículo 12 del referido Decreto Supremo, establece que la determinación del aporte a devolver es un monto fijo y conforme a la fórmula establecida en el Anexo 2 (el cálculo del aporte mensual es una división entre el fondo a devolver y la cantidad de beneficiarios por promedio de períodos aportados), tal regulación es contraria no sólo

a la fórmula de determinación de los aportes establecida en los artículos 1 y 2 de la Ley 29625, sino que además resulta contraria a lo establecido por este Tribunal en la sentencia antes mencionada.

3. El artículo 78 del Código Procesal Constitucional establece que “La sentencia que declare la ilegalidad o inconstitucionalidad de la norma impugnada, declarará igualmente la de aquella otra a la que debe extenderse por conexión o consecuencia”. Al respecto, conviene recordar que, este Tribunal, en más de una oportunidad, ha dicho que, el órgano competente para hacer uso de la denominada ‘inconstitucionalidad por conexidad o consecuencia’ es el Tribunal Constitucional, y la etapa procesal para realizar dicho examen, es al momento de sentenciar, siempre que se trate de una norma no invocada por el demandante y que la misma complementa, precise o concretice el supuesto o la consecuencia de la norma declarada inconstitucional (fundamento 77 de la STC 0045-2004-PI/TC; fundamento 8 de la STC 0017-2013-PI/TC y fundamento 11 del ATC 0023-2013-PI/TC).
4. En el caso de autos, dado que este Tribunal Constitucional, mediante sentencia, de fecha 9 de diciembre de 2014 (Exp. 0012-2014/PI/TC), ya ha emitido pronunciamiento sobre el fondo del asunto, declarando fundada en parte la demanda, y por lo tanto, inconstitucional la Septuagésima Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley 30114, la etapa procesal para realizar el análisis de constitucionalidad y la eventual declaración de inconstitucionalidad por conexidad del artículo 12 del Decreto Supremo 016-2014-EF, ya ha precluido. Es decir, en la etapa de ejecución de sentencia no es posible solicitar la declaratoria de inconstitucionalidad de normas distintas a las impugnadas por conexidad.
5. Además, cabe señalar que dada la naturaleza de la disposición cuestionada en el presente pedido, esto es, un decreto supremo por el cual se aprueba el reglamento de una ley, la vía natural para efectuar este tipo de cuestionamientos es el proceso de acción popular, el cual es competencia del Poder Judicial y no del Tribunal Constitucional.

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

RESUELVE

Declarar **IMPROCEDENTE** la solicitud de declaración de inconstitucionalidad por conexidad, solicitada por Andrés Avelino Alcántara Paredes, en representación de los ciudadanos demandantes.

Publíquese y notifíquese.

SS.

URVIOLA HANI

MIRANDA CANALES

BLUME FORTINI

RAMOS NÚÑEZ

SARDÓN DE TABOADA

LEDESMA NARVÁEZ

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Sentencia 00011-2013-PI/TC

Proceso de inconstitucionalidad interpuesto por el Colegio de Abogados de Lima Norte. El Tribunal confirmó la constitucionalidad del artículo 2 de la Ley 29947, Ley de Protección a la Economía Familiar

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 5 de enero de 2015

Resumen: El Tribunal Constitucional declaró infundada la demanda interpuesta contra el artículo 2 de la Ley 29947, Ley de Protección a la Economía Familiar. El artículo en cuestión establece, entre otras cosas, que entidades educativas superiores no pueden impedir la asistencia a clases, la evaluación de los alumnos, entre otros, al pago de las pensiones del ciclo en curso, aunque sí pueden retener los certificados correspondientes al período no pagado, siempre que se haya informado adecuadamente a los usuarios oportunamente. Regula también que la tasa de interés para las moras sobre pensiones no pagadas no podrá superar la tasa de interés interbancario dispuesta por el Banco Central de Reserva.

El Tribunal concluyó que el citado artículo no afecta el ámbito constitucionalmente protegido de la libre iniciativa privada, pues la prohibición que establece no impide ni dificulta que las personas naturales o jurídicas puedan dedicarse libremente a la promoción y conducción de instituciones educativas superiores de naturaleza privada.

También señaló que el citado artículo no afecta el derecho a la libre contratación en el extremo que impone a las entidades educativas superiores la tasa de interés aplicable a sus relaciones con los estudiantes, en tanto la facultad de las instituciones educativas para fijar intereses moratorios, aplicados al cobro de pensiones, no es parte del contenido normativo del derecho a la libre contratación.

Por otro lado, el Tribunal consideró que la norma sí interviene la libertad de empresa, la libertad de asociación y la autonomía universitaria. Sin embargo, precisó que no toda intervención, injerencia, restricción o limitación a un derecho fundamental es inconstitucional en sí misma, sino que solo deviene en inconstitucional cuando no se encuentra justificada ni es compatible con el contenido constitucionalmente pro-

tegido del derecho en cuestión. En el presente caso, la finalidad constitucional de la medida es garantizar el derecho a la educación universitaria, que incluye la continuidad en la misma.

De esta manera, el Tribunal aplicó el test de proporcionalidad al caso, contrastando el grado de afectación de los mencionados derechos con el grado de satisfacción del derecho a la educación superior, concluyendo que el grado de optimización del derecho a la educación superior —satisfecho en grado *intenso*— justifica la restricción de las libertades de asociación y empresa, así como la autonomía universitaria —que se afectan en grado *leve*— resultando que la medida cuestionada no es excesiva ni desproporcionada y, por tanto, resulta constitucional.

Temas Claves: Autonomía universitaria — derecho a la educación — libertad de asociación — libertad de contratar — libertad de empresa — libre iniciativa privada — test de proporcionalidad.

PLENO JURISDICCIONAL

Expediente 0011-2013-PI/TC

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Del 27 de agosto de 2014

Caso Ley de Protección a la Economía Familiar

COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA NORTE C. CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Asunto

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 2 de la Ley 29947, de Protección a la Economía Familiar.

Magistrados firmantes:

73

SS.

URVIOLA HANI

MIRANDA CANALES

BLUME FORTINI

RAMOS NÚÑEZ

LEDESMA NARVÁEZ

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 29 días del mes de agosto de 2014, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Urviola Hani, Presidente; Miranda Canales, Vicepresidente; Blume Fortini; Ramos Núñez; Ledesma Narvárez y Espinosa-Saldaña Barrera, y con el voto singular del magistrado Sardón de Taboada, pronuncia la siguiente sentencia.

I. CUESTIONES PRELIMINARES

A. PETITORIO CONSTITUCIONAL

Tras alegar la violación de los artículos 58 y 59 de la Constitución, el Colegio de Abogados de Lima Norte interpuso una demanda de inconstitucionalidad con fecha 24 de abril de 2013, contra el artículo 2 de la Ley 29947, de Protección a la Economía Familiar:

“Artículo 2. Los institutos, escuelas superiores, universidades y escuelas de posgrado públicos y privados no pueden condicionar ni impedir la asistencia a clases, la evaluación de los alumnos, ni la atención de los reclamos formulados, al pago de las pensiones en el ciclo lectivo en curso. En este último caso, las instituciones educativas pueden retener los certificados correspondientes al período no pagado, siempre que se haya informado adecuadamente de esto a los usuarios al momento de la matrícula y procedan a la matrícula del ciclo siguiente previa cancelación de su deuda. La tasa de interés para las moras sobre pensiones no pagadas no podrá superar la tasa de interés interbancario dispuesta por el Banco Central de Reserva del Perú. De igual manera no se podrá condicionar la rendición de evaluaciones del ciclo lectivo en curso a los alumnos que estén desempeñándose como deportistas calificados de alto nivel a la asistencia presencial a clases que colisionen con las horas de entrenamiento y/o con los eventos deportivos en los que participan, debiendo para ello encontrarse acreditados por el Instituto Peruano del Deporte. De ser el caso, se debe reprogramar las fechas de evaluación de los mismos”.

74

B. DEBATE CONSTITUCIONAL

El accionante y el demandado postulan una serie de razones o argumentos sobre la constitucionalidad o no de las normas objetadas que se presentan a continuación.

B-1. DEMANDA

La demanda interpuesta se sustenta en los siguientes argumentos:

- La norma en cuestión viola la libre iniciativa privada, garantizada por el modelo económico que la Constitución reconoce en su artículo 58, convirtiéndose en un caso de “intervencionismo” estatal contrario a la prioridad de la libertad individual en el ámbito de la economía.
- La norma desarrolla una interpretación errada del derecho a la educación, pues no tiene en cuenta que la educación es un servicio como cualquier otro, en el

que el usuario debe ser consciente de que su ingreso a una institución superior privada implica una obligación de pago por la prestación del servicio.

- La disposición impugnada vulnera el artículo 59 de la Constitución, puesto que, bajo el argumento de ‘proteger la economía familiar’, se restringe la libertad de empresa, al disponer que los institutos, escuelas superiores, universidades y escuelas de posgrado públicos y privados no condicionen la asistencia a clases, evaluación y atención de alumnos al pago de las pensiones en el ciclo lectivo en curso.
- La norma impugnada trastoca la economía de los centros superiores de enseñanza, ya que estos están obligados a pagar todos los meses los gastos fijos propios de su actividad económica, mientras que a los alumnos se les incentivará una ‘cultura de la irresponsabilidad’.
- El artículo objetado no toma en cuenta que en todas las universidades e institutos superiores existe una deserción de estudiantes del 15% a 20% durante los primeros ciclos, los que, evidentemente, no retornarán a reclamar sus certificados, ni mucho menos a pagar sus pensiones.

B-2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

75

Dado que lo que se impugna es una ley, la defensa de su constitucionalidad corresponde al Congreso de la República, quien contesta la demanda el 24 de febrero de 2014, negándola y contradiciéndola en todos sus extremos, por las siguientes razones:

- La condición de servicio público de la educación superior le reconoce un nivel preponderante frente al derecho de los planteles educativos a obtener el pago por el servicio prestado.
- La disposición impugnada no vulnera el artículo 58 de la Constitución, toda vez que la iniciativa privada debe ejercerse en armonía con la “Economía social de mercado”, por lo que el Estado tiene el deber constitucional de fomentar el desarrollo social y asegurar el bienestar de los usuarios, criterio aplicable a la educación universitaria.
- El artículo cuestionado no contraviene la libertad de empresa -en su faceta de libertad de organización-, pues la limitación prevista es razonable y temporal, ya que no implica la omisión del pago, sino que éste queda pendiente para el siguiente período académico; así las cosas, la medida persigue un fin constitucionalmente legítimo (derecho a permanecer en la universidad libre de limitaciones arbitrarias) y cumple con las características de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

- Finalmente la norma impugnada tiene algunos antecedentes normativos y jurisprudenciales que comparten una misma línea de pensamiento, como la Ley 27665, de Protección a la economía familiar respecto al pago de pensiones en centros y programas educativos privados.

II. FUNDAMENTOS

1. Se objeta la constitucionalidad del artículo 2 de la Ley 29947, Ley de protección a la economía familiar. Según se ha expresado en la demanda, dicha disposición violaría la libre iniciativa privada y la libertad de empresa, y se sustentaría en una interpretación indebida de los alcances del derecho a la educación.

2. Dicha disposición establece lo siguiente:

“Los institutos, escuelas superiores, universidades y escuelas de posgrado públicos y privados no pueden condicionar ni impedir la asistencia a clases, la evaluación de los alumnos, ni la atención de los reclamos formulados, al pago de las pensiones en el ciclo lectivo en curso. En este último caso, las instituciones educativas pueden retener los certificados correspondientes al período no pagado, siempre que se haya informado adecuadamente de esto a los usuarios al momento de la matrícula y procedan a la matrícula del ciclo siguiente previa cancelación de su deuda. La tasa de interés para las moras sobre pensiones no pagadas no podrá superar la tasa de interés interbancario dispuesta por el Banco Central de Reserva del Perú. De igual manera no se podrá condicionar la rendición de evaluaciones del ciclo lectivo en curso a los alumnos que estén desempeñándose como deportistas calificados de alto nivel a la asistencia presencial a clases que colisionen con las horas de entrenamiento y/o con los eventos deportivos en los que participen, debiendo para ello encontrarse acreditados por el Instituto Peruano del Deporte. De ser el caso, se debe reprogramar las fechas de evaluación de los mismos”.

3. Igualmente, el Tribunal hace notar que no todos los destinatarios del extremo impugnado del artículo 2 de la Ley 29947 (referido a la prohibición de condicionar la asistencia a clases, la evaluación de los alumnos y la atención de los reclamos formulados, al pago de las pensiones en el ciclo lectivo en curso), son centros de educación superior de carácter privado. Allí están comprendidos institutos, escuelas superiores, universidades y escuelas de posgrado, ya sea de naturaleza pública o privada. Esta distinta naturaleza pública o privada de los destinatarios de la disposición es relevante desde el punto de vista de la identificación de los bienes constitucionales que puedan encontrarse comprometidos.

4. Aun así, no es necesario que el Tribunal se detenga en un análisis pormenorizado sobre las distintas formas jurídicas con las cuales puedan estar conformados todos los destinatarios del artículo 2. Es suficiente constreñir el análisis al caso de las universidades públicas y privadas, pues con ello es factible identificar la totalidad de los bienes constitucionales que puedan resultar intervenidos.
5. En efecto, en el ámbito específico de la educación universitaria, la posibilidad de que este servicio educativo sea prestado también por entidades privadas se encuentra reconocida en la Constitución, al señalar su artículo 18 que las universidades “son promovidas por entidades privadas o públicas”, que “la ley fija las condiciones para autorizar su funcionamiento” y que “cada universidad es autónoma en su régimen normativo, de gobierno, académico, administrativo y económico”.
6. Por lo que al caso de las universidades privadas se refiere, el Tribunal hace notar que de acuerdo con el Decreto Legislativo 882 –“Ley de Promoción de la Inversión en Educación”- y la Ley 30220 –“Ley Universitaria”-, la creación de centros de estudios superiores de esta clase es consecuencia del ejercicio de la libre iniciativa privada, si bien su conformación puede estar sujeta al régimen de sociedades o al que es propio de las asociaciones. Fuera de la libre iniciativa privada y de la autonomía universitaria, que es común a ambas formas de universidades privadas, en el caso de las conformadas bajo formas societarias, ha de considerarse a la libertad de empresa entre los derechos intervenidos.
7. En cambio, para el otro grupo de universidades privadas, esto es, aquellas constituidas bajo formas asociativas, es la libertad de asociación la que ha de considerarse entre los derechos afectados con la prohibición de condicionar o impedir la asistencia a clases, la evaluación de los alumnos y la atención de los reclamos formulados, al pago de las pensiones en el ciclo lectivo en curso.
8. Distinto es el caso de los centros de educación superior de naturaleza pública y, en especial, de las universidades, pues estas no titularizan ni las libertades económicas, cuya afectación se ha alegado, ni la libertad de asociación; de modo que, con relación a ellas, solo cabe dilucidar si la disposición impugnada interviene injustificadamente en el ámbito constitucionalmente garantizado de la autonomía universitaria.
9. En suma, respecto de las universidades públicas y sus escuelas de posgrado, el bien constitucional intervenido es la autonomía universitaria. Lo mismo aplica para el caso de las universidades privadas. Y para estas últimas, así como para con los institutos, escuelas superiores [cf. Ley 29394] y sus escuelas de posgrado,

todas estas de naturaleza privada, dependiendo del régimen jurídico con el cual se hayan conformado, habrá de considerarse entre los derechos intervenidos a la libre iniciativa privada, la libertad de empresa y la libertad de asociación.

10. Por otro lado, respecto al extremo de la disposición impugnada referido al interés moratorio aplicable a las pensiones impagas, si bien no se ha invocado la violación del derecho a la libre contratación; sin embargo, este Tribunal observa que también corresponde analizar si el artículo 2 de la Ley 29947 lo lesiona, únicamente en el extremo que impone a las entidades de educación superior la obligación de que “La tasa de interés para las moras sobre pensiones no pagadas no podrá superar la tasa de interés interbancario dispuesta por el Banco Central de Reserva del Perú”.
11. Así las cosas, en lo que sigue el Tribunal ha de verificar si el extremo del artículo 2 de la Ley 29947 constituye una intervención sobre el ámbito protegido de las libertades identificadas, así como sobre la autonomía universitaria, en el siguiente orden: (A) Libre iniciativa privada (art. 58 de la Constitución); (B) Libertad de empresa (art. 59 de la Constitución); (C) Libertad de asociación (art. 2.17 de la Constitución); (D) Autonomía universitaria (art. 18 de la Constitución); y (E) Libre contratación (art. 2.14 y 62 de la Constitución). Y si existiera una intervención en alguno de estos bienes constitucionales, se analizará a continuación si (F) dicha injerencia se encuentra justificada.

78

A. SOBRE LA PRESUNTA AFECTACIÓN DE LA LIBRE INICIATIVA PRIVADA

Argumentos de la demanda

12. La parte demandante sostiene que la norma denunciada afecta el libre desarrollo de la empresa privada, ya que representa un inaceptable “intervencionismo del Estado”, propio de los “sistemas socialistas y las economías planificadas”. En su opinión, la norma atenta contra el estatuto de libertad del ser humano, entendido como ente esencialmente libre, creativo y proyectivo, condición de posibilidad para la potenciación de su ser y el libre desarrollo de su personalidad en el seno de una sociedad democrática, republicana y liberal.
13. Asimismo, sostiene que se viola la libre iniciativa privada, que conforma el modelo económico de la Constitución; esto es, el régimen de “economía de libre mercado”, que, en su opinión, garantiza que sea el libre juego de la oferta y la demanda el que determine la actividad de cada agente económico, según el conocido “principio de la mano invisible definido por Adam Smith” (sic).

Argumentos de la contestación de la demanda

14. Por su parte, el apoderado del Congreso de la República sostiene que la libre iniciativa privada, en los términos que la Constitución reconoce, se ejerce en el marco de una “Economía Social de Mercado”, lo que implica que la actividad económica no está sometida al “imperio de los simples designios del mercado”, sino que se ejerce en armonía con la Constitución. Por ello, considera que la norma impugnada no vulnera la libre iniciativa privada, puesto que ésta no prohíbe a las personas iniciar actividades económicas en determinado sector, sino solo cierta práctica –prohibir que se impida recibir clases en tanto no se haya pagado la pensión–, la misma que se encuentra estipulada en la ley.
15. Asimismo, resalta que “toda actividad económica no agota su virtualidad en los intereses privados de quienes la ejercen”, pues esta no es un “fin en sí mismo”, sino que “tiene el deber constitucional de fomentar el desarrollo social y asegurar el bienestar de los consumidores y usuarios”, y que dicha función social se hace patente cuando “se desarrolla en el ámbito de la educación, en general, y en el de la educación universitaria, en particular”.

Consideraciones del Tribunal Constitucional

79

16. El artículo 58 de la Constitución reconoce el derecho a la libre iniciativa privada en los términos siguientes:

“La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos, e infraestructura [...]”.
17. El Tribunal ha sostenido que el derecho a la libre iniciativa privada comprende, entre otras posiciones *ius*-fundamentales, la facultad de toda persona natural o jurídica, de emprender y desarrollar, con plena autonomía, cualquier actividad económica de su preferencia, a través de la disposición e intercambio de bienes, con la finalidad de obtener un beneficio o ganancia material (cfr. STC 02111-2011-AA/TC, fundamento 11). Ha reconocido, igualmente, que esta faceta de la libertad debe ser coherente con la garantía de posibilidades adecuadas de autorrealización para el ser humano en todos los ámbitos de su personalidad.
18. Por ello, el Tribunal ha enfatizado que esta libertad económica no puede entenderse desvinculada del marco o modelo de Constitución económica que contiene la Ley Fundamental, sino como conformante de ella y, en particular, de la direc-

triz que contiene el artículo 58 de la Constitución, según la cual la iniciativa privada “se ejerce en una Economía Social de Mercado” y que “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”.

19. La “Economía Social de Mercado”, como modelo *ius*-fundamental económico, busca asegurar la competencia mediante el estímulo de la capacidad productiva individual, con el objeto no solo de generar la creación de riqueza, sino de contribuir con la promoción del bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación [art. 44 de la CP]. Esta promoción del bienestar comprende la articulación de un diversificado sistema de protección [cf. art. 64 de la Constitución], especialmente de los sectores económicamente más vulnerables [STC 0008-2003-AI/TC, fundamento 16]. El modelo de economía social de mercado representa, por tanto, la condensación histórica de los valores constitucionales de la libertad y la justicia.
20. La economía social de mercado es un *tertium genus* frente a los modelos económicos del mero imperio del mercado o del puro direccionismo estatal, y pone el acento en el estímulo de la iniciativa privada y en el libre desenvolvimiento de los agentes económicos, con el objeto de producir riqueza y lograr el desarrollo del país, accionar que se complementa con los objetivos sociales de promoción del bienestar general y de igualdad material de las condiciones de vida [STC 0228-2009-AA, fundamento 28].
21. El primer componente de una economía social de mercado es la *libre iniciativa privada*. Es decir, la confianza en la persona y en su capacidad, no solo para producir riqueza y progreso material, sino para administrar responsablemente el bienestar y el auge económico producidos. Este modelo rechaza todo perfil de desarrollo económico vertical y autoritario, que descrea de la capacidad humana para auto regularse y que, desde el Estado, todo lo planifica, lo dirige y lo determina, anulando las posibilidades de libre creación del espíritu humano y de libre y responsable manejo de los bienes económicos producidos [STC 0228-2009-AA, fundamento 31].
22. La economía social de mercado se caracteriza por poner énfasis en las libertades económicas fundamentales y por asegurar que el Estado tenga un rol subsidiario en la economía, de manera que garantice el pleno desenvolvimiento de la personalidad humana; es decir, la responsabilidad de cada persona sobre la planificación y realización de su proyecto vital en el marco de instituciones políticas, jurídicas y económicas orientadas por el valor de la equidad.

23. Este es el contexto en el que la Constitución reconoce la promoción de la inversión privada en el servicio público de educación: el de la economía social de mercado. Y lo hace cuando consagra el derecho de toda persona, natural o jurídica, “de promover y conducir instituciones educativas y el de transferir la propiedad de éstas, conforme a ley” (artículo 15). Lo propio ocurre en el caso de la educación superior, pues a partir de una interpretación sistemática de los artículos 18, segundo párrafo, y 19 de la Constitución, se desprende que tanto las universidades como los institutos superiores y demás centros educativos constituidos conforme a ley, pueden ser promovidos por entidades privadas o públicas, con el fin de garantizar el acceso a la educación y asegurar su calidad como consecuencia del ejercicio de la libre y estatalmente supervisada competencia (artículo 61) (fundamento 17 de la STC 0017-2008-PI/TC).
24. Por ello, a diferencia de lo que se ha argumentado en la demanda, el Tribunal no comparte la afirmación según la cual el modelo económico que contiene la Constitución es tributario absoluto del “principio de la mano invisible”. Considera, por el contrario, que se trata de un régimen de economía social de mercado, inspirado en el pleno desarrollo de todos los ámbitos de la personalidad y en el ejercicio de una actividad económica coherente con el bien común y el desarrollo social.
25. En el ámbito de la educación universitaria, el derecho de toda persona, natural o jurídica, “de promover y conducir instituciones educativas y el de transferir la propiedad de éstas, conforme a ley”, no es absoluto. Esto significa que puede ser regulado y, en su caso, limitado por ley. Como prevé el artículo 18 de la Constitución, las universidades “son promovidas por entidades privadas o públicas. La ley fija las condiciones para autorizar su funcionamiento”.
26. Así las cosas, el Tribunal no considera que el artículo 2 de la Ley 29947, Ley de protección a la economía familiar, constituya una intervención en el ámbito constitucionalmente garantizado de la libre iniciativa privada. La prohibición que establece –de no condicionar ni impedir la asistencia a clases, la evaluación de los alumnos ni la atención de los reclamos formulados al previo pago de las pensiones en el ciclo lectivo en curso–, no impide ni dificulta que las personas naturales o jurídicas puedan libremente dedicarse a la promoción y conducción de instituciones educativas superiores de naturaleza privada.
27. Se trata, en buena cuenta, de una medida que, al regular la actuación de estas entidades educativas con sus discentes-usuarios, solo tiene la capacidad de incidir en la libertad de fijar la auto-organización del centro de educación superior libremente creado. Pero esta última es una potestad que no se encuentra dentro

del programa normativo de la libre iniciativa privada y, por tanto, está fuera del ámbito de intervención de la disposición cuestionada. Este Tribunal concluye entonces que carece de relevancia constitucional este primer motivo impugnatorio del artículo 2 de la Ley 29947.

B. SOBRE LA PRESUNTA AFECTACIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE EMPRESA

Argumentos de la demanda

28. Se alega que la norma cuestionada lesiona la libertad de empresa. En opinión de la entidad demandante, la libertad de empresa es una representación de la libertad individual, por lo que al ser consustancial con la libertad, el Estado debe permitir la existencia, actividad y permanencia de la empresa. En tal línea, sostiene que la intervención del Estado en el cobro de las pensiones de enseñanza viola la libertad de empresa.

Argumentos de la contestación de la demanda

29. Por su parte, el apoderado del Congreso de la República reconoce que la disposición impugnada contiene una intervención en la libertad de empresa y, en particular, en la libertad de organización de la empresa, pues incide en las facultades administrativas y de elección de políticas de precios de los centros de educación superior. Sin embargo, a su juicio, dicha limitación se encuentra razonablemente justificada, por lo que considera que no es incompatible con la Constitución.

82

Consideraciones del Tribunal Constitucional

30. El artículo 59 de la Constitución reconoce el derecho a la libertad de empresa en los términos siguientes:

“El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria [...]”

31. La libertad de empresa es un derecho fundamental mediante el cual se garantiza la facultad de toda persona a elegir y crear libremente una institución u organización con el objeto de dedicarla a la realización de actividades que tengan fines económicos, ya sea de producción de bienes o prestación de servicios, orientados a satisfacer necesidades (STC 0003-2006-PI/TC), y disfrutar de su rendimiento económico y satisfacción espiritual (Cf. STC 3330-2004-AA/TC).
32. En la STC 3116-2009-PA/TC, el Tribunal recordó que el contenido constitucionalmente protegido de la libertad de empresa está compuesto por tres posiciones *ius*-fundamentales básicas:

- *Acceso*. A través de la llamada libertad de fundación de una empresa, mediante la cual se garantiza la potestad de decidir no solo crear empresas, sino también actuar en el mercado, según la denominada libertad de acceso al mercado.
 - *Auto-organización*. A través del reconocimiento a la libertad de organización de la empresa, que garantiza al empresario la facultad de establecer los objetivos propios de la empresa, con el fin de dirigir y planificar su actividad (libertad de dirección de la empresa) en atención a sus recursos y a las condiciones del mercado.
 - *Cesación*. A través del cual se reconoce la potestad de decidir la salida del mercado de la empresa. [Cf. STC 0032-2010-PI/TC; STC 1405-2010-PA/TC y STC 3075-2011-PA/TC].
33. La disposición impugnada contiene, aparentemente, una intervención normativa en el ámbito de la libertad de empresa; en concreto, en la faceta de “auto organización”. Y es que, en efecto, la libertad de dirección de la empresa -que faculta al empresario a planificar su actividad sobre la base de los recursos con que dispone y las condiciones del mercado-, se ve obstaculizada con la prohibición de suspender el servicio educativo en el caso de que los alumnos no hayan cumplido con el pago oportuno de sus pensiones.
34. Se trata pues de una intervención en el ámbito de la libertad de empresa que, no por ello, autoriza a que se declare, sin más, su inconstitucionalidad. Como en diversas ocasiones el Tribunal ha advertido, las intervenciones, injerencias, restricciones o limitaciones a los derechos fundamentales solo devienen inconstitucionales cuando no se encuentran justificadas. Una injerencia carece de justificación cuando no satisface los criterios formales o materiales que se derivan del contenido constitucionalmente protegido del derecho intervenido. Cabe, entonces, indagar si la limitación que ahora se denuncia es compatible con el contenido constitucionalmente protegido de la libertad de empresa.
35. Antes, sin embargo, es preciso que el Tribunal haga notar que al denunciar la violación de la libertad de empresa, la parte demandante dejó entrever que la disposición en cuestión también violaría el derecho a la igualdad. En su opinión, la norma genera un trato discriminatorio entre universidades públicas y universidades privadas, que perjudica a estas últimas, pues en las primeras los alumnos no pagan una pensión.
36. Al respecto, este Tribunal precisa que la norma en cuestión no significa una violación del derecho a la igualdad, por la sencilla razón de que la universidad

pública no representa un término válido de comparación (*tertium comparationis*) (STC 00035-2010-PI/TC, fundamento 30), sobre cuya base se establezca un trato discriminatorio respecto del derecho a la libertad de empresa, en perjuicio de las universidades privadas. Esto es así porque, como se expondrá más adelante, en el caso de las universidades públicas, la presunta afectación causada por la norma impugnada debe ser objeto de análisis en función de otro bien constitucional.

C. SOBRE LA PRESUNTA AFECTACIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE ASOCIACIÓN

37. Como se ha anotado, si bien no se ha acusado una violación de la libertad de asociación, el Tribunal considera que un análisis que tenga en cuenta el ámbito constitucionalmente protegido de dicho derecho se justifica porque entre los destinatarios de la prohibición que contiene la disposición impugnada, también se encuentran los centros de estudios superiores conformados bajo formas asociativas.

38. El derecho de asociación se encuentra reconocido en el artículo 2.17 de la Constitución en los siguientes términos:

“Toda persona tiene derecho:

[...]

“17. A participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social, y cultural de la Nación [...]”.

39. Como ha expresado este Tribunal en la STC 02243-2010-PA/TC, este derecho tiene una doble dimensión, a saber:

a. Una *dimensión positiva*, que abarca las facultades de conformar asociaciones (derecho a formar asociaciones), de afiliarse a las organizaciones existentes y de permanecer asociado mientras no se incumplan las normas estatutarias; y,

b. Una *dimensión negativa*, que comprende la facultad de toda persona de negarse a formar parte de una determinada asociación, así como los derechos a no ser obligado a integrarla, a no seguir asociado contra su voluntad o retirarse de una, cuando así lo desee.

40. En lo que aquí interesa, la libertad de asociación, en su *dimensión positiva*, garantiza la facultad de conformar organizaciones, lo que incluye la posibilidad de

estructurar, *organizar* y poner en funcionamiento el producto de su ejercicio, la asociación. Esta facultad se materializa, inicialmente, con la adopción del estatuto y se mantiene, a través del tiempo, mediante el desarrollo de una vida social erigida sobre la base de la libertad de auto organizarse para cumplir sus fines sociales.

41. En este sentido, la *dimensión positiva* del derecho de asociación supone una pluralidad de personas que acuerdan, de manera autónoma, libre y espontánea, la creación de un ente a través del cual realizarán un proyecto de interés común, pacífico y lícito; razón por la cual, en cuanto persona jurídica, está dotada de la capacidad para que se le imputen derechos y obligaciones, a fin de responder con autonomía por su devenir social, mientras dirige su actividad a la satisfacción del interés que la sustenta.
42. En el caso de los centros de educación superior de naturaleza privada organizados como asociaciones, y que, por tanto, no cuentan con un fin lucrativo, la *dimensión positiva* de este derecho garantiza, en general, la facultad de constituir y planificar su accionar de la forma que mejor consideren pertinente (STC 4241-2004-AA/TC, fundamento 5) y, en particular, la de proveerse las formas de gobierno administrativo y económico.
43. En opinión del Tribunal, la disposición impugnada contiene una injerencia en la capacidad de auto organización, principalmente administrativa y económica, de los centros de educación superior conformados bajo formas asociativas. Tal intervención es consecuencia de la limitación a la libertad de dirección, pues se prohíbe que en ejercicio de ella las entidades educativas suspendan el servicio educativo a los alumnos que no hayan cumplido con el pago oportuno de sus pensiones.
44. Como se expuso con relación a la libertad de empresa, tal intervención en el ámbito de la libertad de asociación no autoriza a que se declare la inconstitucionalidad de la disposición cuestionada, a no ser que ésta carezca de justificación. Corresponde, en consecuencia, indagar si tal limitación es compatible con el contenido constitucionalmente protegido de la libertad de asociación.

D. SOBRE LA PRESUNTA AFECTACIÓN DE LA AUTONOMÍA UNIVERSITARIA

45. Las universidades públicas y privadas, independientemente de su forma constitutiva, gozan de autonomía universitaria. El artículo 18 de la Constitución la garantiza en los siguientes términos:

“Cada universidad es autónoma en su régimen normativo, de gobierno, académico, administrativo y económico. Las universidades se rigen por sus propios estatutos en el marco de la Constitución y de las leyes. Las universidades se rigen por sus propios estatutos en el marco de la Constitución y de las Leyes [...]”.

46. La autonomía universitaria es un instituto constitucionalmente garantizado. Su reconocimiento en la Ley Fundamental comporta el establecimiento de una garantía institucional en su favor. Asegura al instituto una especial protección, al hacerlo indisponible para el legislador y obligarle a él a respetar, cada vez que quiera regularla o limitarla, su contenido esencial (STC 4232-2004-PA, fundamento 24).
47. La autonomía universitaria se encuentra constituida por una serie de prerrogativas que se establece a favor de la universidad, con el fin de evitar intervenciones injustificadas en la vida de la comunidad universitaria. Tiene cinco facetas, conforme este Tribunal ha declarado en diversas oportunidades (*cf.* SSTC 4232-2004-PA, fundamento 28; 0017-2008-PI, fundamento 176; 00019-2011-PI/TC, fundamento 5):

86

a) *Régimen normativo*

Implica la potestad de crear normas internas (estatuto y reglamentos) destinados a regular, *per se*, la institución universitaria.

b) *Régimen de gobierno*

Implica la potestad de estructurar, organizar y conducir la institución universitaria. Es formalmente dependiente del régimen normativo.

c) *Régimen académico*

Implica la potestad auto determinativa de fijar el marco del proceso de enseñanza-aprendizaje dentro de la institución universitaria. Ello comporta el diseño de los planes de estudios, de los programas de investigación, de las formas de ingreso y egreso de la institución, etc. Es formalmente dependiente del régimen normativo y es la expresión más acabada de la razón de ser de la actividad universitaria.

d) *Régimen administrativo*

Implica la potestad para establecer los principios, técnicas y prácticas de sistemas de gestión, tendientes a facilitar la consecución de los fines de la institución universitaria.

e) *Régimen económico*

Implica la potestad para administrar y disponer del patrimonio institucio-

nal; así como para fijar los criterios de generación y aplicación de sus recursos financieros.

48. El artículo 8º de la Ley 30220 –“Ley Universitaria”, en desarrollo de esta garantía institucional, ha establecido que:

“El Estado reconoce la autonomía universitaria. La autonomía inherente a las universidades se ejerce de conformidad con lo establecido en la Constitución, la presente Ley y demás normativas aplicables. Esta autonomía se manifiesta en los siguientes regímenes:

[...]

8.4. *Administrativo*, implica la potestad autodeterminativa para establecer los principios, técnicas y prácticas de sistemas de gestión, tendientes a facilitar la consecución de los fines de la institución universitaria, incluyendo la organización y administración del escalafón de su personal docente y administrativo.

8.5. *Económico*, implica la potestad autodeterminativa para administrar y disponer del patrimonio institucional; así como para fijar los criterios de generación y aplicación de los recursos”.

87

49. En opinión del Tribunal, la disposición impugnada contiene una injerencia en el programa normativo de la autonomía universitaria y, concretamente, en sus ámbitos administrativo y económico, puesto que restringe la prerrogativa de las universidades, públicas y privadas, para determinar por sí mismas sus acciones de gestión y los criterios que deberán aplicarse a los efectos de administrar los recursos que les permitan cumplir con su fin social. Se trata de una restricción a esa faceta, pues les impide, dentro de las medidas que pueden adoptar, suspender el servicio de educación a los alumnos que no han cumplido con el pago de las pensiones durante el semestre.
50. Una intervención sobre la autonomía universitaria de esta naturaleza aplica también a las universidades públicas, cuando éstas cobran pensiones a sus estudiantes en determinados supuestos (por ejemplo, cuando ofrecen estudios de posgrado, segunda profesión, etc.), y obran de manera semejante a las universidades privadas. Puesto que la disposición impugnada supone una intervención en el instituto constitucionalmente garantizado de la autonomía universitaria, en sus ámbitos administrativo y económico, al igual que en los demás derechos intervenidos, corresponde que este Tribunal analice si la intervención se encuentra justificada.

E. SOBRE LA PRESUNTA AFECTACIÓN DEL DERECHO A LA LIBRE CONTRATACIÓN

51. El inciso 14 del artículo 2 de la Constitución reconoce el derecho a la libre contratación en los términos siguientes:

Artículo 2°. Toda persona tiene derecho:
(...)

14. A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público.

Del mismo modo, el artículo 62 del texto constitucional precisa que:

“La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley (...)”.

- 88 52. El Tribunal Constitucional ha sostenido que el derecho a la libre contratación garantiza la facultad para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial, a través del acuerdo o convención de voluntades entre dos o más personas naturales y/o jurídicas. Igualmente, ha expresado que tal vínculo –fruto de la concertación de voluntades– debe estar referido a bienes o intereses que posean apreciación económica, y que este resulta válido siempre que tenga un fin lícito y que no contravenga las leyes de orden público [SSTC 7339-2006-PA/TC, fundamento 47 y 02175-2011-PA/TC, fundamento 47].
53. En reiterada jurisprudencia [STC 00026-2008-PI/TC y STC 00028-2008-PI/TC (acumulados), fundamento 52, y STC 2185-2002-AA/TC, fundamento 2] el Tribunal ha establecido que el derecho a la libre contratación se fundamenta en el clásico principio de autonomía privada, el que, a su vez, dota al referido derecho de un doble contenido:
- a. *Libertad de contratar*, también llamada libertad de conclusión, que es la facultad de decidir cómo, cuándo y con quién se contrata; y
 - b. *Libertad contractual* –que forma parte de las denominadas libertades económicas que integran el régimen económico de la Constitución (cf. STC 01405-2010-PA/TC, fundamento 12)–, también conocida como libertad de configuración interna, que es la facultad para decidir, de común acuerdo, el contenido del contrato.

54. Sobre la base de lo anterior, este Tribunal ha concluido que el contenido del derecho a la libre contratación [STCs 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), fundamento 8] está constituido, en principio, por las siguientes posiciones *ius*-fundamentales:
- (i) Autonomía para decidir la celebración de un contrato, así como la potestad de elegir al co celebrante;
 - (ii) Autonomía para decidir, de común acuerdo [entiéndase: por común consentimiento], la materia objeto de regulación contractual.
55. Si bien, desde una perspectiva preliminar, esta es la determinación del ámbito protegido del derecho fundamental a la libre de contratación, esto no quiere decir que la totalidad de su contenido se agote en la tutela de su dimensión individual y se prescindiera de consideraciones institucionales. Con relación a ello, el Tribunal Constitucional recuerda que el derecho a la libre contratación no es ilimitado, sino que se encuentra evidentemente condicionado en sus alcances por límites implícitos y explícitos [cf. STC 2670-2002-AA, fundamento 5]. Tales límites, inscritos en el contenido normativo del derecho, se hallan ordenados por exigencias valorativas provenientes del bien común y el orden públicos, inclusive en casos de paternalismo justificado [cf. STC 00032-2011-AI, fundamentos 51-60].
56. En lo que aquí importa, en el Estado social y democrático de Derecho, el *bien común* determina de manera inmanente el contenido garantizado constitucionalmente del derecho fundamental a la libre contratación. Esta determinación tiene una doble perspectiva: prohibitiva y promotora; por tal razón, para garantizar la libertad contractual, el Estado debe adoptar no solo un rol de *respeto*, sino también de *promoción*, en ejercicio del cual puede imponer o prohibir la conclusión de determinados contratos o cláusulas contractuales. Esto ocurre en las legislaciones laborales, pensionarias, de seguros y de servicios públicos, entre otras.
57. En este sentido, una concepción comprehensiva del contenido normativo de la libre contratación ha de tener en cuenta lo siguiente:
- (i) La libre contratación no autoriza perseguir intereses privados cuando estos se hallan reñidos con el bien común y el orden público;
 - (ii) Debe garantizarse las condiciones de equidad entre usuario y empresa prestadora en la contratación de servicios públicos;

- (iii) La regulación estatal puede efectuarse cuando una de las partes ocupe una posición dominante, cuando existan prácticas restrictivas de la competencia o cuando se produzca un ejercicio abusivo del derecho.
58. Esta concepción de la libre contratación resulta coherente con la definición del tipo de Estado de Derecho previsto en el artículo 43 de la Constitución, según la cual “La república del Perú es democrática, *social*, independiente y soberana”. Más aún si se considera que en determinados ámbitos de la economía la regulación resulta inclusive un deber del Estado, sustentado en el régimen constitucional-económico de economía social de mercado, que está consagrado en el artículo 58 [Vid. fundamentos 19-23 *supra*]. En este contexto, se advierte que la concepción de la libre de contratación que la Ley Fundamental incorpora no es tributaria de la tradición libertaria del Estado mínimo.
59. Por ello, el Tribunal Constitucional afirma que, a diferencia de lo que sucede cuando están en juego intereses estrictamente privados, en el ámbito de los servicios públicos, la faceta *social* del Estado se sustenta en la estrecha vinculación que existe entre necesidades básicas, derechos sociales fundamentales y el principio de dignidad [STC 2945-2003-AA, fundamentos 17-22]. En tal sentido, la actividad estatal se dirige a asegurar la satisfacción de necesidades básicas de la ciudadanía, a través de su prestación generalizada, ya sea porque el Estado se halla legitimado a prestar tal servicio [art. 58 de la Constitución] o porque, cuando autoriza su prestación a una persona privada, tiene el deber de verificar y garantizar que reúna las características de accesibilidad, permanencia y calidad [cf. fundamento 12 de la STC 4232-2004-AA, complementado con los fundamentos 9-11 de la STC 6546-2006-PA, en cuanto resultan aplicables].
60. Sobre la base de lo anterior, una regulación estatal de mayor intensidad, respecto a empresas prestadoras, se halla justificada; y esto porque, en los contratos de servicios públicos, la libertad contractual no se ejerce en condiciones de simetría. En concreto, los usuarios no negocian las cláusulas en virtud de las cuales se contrata el servicio, sino que más bien la regla consiste en que ellos se “adhieren” a una serie de cláusulas y asumen obligaciones que han sido preestablecidas, sin que estas puedan ser realmente “negociadas”. Tal situación se extiende a los servicios de electricidad, agua, telefonía, salud, educación, entre otros. Por esta razón, el Estado está legitimado para desarrollar un rol regulatorio y de especial protección que excluya la posibilidad de que el usuario se vea forzado a consentir condiciones abusivas en la contratación.
61. Ahora bien, este Tribunal recuerda que la educación superior ostenta el carácter de servicio público. Así ha sido reconocido por el artículo 4 de la Ley 28044, Ge-

neral de Educación: se trata de una actividad, de ejecución estatal o realizada por terceros, bajo fiscalización estatal [fundamento 11 de la STC 4232-2004-AA, reiterado en los fundamentos 20-22 de la STC 0025-2007-PI], cuya finalidad se vincula directamente con la autorrealización del ser humano y el progreso colectivo de la sociedad [Vid. fundamentos 71-74, *infra*].

62. Así las cosas, corresponde analizar si la norma impugnada del artículo 2 de la Ley 29947 representa una intervención normativa sobre la libre contratación, en su faceta de libertad contractual, únicamente en el extremo que impone a las entidades de educación superior la obligación de que “La tasa de interés para las moras sobre pensiones no pagadas no podrá superar la tasa de interés interbancario dispuesta por el Banco Central de Reserva del Perú”. Debe entenderse aquí que la prohibición se halla circunscrita a la pensiones de un semestre lectivo, ya sea este el último o el que se venga cursando.
64. Conviene aquí recordar que, cuando se trata de operaciones ajenas al sistema financiero, la autonomía contractual se halla siempre regulada. Así, el artículo 1243 del Código Civil, de conformidad con el artículo 51 de la Ley Orgánica del Banco Central de Reserva, fija una tasa máxima de interés convencional, por sobre la cual los intereses pactados no resultan exigibles al deudor. Mientras que, en el campo de los servicios públicos, por las razones ya expuestas, el Estado ordena las tasas de interés que están autorizadas a cobrar las entidades prestadoras. Medidas de esta naturaleza se hallan vigentes, por ejemplo, en los Reglamentos del Decreto Ley N.º 25844, de Concesiones Eléctricas¹, y de la Ley N.º 26338, General de Servicios de Saneamiento².
63. En el caso, a juicio del Tribunal Constitucional, el dispositivo analizado no implica una intervención a la libertad de configuración contractual que la Consti-

1 *Decreto Supremo N.º 09-93-EM, Reglamento del Decreto Ley N.º 25844, de Concesiones Eléctricas*: “Artículo 176.- Los concesionarios podrán aplicar a sus acreencias relacionadas con la prestación del Servicio Público de Electricidad un interés compensatorio y un recargo por mora. El interés compensatorio será aplicable desde la fecha de vencimiento del comprobante de pago hasta su cancelación. A partir del décimo día se aplicará en adición a dicho interés, un recargo por mora equivalente al 15% de la tasa del referido interés compensatorio hasta que la obligación sea cancelada. La tasa máxima de interés compensatorio aplicable será el promedio aritmético entre la tasa activa promedio en moneda nacional (TAMN) y la tasa pasiva promedio en moneda nacional (TIPMN), que publica diariamente la Superintendencia de Banca y Seguros. El concesionario informará al cliente al cliente que lo solicite el tipo de interés y los plazos aplicados”.

2 *Decreto Supremo N.º 09-95-PRES, Reglamento de la Ley N.º 26338, General de Servicios de Saneamiento*: “Artículo 57.- Los intereses moratorios que se carguen al usuario por falta oportuna del pago de sus obligaciones contractuales, serán los que fije el Banco Central de Reserva del Perú para las obligaciones en moneda Nacional (TAMN)”.

tución garantiza a las partes (el alumno y la universidad o instituto) en el ámbito del servicio público de educación superior. Esto es así porque la facultad de las instituciones educativas para fijar intereses moratorios, aplicados al cobro de pensiones, en ausencia de regulación estatal, no es parte del contenido normativo del derecho a la libre contratación, en su faceta de libertad contractual. Y es que, en lo concerniente a un servicio público donde no hay propiamente negociación entre las partes, el Estado tiene la obligación de establecer ciertos parámetros máximos en los que la contratación por adhesión pueda desarrollarse en condiciones de equidad. Es este el caso de la norma impugnada del artículo 2 de la Ley 29947, que no determina una tasa de interés, sino un límite máximo que no podrá excederse.

F. JUSTIFICACIÓN DE LA MEDIDA

64. Tres son los bienes constitucionales afectados por el artículo 2 de la Ley 29947: libertad de empresa, libertad de asociación y autonomía universitaria. Dado que se trata de una intervención normativa y que esta ha sido aprobada mediante una ley ordinaria, la evaluación de si se encuentra justificada ha de realizarse bajo criterios estrictamente materiales. Ese criterio de justificación material por antonomasia es el test de proporcionalidad, que comporta: (F.1) Evaluar si existe una finalidad que no se encuentre prohibida constitucionalmente detrás de la intervención. (F.2) Examinar la adecuación entre medida interventora y finalidad perseguida. (F.3) Evaluar si existen medidas alternas, igualmente idóneas, pero menos afflictivas de los bienes constitucionales comprometidos, que el legislador pudo utilizar- Y, finalmente, (F.4) juzgar si la aflicción ocasionada a los bienes constitucionales comprometidos satisfacen las cargas de argumentación que se derivan del sub-principio de proporcionalidad en sentido estricto.

F.1 IDENTIFICACIÓN DE LA FINALIDAD CONSTITUCIONAL DE LA MEDIDA

65. La primera fase está destinada a identificar si la intervención tiene una finalidad de relevancia constitucional. Un análisis de esta naturaleza supone determinar tanto el estado de cosas o situación jurídica que el legislador pretende conformar a través del medio (objetivo), como identificar el bien jurídico cuyo fomento u optimización se intenta alcanzar (finalidad en sentido estricto).
66. El Tribunal observa que la prohibición que contiene el artículo 2 de la Ley 29947 tiene por objeto asegurar la continuidad de los servicios educativos que reciben los estudiantes de cualquiera de los centros de estudios superiores a los que la norma tiene como destinatarios. Esta salvaguarda no funciona en cualquier cir-

cunstancia sino, concretamente, en los casos de incumplimiento del pago de pensiones durante el ciclo lectivo en curso. Y se extiende, específicamente, a las siguientes actividades: continuar asistiendo a clases, ser evaluado y que se atiendan los reclamos que el alumno formule.

67. En opinión del apoderado del Congreso de la República, la disposición impugnada también busca asegurar la permanencia de los alumnos de educación superior que se encuentran matriculados, no tanto de los que carezcan de recursos para sufragar los costos de una educación superior privada, sino de aquellos que tienen la capacidad de costearlos, pero que en un determinado momento se encuentran en problemas de carácter económico. Enfatiza que la disposición impugnada pretende que esta crisis económica de carácter temporal por la que atraviesa un estudiante, no termine forzándolo a abandonar los estudios superiores iniciados. En buena cuenta, lo que se busca es fomentar, antes que disminuir, la participación estudiantil.
68. El apoderado del Congreso sostiene que en ambos supuestos, vale decir, asegurar la continuidad de los servicios educativos y garantizar la permanencia de los alumnos de educación superior que se encuentran matriculados, el estado de cosas que se busca conformar está orientado a optimizar el derecho a la educación superior.
69. No obstante, la entidad demandante ha cuestionado que ese pueda ser el fin que se persigue alcanzar o fomentar con la intervención que contiene la disposición impugnada. En su opinión, existe una interpretación errónea del derecho a la educación, ya que éste es un servicio como cualquier otro, en el que el usuario debe ser consciente de que su ingreso a una institución superior privada implica una obligación de pago por la prestación del servicio.
70. El derecho a la educación se encuentra reconocido en diversos artículos de la Constitución, especialmente entre los artículos 13 a 19 de la Ley Fundamental. Por lo que aquí interesa subrayar:

“La educación tiene como finalidad el desarrollo integral de la persona humana [...]” (artículo 13).

“La educación promueve el conocimiento, el aprendizaje y la práctica de la humanidades, la ciencia, la técnica, las artes, la educación física y el deporte. Prepara para la vida y el trabajo y fomenta la solidaridad. Es deber del Estado promover el desarrollo científico y tecnológico del país [...]” (artículo 14).

“La enseñanza se imparte, en todos sus niveles, con sujeción a los principios constitucionales y a los fines de la correspondiente institución educativa [...]” (artículo 14).

71. El Tribunal ha afirmado que la educación posee un carácter binario. No solo constituye un derecho fundamental sino, también, un servicio público (Cfr. STC 00025-2007-AI/TC, fundamento 22; STC 00008-2008-AI/TC, fundamento 22).
72. En su condición de derecho subjetivo, la educación garantiza el desarrollo integral de los seres humanos (fundamento 2 de la STC 0017-2008-PI/TC). Y en su ámbito constitucionalmente protegido, se encuentra el derecho a la educación superior (artículos 18 y 19), entre cuyas posiciones *iuris*-fundamentales se cuentan los siguientes atributos:
- i. Acceso.* Este concepto está relacionado con la accesibilidad a la educación superior en condiciones de igualdad y con la disponibilidad concurrente (instituciones y programas de enseñanza en cantidad suficiente, posibles gracias a la libertad y pluralidad de la oferta educativa). La educación superior se ejerce en condiciones de igualdad y previo cumplimiento de los requisitos que razonablemente se impongan al respecto (artículo 26.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos).
 - ii. Permanencia.* Establecida con pleno respeto del educando, tal manifestación responde a la lógica de los principios constitucionales que inspiran todo proceso educativo, como los de dignidad, coherencia, responsabilidad, participación, y contribución. Se ejerce libre de limitaciones arbitrarias mientras se desarrollen los estudios y la actividad de investigación. Incluye también la posibilidad de obtener el respectivo título universitario o técnico, una vez cumplidos los requisitos académicos y administrativos correspondientes.
 - iii. Calidad.* Ésta se relaciona con las características fundamentales de aceptabilidad (adecuación cultural y buena calidad) y adaptabilidad (flexibilidad necesaria para adaptarse a las necesidades de sociedades en transformación) [cf. Fund. N.º 12 de la STC 4232-2004-AA/TC, complementado con los Funds. N.ºs 9-11 de la STC 6546-2006-PA/TC, en cuanto resultan aplicables].
73. Por otro lado, el Tribunal tiene claro que la educación es un “servicio público”. Así lo reconoce el artículo 4 de la Ley 28044, General de Educación, que especifica que se trata de una actividad de ejecución estatal o realizada por terceros,

bajo fiscalización estatal [fundamento 11 de la STC 4232-2004-AA/TC, reiterado en los fundamentos 20 al 22 de la STC 0025-2007-PI/TC], orientada a satisfacer una necesidad de carácter colectivo, como es la de fomentar el desarrollo pleno de la personalidad y la conciencia de participación ciudadana efectiva en los asuntos propios de una sociedad democrática. En dicha línea, la educación es un medio para concretar y hacer efectivo el derecho-principio de igualdad de oportunidades (Cfr. STC 00020-2012-AI, fundamento 51). Por ello, si bien con su ejercicio se satisfacen necesidades individuales, tiene también una raigambre colectiva.

74. Del reconocimiento constitucional de la educación, ya sea en su condición de derecho fundamental o como servicio público, se infieren obligaciones estatales de protección especial. Éstas pueden ser de regulación, fiscalización, promoción o resguardo del servicio que se brinda, y forman parte de un conjunto de obligaciones (Cf. 00034-2004-PI/TC, fundamento 37) que el Estado está llamado a ejecutar, porque la educación es el basamento de la formación del proyecto de vida de las personas y de la conformación de una sociedad democrática, solidaria y justa, que impulse el desarrollo sostenible del país, como enuncia el artículo 9º de la Ley N° 28044.
75. El Tribunal observa que el estado de cosas que se persigue conformar con la prohibición que contiene el artículo 2 de la Ley 29947 concuerda con el fin que se persigue –el derecho a la educación universitaria–, pues este tiene, en su ámbito de protección garantizado, asegurar la permanencia y continuidad de la educación universitaria.

F.2 EXAMEN DE ADECUACIÓN ENTRE MEDIDA Y FINALIDAD CONSTITUCIONAL

77. En esta sección se analizará la adecuación de la medida con la finalidad constitucional ya identificada. Este examen consiste en la determinación de la existencia (o no) de una relación de causalidad, de medio a fin, entre el medio adoptado, a través de la intervención legislativa, y el fin propuesto por el legislador (fundamento 23 de la STC 0850-2009-PA/TC).
78. Sostiene la demandante que, aunque se conceda que la disposición impugnada persigue una finalidad constitucional -garantizar la continuidad del derecho fundamental a la educación superior-, la amplitud de su redacción la torna inadecuada para cumplir el fin que pretende. En su opinión, al proteger a los estudiantes que pueden pagar y no lo hacen, la norma excede su finalidad y fomenta una “cultura del no-pago” (sic), lo que redundará en el incremento de las pensiones para los alumnos que cumplen voluntariamente con sus obligaciones.

79. Por su parte, el apoderado del Congreso de la República sostiene que la medida es idónea para conseguir el fin constitucional propuesto -garantizar la continuidad del derecho fundamental a la educación superior-, puesto que si se autoriza que los alumnos de educación superior dejen de recibir clases, aun cuando más adelante tengan que asumir el pago de la pensión correspondiente, quedarían en una condición de especial desprotección.
80. El Tribunal Constitucional observa que el impugnado artículo 2 de la Ley 29947 establece como regla general que ningún instituto, escuela superior, universidad o escuela de posgrado, públicos o privados, puede interrumpir el servicio educativo que brinda como consecuencia de que el alumno incumpla con el pago de sus pensiones en el ciclo lectivo en curso. En este sentido, el propósito de asegurar la continuidad de la prestación del servicio educativo tiene como correlato garantizar el derecho del estudiante a continuar recibéndolo. En opinión del Tribunal Constitucional, es suficiente que exista esta relación causal entre medio y fin para concluir que la medida empleada por el legislador es adecuada.

F.3 EXAMEN DE NECESIDAD

- 96
81. Ahora es preciso analizar si la medida satisface las cargas de argumentación que se derivan del examen de necesidad. Para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, es preciso determinar que no exista 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 requiere, por tanto, analizar, de un lado, la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo y, de otro, su grado de intervención en el derecho fundamental (fundamento 63 de la STC 0034-2004-AI/TC).
 82. Se ha argumentado que el legislador pudo adoptar una medida menos lesiva de los derechos involucrados, como es delegar en las áreas de asistencia social de cada entidad educativa la capacidad de disponer la suspensión de la obligación económica del alumno, de acuerdo con las circunstancias que pudieran resultar relevantes en cada caso concreto. Una medida de esta naturaleza, se ha afirmado, no impide que el estudiante deje de estudiar por no pagar sus pensiones y tampoco afecta la prestación de los servicios educativos del centro de enseñanza.
 83. En opinión del Tribunal, una medida alterna como la postulada no es *igualmente* idónea para garantizar la continuidad en la prestación del servicio de educación superior. La iniciación de un trámite orientado a obtener una autorización para que no se interrumpa el servicio educativo, como consecuencia de no haberse

pagado la pensión, genera un lapso dentro del cual no está garantizado el objetivo y la finalidad que se propone alcanzar el medio empleado por la disposición impugnada. Y ello con independencia de que la autorización para continuar recibiendo la prestación del servicio educativo quedaría relegado a los criterios que cada centro de educación superior adopte libremente.

84. Por ello, el Tribunal es de la opinión que no habiéndose propuesto un medio alternativo igualmente idóneo para alcanzar el fin, la medida no puede ser considerada como patentemente innecesaria, por lo que es preciso evaluar si la intervención sobre los bienes constitucionales identificados satisface las cargas de argumentación que demanda el principio de proporcionalidad en sentido estricto.

F.4 EXAMEN DE PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO

85. En el examen de proporcionalidad en sentido estricto se pondera los derechos y principios que se encuentran en conflicto, con el objeto de determinar el peso específico de ellos y la regla de precedencia incondicionada que permitirá resolver la colisión. Un análisis de esta naturaleza se realizará bajo la denominada “ley de la ponderación”, según la cual:

“[...] cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de importancia de la satisfacción del otro [...]” [fundamento 40 de la STC 0045-2004-PI/TC].

97

86. Dicha evaluación debe realizarse a través de tres pasos:

- *Primero*: Se definirá el grado de restricción de las libertades de empresa y asociación así como de la autonomía universitaria; luego se definirá el grado de satisfacción del derecho a la educación superior, en el sentido de permanencia o continuidad en su prestación, a fin de determinar si la importancia de la satisfacción de este último justifica la intervención de los primeros. La determinación del grado de afectación o satisfacción de cada uno de los derechos y/o bienes se puede cuantificar según una escala triádica que considere las siguientes 3 magnitudes: leve, media e intensa.
- *Segundo*: Se tomará en cuenta la seguridad de las premisas epistémicas, esto es, el grado de seguridad con que es posible estimar el valor asignado a la satisfacción o restricción de cada derecho en el paso anterior. Luego, dicho valor de afectación o satisfacción se relacionará con el valor de seguridad de las premisas epistémicas, las que también serán cuantificadas bajo las siguientes 3 magnitudes: segura, plausible y no evidentemente falsa.

- *Tercero*: Se enjuiciarán los datos obtenidos en el pasos anteriores, a fin de establecer si el grado satisfacción del derecho a la educación superior justifica la intensidad de la intervención sobre las libertades de empresa y asociación, así como de la autonomía universitaria en el caso bajo análisis.

Grado de afectación de las libertades de empresa y asociación y de la autonomía universitaria

87. Como antes se advertido, la disposición cuestionada contiene una intervención que afecta diversos bienes constitucionales, como la libertad de empresa, la libertad de asociación y la autonomía universitaria. Hay un elemento distintivo que les es común a cualquiera de estos tres bienes constitucionales. Es esa faceta a la que se ha designado como “auto organización” (respecto de las libertades de empresa y de asociación) o “autodeterminación” (respecto de la autonomía universitaria) para regular los ámbitos económicos y administrativos referidos a la prestación del servicio de educación superior.
88. El ámbito constitucionalmente protegido de los derechos a la libertad de asociación, libertad de empresa y autonomía universitaria sobre el cual incide la disposición impugnada es la “autodeterminación” o capacidad para decidir sin interferencias, en aspectos administrativos y económicos. Es la potestad de decidir libremente sus propios objetivos, dirigir y planificar su actividad en atención a sus recursos y a las reglas de su propio funcionamiento, la que resulta afectada por la prohibición de suspender la prestación del servicio educativo, durante el semestre, a los alumnos que no se encuentren al día en el pago de sus pensiones.
89. En la determinación de cuál es el grado de intervención sufrido por estos bienes constitucionales, el Tribunal no puede obviar, sobre todo en el caso de los centros de educación superior de naturaleza privada, que la prestación de los servicios educativos depende del pago de las pensiones de sus estudiantes. Este es un “deber del estudiante” para “contribuir con la buena marcha del centro educativo superior”, y no, como se ha alegado, una simple “obligación civil” que lo vincula al empresario-universitario en términos meramente legales, y cuya exigibilidad, por cierto, no ha sido puesta en duda por la disposición impugnada. Como este Tribunal ha afirmado en la STC 0607-2009-PA/TC [fundamento 14], lo que se extiende, *mutatis mutandis*, a todos los centros de educación superior:

“[...] el deber de estar al día en el pago de la pensión de estudios; obligación que debe apreciarse no sólo desde la perspectiva de una relación contractual privada de carácter económico, sino que debe considerarse dentro del contexto más amplio del deber de colaboración y cooperación que el estudiante

tiene con la universidad, con la cual comparte no solo un interés meramente pecuniario y de intercambio de contraprestaciones, sino un conjunto de relaciones más amplias que involucran la formación humanista y personal y que otorgan a la universidad su verdadera esencia de “comunidad académica”.

90. Igualmente, y con el mismo propósito de determinar cuál es el grado de intervención sufrido por los bienes constitucionales que la disposición legal interviene, el Tribunal no puede perder de vista que:
- (i) La prohibición sujeta a escrutinio es de carácter temporal, puesto que se halla limitada al periodo de un semestre académico;
 - (ii) La medida no conlleva la imposibilidad de que los centros de educación superior cobren lo que se les adeude a través de los mecanismos que la ley le ofrece;
 - (iii) Su ámbito de aplicación ha sido limitado a circunstancias excepcionales (en tanto no es admisible un ejercicio abusivo de este derecho);
 - (iv) La medida supone solo una afectación parcial de la facultad de los centros de educación superior para determinar con autonomía los procedimientos de cobro de pensiones, puesto que no excluye la posibilidad de que estas instituciones adopten incentivos, préstamos o fraccionamientos orientados a la reducción del número de alumnos deudores; y,
 - (v) Las razones que fundamentan la restricción contenida en la medida están directamente ligadas a la finalidad social con que han sido constituidas los centros de educación superior: dedicarse a prestar el servicio público de la educación superior.
91. Estas características de la medida empleada ponen en evidencia, a su vez, que si bien la “autodeterminación” en los ámbitos administrativos y económicos de estos centros de educación superior ha sido objeto de una injerencia, ésta no llega a poner en riesgo la actividad que dichos centros desarrollan, pues la propia Ley 29947 los habilita para retener los certificados correspondientes al período no pagado, siempre que se haya informado adecuadamente de esto a los usuarios al momento de la matrícula; en buena cuenta, se les permite condicionar la matrícula del ciclo siguiente a la cancelación previa de la respectiva deuda, y se les garantiza a las entidades acreedoras una tasa de interés por las moras. Así las cosas, este Tribunal es de la opinión que el grado de afectación de los bienes constitucionales en cuestión es *leve*.

92. Con relación a la seguridad de las premisas epistémicas, el Tribunal hace notar que la medida que contiene el artículo 2 de la Ley 29947 es segura desde el punto de vista de la injerencia que ocasiona sobre el ámbito de la “auto organización” y “autodeterminación” económica y administrativa de los centros de educación superior. Y no es evidentemente falsa con relación al cumplimiento de sus fines sociales –la impartición del servicio público de educación superior–, pues ella no impedirá que dichos centros sigan prestándolo como consecuencia del no pago de las pensiones. Una hipótesis como esta última requeriría que todos los alumnos se pongan de acuerdo en no pagar sus pensiones, lo que excede cualquier análisis de plausibilidad. En definitiva, la intervención de las libertades de empresa y asociación, así como la autonomía universitaria, es de intensidad *leve*.

Grado de satisfacción del derecho a la educación superior

93. En opinión del Tribunal, la prohibición de que los centros de educación superior suspendan la prestación de sus servicios por el no pago de pensiones implica un grado *intenso* de optimización del derecho a la educación. Su eficacia asegura no solo que, en el semestre, se siga recibiendo el servicio sino, incluso, que cuando el alumno pague la pensión correspondiente, esto sea la contrapartida de un servicio realmente recibido. La aplicación de la disposición impugnada no impedirá que el alumno siga estudiando, rinda sus evaluaciones e, incluso, reclame cuando lo considere pertinente, es decir, siga siendo considerado como un usuario pleno de la actividad educativa superior.

100

94. Respecto a la seguridad de las premisas epistémicas, el grado de satisfacción de la ya anotada finalidad constitucional del derecho a la educación superior resulta ser *segura*. No existe duda respecto de que con la medida legislativa analizada se está promoviendo un servicio educativo pleno para los alumnos que se han visto afectados por dificultades económicas durante el desarrollo de un determinado curso lectivo. Con lo anterior se confirma que, en el caso bajo análisis, la satisfacción del derecho a la educación es *intensa*.

Juicio de ponderación en función de los grados de satisfacción y afectación de los derechos y/o bienes en conflicto

95. Finalmente, en función de las premisas que se han desarrollado *supra*, este Tribunal considera que el grado de optimización del derecho a la educación superior –satisfecho en grado *intenso*– justifica la restricción de las libertades de asociación y empresa, así como la autonomía universitaria –que se afectan en grado *leve*–. Los niveles de optimización y aflicción entre uno y otros, ponen en evidencia que la medida cuestionada no es excesiva o desproporcionada. Queda

meridianamente claro que, con esta medida, se pretende, antes que disuadir la actividad económica privada de los centros de educación superior, fomentarla, a través de una intervención estatal que promueva la competencia en condiciones de igualdad, pues su objeto último es que no se suspenda la participación estudiantil, razón de ser de esta actividad privada y de la educación como derecho consagrado constitucionalmente. Por las razones expuestas, debe confirmarse la constitucionalidad del artículo 2 de la Ley 29947, de Protección a la economía familiar.

96. En este tenor, el Tribunal Constitucional recuerda a los rectores, decanos y directores de los institutos, escuelas superiores, universidades y escuelas de posgrado, públicos y privados, que tienen el deber de informar a sus alumnos sobre los beneficios que la Ley 29947 les concede.

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

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra el artículo 2 de la Ley 29947, de Protección a la Economía Familiar.

101

Publíquese y notifíquese.

SS.

URVIOLA HANI

MIRANDA CANALES

BLUME FORTINI

RAMOS NÚÑEZ

LEDESMA NARVÁEZ

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

EXP. N.º 00011-2013-PI/TC
COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA NORTE C. CONGRESO DE LA
REPÚBLICA

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Con el debido respeto por la opinión de mis colegas, emito este voto singular, al no concordar con los fundamentos ni con lo resuelto en la sentencia en mayoría, que declara INFUNDADA la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados de Lima Norte contra el artículo 2º de la Ley N.º 29947.

La norma cuestionada establece que las instituciones de educación superior “no pueden condicionar ni impedir la asistencia a clases, la evaluación de los alumnos, ni la atención de los reclamos formulados, al pago de las pensiones en el ciclo lectivo en curso”.

102

A mi juicio, ello implica una violación de la libertad de empresa protegida por el artículo 59º de la Constitución, ya que puede afectar el derecho de dichas instituciones a percibir oportunamente el pago que les corresponde como contraprestación por sus servicios.

No es suficiente que luego sugiera que, al término del ciclo lectivo, dichas instituciones pueden cobrar moras por los pagos atrasados, sin superar “la tasa de interés interbancario dispuesta por el Banco Central de Reserva del Perú”, ya que ello implica imponerles una “preferencia de tiempo”.

Siendo éste un sector en el que hay competencia, no hay razón para hacerlo. En un régimen constitucional económico como el nuestro, las conductas empresariales —incluyendo la forma en que se cobra por los servicios prestados y se trae a valor presente los bienes futuros— están regulados por la competencia, no por el Estado.

Si algunas instituciones de educación superior no atienden las situaciones familiares complicadas que eventualmente pueden existir para el pago de las pensiones, la competencia las castigará. Si hay competencia, no es necesaria ni deseable la injerencia estatal, ya que inevitablemente tendrá consecuencias no previstas.

La norma, por ejemplo, puede llevar a un aumento de las pensiones, para compensar la obligación de aceptar deudas impagas. Asimismo, puede afectar la competencia, al

introducir una ventaja en favor de las instituciones más grandes y ricas, que pueden protegerse mejor de tal contingencia.

La norma afecta no solo la competencia efectiva sino también la potencial, en la medida que desalienta a las instituciones que pudieran establecerse en el futuro. Al hacerlo, contraviene el artículo 58° de la Constitución, que protege la libre iniciativa privada. Esta norma, por cierto, es la primera de todo el régimen constitucional económico.

La norma, por otro lado, afecta no solo a las instituciones organizadas societariamente sino también a las organizadas asociativamente, ya que viola la libertad de asociación protegida por el artículo 2°, inciso 17, de la Constitución. Ésta comprende la libertad de establecer penalidades por el no pago oportuno de las contraprestaciones.

Y afecta también a las universidades estatales, ya que viola la autonomía universitaria protegida por el artículo 18° de la Constitución. Como señala la sentencia en mayoría, ésta comprende su régimen económico, es decir, la posibilidad de “fijar los criterios de generación y aplicación de los recursos financieros”.

Finalmente, la norma viola no solo la libertad contractual sino también la seguridad jurídica protegida por el artículo 62° de la Constitución, ya que rige no solo para quienes se matricularon después de su promulgación, sino también para quienes lo habían hecho antes.

103

La sentencia en mayoría justifica la violación de todas estas libertades con el argumento de que la educación es un “derecho”. Empero, pasa por alto que, en el largo plazo, se perjudicará a los estudiantes, ya que se desincentivará la consolidación de las instituciones existentes, y la formación de nuevas y aún mejores en el futuro.

Si busca asegurar la permanencia en la educación superior de los estudiantes, la norma impugnada no es idónea. Por ello y porque viola la libertad de empresa, la libre iniciativa privada, la libertad de asociación, la autonomía universitaria y la libre contratación constitucionalmente protegidas, considero que la demanda es FUNDADA.

SARDÓN DE TABOADA

EXP. N° 11-2013-PI/TC
LIMA
COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA NORTE

DECRETO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Lima, 6 de enero de 2014

VISTA

La sentencia de fecha 29 de agosto de 2014; y,

ATENDIENDO A

1. Que de conformidad con el artículo 121° del Código Procesal Constitucional (CPConst), el Tribunal Constitucional, puede, de oficio o a instancia de parte, aclarar algún concepto o subsanar cualquier error u omisión en que hubiese incurrido en sus resoluciones.
2. Que se aprecia un error material en la numeración de los fundamentos de la sentencia, pues tras el fundamento número 62 se pasa al fundamento número 64, debiendo seguirse un orden correlativo, por lo que el citado fundamento 64 en realidad constituye el fundamento número 63 y así sucesivamente hasta llegar al fundamento 96.
3. Asimismo, en la primera página de la sentencia se consigna como fecha de la misma el “27 de agosto de 2014”, debiendo decir “29 de agosto de 2014” conforme a lo señalado en la segunda página de la sentencia de autos.

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

RESUELVE

SUBSANAR de oficio el error material relativo a la numeración de los fundamentos de la sentencia de autos, por lo que tras el fundamento número 62 debe seguir el fundamento número 63 siguiéndose un orden correlativo hasta llegar al fundamento número 96. Asimismo, **SUBSANAR** el error material referido a la fecha de la senten-

cia consignada en la primera página de la misma, donde dice: “27 de agosto de 2014”, debe decir: “29 de agosto de 2014”

Publíquese y notifíquese

S.

URVIOLA HANI

PRESIDENTE

Sentencia 00021-2012-PI/TC, 00008-2013-PI/TC, 00009-2013-PI/TC, 00010-2013-PI/TC y 00013-2013-PI/TC (expedientes acumulados)

Procesos de inconstitucionalidad interpuestos por el Colegio de Profesores del Perú y ciudadanos contra diversos artículos de la Ley 29944, Ley de Reforma Magisterial, y contra la Ley 29951, Ley del Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013. El Tribunal declaró fundadas en parte las demandas.

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 21 de abril de 2015

Resumen: El Tribunal Constitucional declaró fundadas en parte las demandas interpuestas contra diversos artículos de la Ley 29944, Ley de Reforma Magisterial, y contra la Ley 29951, Ley del Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013.

107

En primer lugar, el Tribunal desarrolló cuándo se configura una inconstitucionalidad por omisión, misma que puede ser absoluta o relativa, así como la necesidad de control de las omisiones del legislador que debe realizar el Tribunal en estos casos.

A continuación, el Tribunal realizó un análisis de la estructura de la carrera pública magisterial (sujetos, exclusiones, plazas, escalas, reconocimiento de servicios, régimen económico), así como su carácter público (acceso en condiciones de igualdad, ejercicio y sanciones, evaluación, cese y destitución).

El Tribunal aplicó el test de proporcionalidad para determinar si está justificado destituir a los profesores que han cumplido su condena por delitos de terrorismo o apología del terrorismo antes de ingresar (o reingresar) a la carrera pública magisterial, considerando constitucional la medida.

Respecto a los disposiciones impugnadas puntualmente, declaró inconstitucional la frase “(...) ni estar incurso (...)” del artículo 18.1.d. de la Ley 29944, el cual establece que quienes hayan incurrido en actos de violencia contra los derechos fundamentales de la persona o impedido el normal funcionamiento de los servicios públicos está impedido de acceder a la carrera pública magisterial. El Tribunal interpretó que dicho

artículo se refiere a actos de violencia que hayan sido materia de una sentencia condenatoria penal firme.

Asimismo, el Tribunal interpretó el artículo 44 de la Ley 29944, referente al acto de separación preventiva de un profesor, en el sentido que esta debe ser adoptada mediante resolución debidamente motivada y dictada en armonía con los principios de razonabilidad e interdicción de la arbitrariedad que enmarcan el accionar sancionador de toda autoridad. También interpretó el artículo 71.a.9. de la misma ley, señalando que el derecho por licencia sindical al cual se refiere éste, debe interpretarse de conformidad con el Convenio 151 de la Organización Internacional del Trabajo.

Temas Claves: Carrera pública magisterial — inconstitucionalidad por omisión — test de proporcionalidad.

PLENO JURISDICCIONAL

Expedientes 0021-2012-PI/TC, 0008-2013-PI/TC, 0009-2013-PI/TC, 0010-2013-PI/TC y 0013-2013-PI/TC

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Del 31 de octubre de 2014

Caso Ley de Reforma Magisterial 3

COLEGIO DE PROFESORES DEL PERÚ Y CIUDADANOS C. CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Asunto

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra diversos artículos de la Ley 29944, de Reforma Magisterial la Ley 29951, y contra la Ley del Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013

109

Magistrados firmantes:

URVIOLA HANI
MIRANDA CANALES
BLUME FORTINI
RAMOS NÚÑEZ
SARDÓN DE TABOADA
LEDESMA NARVÁEZ
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

TABLA DE CONTENIDOS

I. ANTECEDENTES.....	5
A. PETITORIO CONSTITUCIONAL	5
B. DEBATE CONSTITUCIONAL	7
B.1. Demandas.....	7
B.2. Contestación de la demanda	10

II. FUNDAMENTOS	14
SOBRE LAS PRETENSIONES.....	14
III. ANÁLISIS DEL CASO	17
A. LA ESTRUCTURA DE LA CARRERA PÚBLICA MAGISTERIAL ..	18
A.1. SUJETOS DE LA CARRERA PÚBLICA MAGISTERIAL	18
A.1.a. Exclusión de los docentes que laboran en el sector privado	19
A.1.b. Exclusión de un grupo de trabajadores de centros educativos públicos ..	20
A.1.b.1. El caso de los docentes sin título pedagógico	20
A.1.b.2. El caso de los auxiliares de educación	21
A.1.b.3. El caso de los profesores de institutos y escuelas de educación superior	22
A.1.c. Exclusión de los docentes cesados y jubilados	23
A.2. PLAZAS ASIGNADAS	24
A.2.a. Racionalización de plazas	24
A.2.b. Plazas para ascensos.....	25
A.3. ESCALAS MAGISTERIALES.....	26
A.3.a. Determinación de ocho escalas	27
A.3.b. Migración entre las diferentes escalas magisteriales	28
A.3.b.1. La ubicación de los docentes en las escalas inferiores	28
A.3.b.2. La ubicación desigual en las escalas magisteriales.....	29
A.4. RECONOCIMIENTO DE SERVICIOS	30
B. EL RÉGIMEN ECONÓMICO MAGISTERIAL.....	31
B-1. Presupuesto Asignado al Magisterio.....	31
B-2. Monto Remunerativo de los Profesores	32
B.2.a. Ausencia de regulación del monto específico de las remuneraciones.....	32
B.2.b. Remuneración íntegra mensual – RIM y bonificación por preparación de clases.....	32
B.2.c. Reducción de la remuneración íntegra mensual	34
B.2.d. Remuneración de los profesores contratados	34
C. LA CARRERA MAGISTERIAL COMO FUNCIÓN PÚBLICA.....	37
C.1. ACCESO.....	38
C.1.a. Requisito de colegiatura	39
C.1.b. Requisito de ausencia de violencia u obstrucción de los servicios públicos	39
C.2. EJERCICIO	42
C.2.a. Reconocimiento de representación sindical	42
C.2.b. Medidas preventivas.....	43
C.2.b.1. Medida preventiva y presunción de inocencia	44
C.2.b.2. Duración de la medida preventiva.....	46
C.2.c. Sanciones disciplinarias	46

C.2.c.1. Debido procedimiento en la aplicación de las sanciones	46
C.2.c.2. Cese temporal por abandono de cargo	48
C.3. EVALUACIÓN.....	49
C.3.a. Existencia de evaluaciones.....	50
C.3.b. Evaluaciones no previstas expresamente	52
C.3.c. Participación en los comités de evaluación y vigilancia	54
C.4. CONCLUSIÓN	56
C.4.a. Cese por límite de edad.....	56
C.4.b. Destitución por condena por delitos graves.....	62
C.4.b.1 Supuestos de interpretación del artículo impugnado	62
C.4.b.1.a Condena mientras era parte de la carrera pública magisterial.....	63
C.4.b.1.b Condena antes de que sea parte de la carrera pública magisterial.....	64
C-4.c. Destitución por inasistencia.....	70
IV. FALLO	72

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Arequipa, a los 31 días de octubre de 2014, el Tribunal Constitucional en sesión del Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Urviola Hani, presidente; Miranda Canales, vicepresidente; Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada, Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, con los votos singulares de los magistrados Miranda Canales y Blume Fortini respecto al artículo 53.d de la Ley N.º 29944, Ley de Reforma Magisterial, y los fundamentos de voto de los magistrados Blume Fortini, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera, que se agregan

111

I. ANTECEDENTES

A. PETITORIO CONSTITUCIONAL

Las demandas de inconstitucionalidad han sido interpuestas por el Colegio de Profesores del Perú, debidamente representado por su Decano Nacional, con fechas 11 de diciembre de 2012 (Expediente 0021-2012-PI/TC) y 21 de febrero del 2013 (Expediente 0008-2013-PI/TC); por 13 779 ciudadanos, debidamente representados por su apoderado, con fecha 20 de marzo de 2013 (Expediente 0009-2013-PI/TC); por 14 738 ciudadanos, debidamente representados por su apoderado, con fecha 23 de abril de 2013 (Expediente 0010-2013-PI/TC); y por 16 820 ciudadanos, debidamente representados por su apoderado, con fecha 16 de mayo de 2013 (Expediente 0013-

2013-PI/TC). Alegan que diversos artículos de la Ley 29944, de Reforma Magisterial, publicada con fecha 25 de noviembre de 2012 en el diario oficial *El Peruano*, violan los artículos 1, 23, 26.2 y 2.24.d, 2.2 y 26.1, 24 y 15 de la Constitución, según consta en las respectivas resoluciones de admisibilidad. De éstas, los accionantes solicitan que se declare la inconstitucionalidad por omisión:

- De toda la ley, por no establecer un concepto de “remuneración íntegra mensual” y por no incluir en su ámbito de aplicación a los profesores de las instituciones educativas privadas y de los institutos tecnológicos, a los auxiliares de educación y a los cesantes y jubilados.
- Del primer y segundo párrafo de la Segunda Disposición Complementaria, Transitoria y Final, que sólo regula la situación de los profesores nombrados sin título pedagógico y la de los auxiliares de educación.
- De la interpretación del artículo 71.a.9, en el sentido de que se reconozca licencias con goce de haber a los dirigentes sindicales del ámbito nacional.
- Solicitan que se declare la inconstitucionalidad por acción:
 - Del artículo 11, que establece una nueva estructura de la carrera pública magisterial, que ahora estará compuesta por ocho escalas magisteriales.
 - Del artículo 18.1.d, que impide acceder a la carrera pública magisterial al profesor que ha incurrido en actos de violencia contra los derechos fundamentales de la persona o impide el normal funcionamiento de los servicios públicos.
 - De los artículos 20, 25, 29 y 38, que regulan la composición de los distintos comités de evaluación.
 - Del artículo 23, que condiciona la permanencia del profesor en el cargo a la aprobación de una evaluación de desempeño docente.
 - Del artículo 30, que establece que la determinación de las plazas para los ascensos se realizará en coordinación con el Ministerio de Economía y Finanzas.
 - Del artículo 40.h, que exige a los docentes asistir a evaluaciones adicionales a las que prevé la ley.
 - Del tercer párrafo del artículo 43, que excluye la aplicación del procedimiento administrativo disciplinario para la imposición de las sanciones de amonestación o de suspensión en el cargo.
 - Del artículo 44, que contempla la separación preventiva del profesor por existir una denuncia judicial o administrativa.

- De los artículos 48.e y 49.i, que permiten que el profesor sea sancionado con cese temporal o destitución, según corresponda, por ausentarse del dictado de las clases.
- Del artículo 49.c, que autoriza a sancionar con la destitución al profesor condenado por el delito de apología al terrorismo y por el delito de terrorismo, en sus diversas modalidades.
- Del artículo 53.d, que dispone el cese por límite de edad de los docentes al cumplir los sesenta y cinco años.
- Del artículo 56, que incluye al concepto de preparación de clases y evaluación como parte de la remuneración íntegra mensual.
- Del artículo 75, que establece un proceso de racionalización de las plazas.
- Del artículo 78, que permite que el profesor contratado perciba una remuneración menor que la de un docente nombrado.
- Del primer párrafo de la Primera Disposición Complementaria, Transitoria y Final, que establece la migración de los docentes provenientes de la Ley 24029 y los ubica en las primeras escalas del nuevo régimen magisterial.
- Igualmente, solicitan que se declare la inconstitucionalidad:
- De la Ley 29951, Ley del Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013, por ser discriminatoria contra el magisterio nacional.
- Del artículo 134.4 del Decreto Supremo 004-2013-ED, Reglamento de la Ley 29944, que no reconoce los servicios prestados por los profesores con resoluciones de reconocimiento de pago.
- Del Decreto Supremo 290-2012-EF, que establece la escala remunerativa de los docentes.

B. DEBATE CONSTITUCIONAL

B.1. DEMANDAS

Diversos son los argumentos que se han esgrimido para que se declare la inconstitucionalidad de las disposiciones impugnadas. A saber:

Expediente 0021-2012-PI/TC

- El último párrafo del artículo 18.1.d de la Ley 29944 es inconstitucional porque impide acceder a la carrera pública magisterial por haber incurrido en actos de violencia que atenten contra los derechos fundamentales de la persona o por

impedir el normal funcionamiento de los servicios públicos, desconociendo, de esa manera, el principio de presunción de inocencia –reconocido en el artículo 2.24.e de la Constitución– al imposibilitar el acceso de los profesionales de la educación a la carrera pública magisterial a pesar de que la responsabilidad no ha sido declarada en sede judicial.

Expediente 0008-2013-PI/TC

- El primer párrafo de la Primera Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley 29944, al rebajar o reducir de nivel a los profesores provenientes de la Ley 24029, viola el artículo 2.2 de la Constitución, ya que la Cuarta Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la ley sube o asciende automáticamente, en una escala, a los profesores provenientes de la Ley 29062, realizando de esa manera un acto discriminatorio. En opinión de los demandantes, no es posible que una misma norma otorgue un trato diferenciado a los profesores que pertenecen a la misma carrera magisterial.

Expediente 0009-2013-PI/TC

- Son inconstitucionales los artículos 20, 25, 29 y 38 de la Ley 29944 por no disponer la participación de los docentes, a través de sus respectivas organizaciones gremiales, en los distintos comités de evaluación previstos por la ley, pues ello desconoce el mandato del artículo 57 de la Ley 28044, General de Educación que, a estos efectos, forma parte de un bloque de constitucionalidad.
- El artículo 40.h de la referida ley es irracional, pues exige al profesional de la educación rendir las evaluaciones que determinen las autoridades de cada institución educativa o entidad competente, adicionalmente a las que expresamente prevé la ley.
- El artículo 56 de la Ley 29944 es inconstitucional porque, al considerar el concepto de preparación de clases y evaluación como parte de la remuneración íntegra mensual, no reconoce a los docentes un monto adicional equivalente al 30% de ella como lo reconocía para dicho concepto la Ley 24029, lo cual afecta el principio de progresividad de los derechos laborales.
- Es inconstitucional, por vulnerar el derecho a la libertad sindical, la interpretación del artículo 71.a.9 de la ley, según la cual sólo se reconocen licencias con goce de haber a los dirigentes sindicales del ámbito nacional, y no a los de la esfera regional y provincial.
- El artículo 78 de la Ley 29944 es inconstitucional porque permite que el profesor contratado perciba una remuneración inferior a la de un docente nombrado,

pese a realizar las mismas funciones, vulnerándose el derecho a la igualdad y a no ser objeto de trato discriminatorio.

- Es inconstitucional el primer párrafo de la Primera Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la ley, pues ubica a los docentes de la Ley 24029 en las escalas inferiores del nuevo régimen magisterial, pese a existir otra alternativa menos gravosa pero igualmente idónea para lograr la finalidad perseguida, como sería la ubicación en una escala magisterial similar, y luego verificar la idoneidad y capacidad del profesional de la educación a través de la evaluación de desempeño.
- Son inconstitucionales el primer y segundo párrafo de la Segunda Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley 29944, pues no contemplan los derechos ni regulan la situación de los profesores nombrados sin título pedagógico, ni la de los auxiliares de educación reconocidos por la Ley 24029, afectándose el principio de progresividad de los derechos laborales.

Expediente 0010-2013-PI/TC

- El primer párrafo de la Primera Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley 29944 es inconstitucional porque degrada y humilla al profesor, atentando contra su dignidad, dado que rebaja a los docentes de la Ley 24029 que se encontraban en un nivel superior a las escalas inferiores de la Ley 29944, sin respetar los años de servicios prestados, así como los cargos alcanzados, lo que vulnera el principio de que ninguna relación laboral puede limitar ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador.
- Es inconstitucional el artículo 11 de la ley pues a través de la nueva estructura de la carrera pública magisterial, compuesta de ocho escalas magisteriales, se introduce condiciones que resultan perjudiciales, o menos beneficiosas, para los profesores provenientes de la Ley 24029, ya que a los efectos del ascenso, agrega tres escalas en comparación con la ley anterior, vulnerándose así el principio laboral de la condición más beneficiosa al trabajador.
- El artículo 44 de la Ley 29944 está viciado de inconstitucionalidad porque permite la posibilidad de que el profesor sea separado preventivamente del ejercicio de la función magisterial con la sola interposición de una denuncia judicial o administrativa; es decir, sin que el profesor tenga la oportunidad de ejercer su derecho de defensa y sin que se haya probado su responsabilidad.
- Son inconstitucionales los artículos 48.e y 49.i de la referida ley ya que permiten que el profesor sea sancionado, con cese temporal o destitución, según corresponda, por ausentarse del dictado de las clases, lo que posibilita que el

profesor pueda ser sancionado por hechos que suponen el ejercicio del derecho de huelga, propiciada o inducida por el Estado, que recurre a negativas para resolver el pliego de reclamos, convirtiéndose en una sanción fraudulenta o simulada; esto vulnera el derecho de huelga establecido en los artículos 28 y 42 de la Constitución.

- El artículo 49.c de la Ley 29944 es inconstitucional porque permite que el trabajador de la educación sea sancionado, con destitución por haber sufrido condena por el delito de apología al terrorismo y delito de terrorismo en sus diversas modalidades, lo cual vulnera el artículo 139.22 de la Constitución, que prescribe que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad.
- Es inconstitucional el Decreto Supremo 290-2012-EF, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 23 de diciembre de 2012, que establece la escala remunerativa de los docentes, porque la remuneración íntegra mensual (RIM) es diminuta y no permite cubrir los gastos básicos de alimentación, vestido, vivienda, salud, educación y recreo del profesor y de su familia, lo cual vulnera el derecho a una remuneración equitativa y suficiente.
- La Ley 29944 estaría viciada de inconstitucionalidad porque no señala, en forma expresa o implícita, y en números, la cantidad que debe percibir un profesor como remuneración íntegra mensual, así como el subsidio por luto y sepelio; es decir, se oculta el *quantum* de la remuneración a fin de tener una fuente de manipulación. Asimismo, no revela si el profesor tiene derecho o no a las gratificaciones de julio y diciembre, a la asignación por escolaridad, entre otros derechos y beneficios laborales.

116

Expediente 0013-2013-PI/TC

- Es inconstitucional el primer párrafo de la Primera Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley 29944, que rebaja o reduce de nivel a los profesores provenientes de la Ley 24029, pues no es posible que una misma normativa (en referencia a la Cuarta Disposición Complementaria, Transitoria y Final) otorgue un trato diferenciado entre los profesores que pertenecen a la misma carrera magisterial.
- La Ley 29944 es inconstitucional porque de manera arbitraria omite incluir en su ámbito de aplicación a los profesores de las instituciones educativas privadas, a los profesores de los institutos tecnológicos, a los auxiliares de educación y a los profesores cesantes y jubilados, generándose una violación del principio-derecho de igualdad, previsto en el artículo 2.2 de la Constitución.

- Los artículos 16, 20 y 25 de la referida ley afectan la libertad sindical por excluir la participación de los profesores, a través de sus institucionales gremiales, en los comités de evaluación para el acceso a la carrera pública magisterial y de desempeño docente.
- El artículo 30 de la ley está viciado de inconstitucionalidad porque la determinación de las plazas para los ascensos dentro de la carrera pública magisterial dependerá del presupuesto que asigne el Ministerio de Economía y Finanzas, quien en definitiva decidirá si hay convocatoria para ascenso o no, lo cual vaciaría de contenido el derecho constitucional de los docentes a la promoción permanente.
- El artículo 134.4 del Decreto Supremo 004-2013-ED, Reglamento de la Ley 29944, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 3 de mayo de 2013, es inconstitucional porque no reconoce los servicios prestados por los profesores mediante resoluciones de reconocimiento de pago, en instituciones educativas particulares, los servicios *ad honorem* ni los prestados como personal administrativo.
- Es inconstitucional el tercer párrafo del artículo 43 de la Ley 29944 por permitir la imposición de las sanciones de amonestación o de suspensión en el cargo, según corresponda, sin observar las exigencias del debido procedimiento administrativo; concretamente, sin permitir ejercer el legítimo derecho de defensa, vulnerando así el artículo 139, incisos 3 y 14, de la Constitución.
- El artículo 23 de la ley es inconstitucional pues condiciona la permanencia del profesor en el cargo a la aprobación de una evaluación de desempeño docente, disponiendo que, en caso contrario, serán retirados de la carrera magisterial, privando de valor su título pedagógico, ya que sólo podrán acceder al Programa de Reconversión Laboral del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, lo que afecta su derecho a la estabilidad laboral reconocido en los artículos 15 y 28 de la Constitución.
- El artículo 53.d de la Ley 29944 es inconstitucional, pues dispone el cese por límite de edad de los docentes al cumplir los 65 años, pese a que la Ley de la Carrera Administrativa y la Ley del Servicio Civil establece que dicha situación se produce al cumplirse los 70 años.
- Es inconstitucional el artículo 75 de la Ley 29944 al disponer, a través de un proceso de racionalización, la eliminación de plazas, en lugar de reforzar las pocas existentes, lo que afecta la permanencia de los docentes en sus puestos de trabajo.

B.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Dado que lo que se impugna es una ley, la defensa de su constitucionalidad ha correspondido al Congreso de la República, a través de su apoderado, en mérito del Acuerdo de Mesa Directiva 033-2013-2014/MESA-CR, de fecha 18 de setiembre de 2013. El apoderado del Congreso ha expuesto los siguientes argumentos:

Expediente 0021-2012-PI/TC

- De acuerdo con el artículo 15 de la Constitución, el legislador está facultado para establecer los requisitos que considere convenientes para acceder a la carrera pública magisterial, siempre que no la contravenga, además que el Tribunal Constitucional, en la STC 0025-2007-PI/TC, ha precisado que el derecho de acceso a la función pública no supone el ingreso libre, pues éste debe llevarse a cabo de conformidad con los requisitos que el legislador establezca.

Expediente 0008-2013-PI/TC

- El primer párrafo de la Primera Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley 29944 realiza un trato diferenciado legítimo entre los profesores provenientes de los regímenes de la Ley 24029 y la Ley 29062, lo que constituye una intervención legítima en el principio-derecho de igualdad orientada a crear un régimen laboral único dentro de la carrera pública magisterial que, inspirándose en el proceso meritocrático, busca la evaluación, capacitación, profesionalización y promoción permanente de los docentes.

118

Expediente 0009-2013-PI/TC

- Los artículos 20, 25, 29 y 38 de la Ley 29944 son compatibles con la Constitución puesto que la incorporación de las instituciones gremiales de los docentes en los distintivos comités de evaluación no es un mandato que se derive de la Constitución. Asimismo, el artículo 58 de la Ley General de Educación no puede ser utilizado como parámetro de constitucionalidad en la presente causa.
- Es constitucional el artículo 40.h de la Ley 29944, en vista de que la permanencia de los docentes en el cargo no está condicionada a las evaluaciones que determinen las autoridades de la institución educativa; en cambio, sí servirán a las autoridades para diseñar políticas y generar recomendaciones y sugerencias que beneficien el desempeño de los docentes.
- Debe ratificarse la constitucionalidad del artículo 56 de la ley impugnada puesto que, al regir en el ordenamiento jurídico peruano la tesis de los hechos cumplidos, no son inmodificables ni inderogables las normas en materia laboral, pu-

diendo ser alteradas dentro del marco de la Constitución por el legislador democrático.

- El artículo 71.a.9 de la Ley precisa que la licencia sindical corresponde a los dirigentes nacionales, regionales y provinciales, puesto que ello se presume conforme al Convenio 151 de la OIT y al artículo 42 de la Constitución.
- Debe ratificarse la constitucionalidad del artículo 78 de la Ley 29944 pues la naturaleza de la labor docente llevada a cabo por profesores contratados y nombrados es objetivamente distinta, justificándose por consiguiente la existencia de un trato diferenciado entre ellos.
- No es inconstitucional el primer párrafo de la Primera Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la ley, dado que las medidas alternativas propuestas por los demandantes no contribuyen en el mismo grado a propiciar la unificación de los regímenes previstos por las derogadas Leyes 29062 y 24029.
- El primer y segundo párrafo de la Segunda Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley 29944 no afecta a los auxiliares de docencia o a los profesores sin título pedagógico. Antes bien, la ley ha dispuesto que los derechos que les corresponden a los profesores de la carrera pública magisterial también les son aplicables en todo lo que les corresponda.

119

Expediente 0010-2013-PI/TC

- El primer párrafo de la Primera Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la ley no degrada al docente ni lesiona su dignidad. Y lo único que hace es reemplazar el régimen regulado por la Ley 24029 por uno nuevo, a través de la sucesión normativa.
- Debería ratificarse la constitucionalidad del artículo 11 de la ley objeto de cuestionamiento, dado que la creación de las escalas y la ubicación de los profesores en la nueva estructura de la carrera pública magisterial no vulnera la obligación del Estado de procurar la promoción permanente del profesorado, pues este no incumple su deber de brindar atención prioritaria al trabajo en sus diversas modalidades.
- La Ley 29944 no vulnera el derecho a una remuneración equitativa y suficiente pues no fija el monto de la remuneración, y solo se limita a precisar que el profesional de la educación percibirá una remuneración íntegra mensual (RIM).
- Los artículos 48.e y 49.i de la referida ley son constitucionales, ya que no autorizan la destitución del docente que ejerce legítimamente sus derechos, sino de aquel que se ausenta injustificadamente de las aulas por más de tres días con-

secutivos o cinco discontinuos, en un periodo de dos meses. Asimismo, agrega que el ejercicio abusivo o indebido de la huelga ha sido reconocido como causal legítima de despido por el Tribunal Constitucional.

- Debe ratificarse la constitucionalidad del artículo 44 de la Ley 29944, en tanto la medida preventiva de separación no vulnera el derecho a la presunción de inocencia, pues éste, como todo derecho, no es absoluto sino más bien relativo, por lo que puede ser objeto de medidas restrictivas, que, en este caso, están justificadas porque buscan el mejoramiento de la educación y la salvaguarda de la integridad física y psicológica de los estudiantes.
- El artículo 49.c debe ser validado en su constitucionalidad, en vista de que el propio Tribunal Constitucional ha enfatizado que no se vulnera el principio de resocialización con la prohibición de que un condenado por delito doloso ingrese a la carrera pública magisterial; es razonable que no puedan acceder aquellos que no han presentado una conducta idónea e intachable.

Expediente 0013-2013-PI/TC

120

- El primer párrafo de la Primera Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley 29944, realizó un trato diferenciado que incide en el principio de igualdad de forma necesaria y proporcional, coadyuvando a la reorganización de la carrera pública magisterial sobre la base del principio meritocrático.
- No se excluye arbitrariamente del ámbito de aplicación de la ley objeto de análisis a los profesores que laboran en el ámbito privado, puesto que su situación jurídica se regula en normas con rango de ley distintas, máxime si las disposiciones de la Ley 29944 sí serían aplicables a los auxiliares de docencia y a los profesores de los institutos tecnológicos.
- Los artículos 16, 20 y 25 de la Ley 29944 no incurren en ningún acto de discriminación antisindical que contravenga la Constitución y el Convenio de la OIT, por lo que debe considerarse que se trata de una opción legislativa válida y, por consiguiente, debe confirmarse su constitucionalidad.
- Sería plenamente admisible que el Ministerio de Economía y Finanzas participe ante el llamado del Ministerio de Educación en la determinación del número de plazas vacantes para ascensos en la carrera magisterial por mandato de los artículos 77 y 78 de la Constitución, por lo que debería confirmarse la constitucionalidad del artículo 30 de la ley.
- No fluiría del tercer párrafo del artículo 43 de la Ley 29944 que puedan aplicarse sanciones de amonestación escrita o suspensión sin las exigencias del debido

proceso; por el contrario, estas garantías deberían ser observadas por expresa previsión de dicha disposición.

- Debe confirmarse la constitucionalidad del artículo 23 de la Ley 29944, puesto que, tal como ha expuesto el Tribunal Constitucional, es una causal válida de despido separar de la carrera pública magisterial al profesor que reiteradamente repruebe las evaluaciones de desempeño docente.
- El artículo 53.d de la ley debería ser ratificado en su constitucionalidad puesto que fijar la edad de cese en la carrera pública magisterial es una opción del legislador democrático, y resulta irrelevante si la derogada Ley 24029 disponía algo distinto.
- Debe confirmarse la constitucionalidad del artículo 75 de la Ley 29944, puesto que la racionalización, lejos de prever la eliminación de plazas, optimizará la asignación de plazas docentes en función de las necesidades educativas.

II. FUNDAMENTOS

SOBRE LAS PRETENSIONES

121

1. Una demanda de inconstitucionalidad busca en principio la expulsión de una disposición legal viciada en su constitucionalidad, la que quedará sin efecto (artículo 204 de la Constitución). Sin embargo, en la doctrina y la jurisprudencia constitucional también se ha reconocido como *petitum* de un proceso de control abstracto la declaración de inconstitucionalidad por omisión y la interpretación de normas con rango de ley (fundamento 37 de la STC 0006-2008-PI/TC; fundamento 18 de la STC 5427-2009-PC/TC, y fundamentos 7 y 8 de la STC 0032-2010-PI/TC).
2. En el presente proceso, se han planteado tanto demandas cuya pretensión es la expulsión de disposiciones de la Ley 29944, de Reforma Magisterial, como otras cuyo objetivo es su interpretación conforme con la Constitución, así como la declaración de inconstitucionalidad por omisión de algunos tópicos que debieron estar desarrollados en la mencionada ley.
3. En reiterada jurisprudencia este Tribunal ha establecido su competencia para conocer de la figura de la inconstitucionalidad por omisión; pues aun cuando la Constitución no contempla de manera expresa la posibilidad del control de esta clase de omisiones, el fundamento de dicha potestad radica en el principio de supremacía constitucional (artículo 51 de la Constitución), del que se desprende el efecto normativo de las disposiciones constitucionales (fundamentos 12 y 15 de

la STC 5427-2009-PC/TC); el principio de colaboración de poderes del Estado, en virtud del cual el Tribunal Constitucional ha venido prestando permanente colaboración con la actividad legislativa (fundamento 37 de la STC 0006-2008-PI/TC); y la necesidad de adecuar los cauces jurídicos del Estado constitucional a la exigencia de las nuevas formas del Estado de Derecho y de nuevos derechos (fundamento 16 de la STC 5427-2009-PC/TC).

4. Como este Tribunal ha expresado, el carácter normativo que la Constitución ostenta no sólo significa que sus disposiciones no sean infringidas, sino que también aquellas obligaciones que estas contienen, entre las que se pueden encontrar la de desarrollar normativamente determinado precepto constitucional, sean cumplidas de modo efectivo y adecuado (fundamento 12 de la STC 05427-2009-PC/TC). Sólo de esta manera puede garantizarse la plena y completa realización del proyecto que una comunidad política ha abrigado a través de su Constitución, evitando que se incurra en supuestos de ‘fraude a la Constitución’ o ‘Constituciones nominales’, que conducen al descrédito del modelo del Estado constitucional de derecho, de las instituciones democráticas y del principio del gobierno de las leyes. Dada la naturaleza del proceso de inconstitucionalidad, sólo cabría controlar a través suyo las omisiones de carácter normativo. La presunción de relación armónica entre la Constitución y las normas con rango infra constitucional se termina rompiendo si alguna de éstas atenta contra el contenido de la primera. Es así como para la defensa de esta última, especialmente frente a infracciones contra su jerarquía normativa, emerge el proceso de inconstitucionalidad (artículo 75 del Código Procesal Constitucional, conforme a lo establecido en el artículo 200.4 de la Constitución). Este efectúa el control concentrado, a fin de defender, según el fundamento 18 de la STC 0020-2005-PI/TC y otro, siguiendo el artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, la supremacía normativa de la Constitución, y de depurar del ordenamiento aquellas disposiciones que la contravengan (finalidad inmediata); e impedir la aplicación de las normas legales viciadas en su constitucionalidad; es decir, impedir que éstas puedan generar afectaciones concretas o subjetivas a los derechos fundamentales de los individuos (finalidad mediata).
5. El rol del legislador o de alguna otra autoridad estatal en el desarrollo normativo de la Constitución no es una mera labor de órgano ejecutor de los mandatos dispuestos por ella. Le cabe, pues, al órgano normativo un margen amplio de configuración de las disposiciones constitucionales, con los límites que la Constitución impone. Este Tribunal también ha destacado que dicho desarrollo discrecional no puede suponer una absoluta libertad normativa (supuesto de ausencia de regulación), pues ello sería tanto como dejar los propios derechos fundamen-

tales en manos del legislador, sobre todo cuando estos derechos requieren para su plena vigencia del desarrollo normativo o cuando requieren su actuación normativa para frenar situaciones de manifiesta inconstitucionalidad omisiva (fundamento 17 de la STC 5427-2009-PC/TC).

6. Bajo esta lógica, y habiendo quedado establecida la necesidad del control de las omisiones del legislador o de alguna otra autoridad estatal en el desarrollo normativo de la Constitución, conviene ahora identificar los supuestos en que procede este tipo de control por parte del Tribunal Constitucional. Y es que, como se desprende de lo indicado *supra*, no toda omisión legislativa da lugar a una declaración de inconstitucionalidad, sino únicamente aquella que se origina en el incumplimiento de disposiciones constitucionales de obligatorio y concreto desarrollo.
7. A tal efecto, el Tribunal considera que es necesario reformular su jurisprudencia en torno a este asunto, a fin de lograr un uso adecuado de este tipo de control.
8. En el fundamento 42 de la STC 0006-2008-PI/TC, este Tribunal afirmó que el legislador puede incurrir en dos tipos de omisiones (criterio reiterado en el fundamento 21 de la STC 5427-2009-PC/TC):
 - De un lado, en una omisión absoluta, referida a los silencios totales del órgano de producción normativa sobre determinadas materias cuya regulación o tratamiento legislativo viene exigido desde la Constitución y cuya exigencia puede tornarse en necesaria para la eficacia plena de la disposición constitucional. Su configuración depende de la concurrencia de los siguientes supuestos (fundamento 33 y ss. de la STC 5427-2009-PC/TC): que exista un mandato constitucional concreto que establece la obligación de desarrollo normativo, referido a un ámbito específico claramente identificable; que haya transcurrido un periodo razonable y el órgano de producción normativa no haya emitido la norma exigida por la Constitución; y que la omisión produzca un efecto o resultado inconstitucional, referido a la ineficacia del mandato constitucional que establece la obligación de desarrollo normativo, o a aquellas violaciones graves y manifiestas de los derechos fundamentales, como es el caso de la negación absoluta de su goce y disfrute efectivo.
 - De otro lado, la omisión relativa, referida al silencio de la ley en un extremo que no haya sido normado, causando perjuicio en la tutela de los derechos o vulnerando una disposición constitucional. A diferencia del supuesto anterior, en el caso de las omisiones relativas existe un desarrollo legislativo previo pero incompleto. Por lo general, se presenta cuando la ley que ha regulado determinado precepto constitucional excluye de manera arbitraria

o discriminatoria un beneficio o un estatus jurídico a un grupo de personas determinado, infringiendo el principio de igualdad.

9. Ahora bien, dado que mediante “La acción de inconstitucionalidad, se cuestiona la constitucionalidad de toda norma que tiene rango de ley (...)” (artículo 200.4), el control de una omisión parte de la impugnación de una disposición concreta (norma con rango de ley, emitida por la entidad competente), a la que se objeta por no respetar la obligación total impuesta por la Constitución.
10. La configuración de una omisión relativa depende de la concurrencia de dos requisitos:
 - Que exista un mandato constitucional que establece la obligación de desarrollo normativo, referido a un ámbito específico claramente identificable, mandato que siempre proviene del propio texto constitucional, sea en la forma de mandatos constitucionalmente explícitos o de configuración jurisprudencial (fundamento 42 de la STC 0006-2008-PI/TC). Esto no comprende a las normas con rango de ley que desarrollan o complementan los preceptos constitucionales relativos a los fines, estructura, organización y funcionamiento de los órganos y organismos constitucionales -y que buscan precisar detalladamente las competencias y deberes funcionales de los titulares de estos organismos, así como los derechos, deberes, cargas públicas y garantías básicas de los ciudadanos (fundamento 4 *in fine* de la STC 0046-2004-AI/TC; fundamento 128 de la STC 0047-2004-AI/TC, cuyos requisitos fueron desarrollados en el fundamento 28 de la STC 0020-2005-PI/TC)-; sin embargo, no gozan de rango constitucional, sino legal (fundamento 27 de la STC 0023-2007-PI/TC)-, y, como tales, responden a la libertad de configuración que la Constitución otorga al legislador en el desarrollo normativo de sus preceptos, dentro de los límites impuestos por el propio texto constitucional (fundamento 20 de la STC 0014-2010-PI/TC).
 - Que la norma emitida obvie una parte inescindible de la materia a regular u omita de forma arbitraria a algún destinatario de ella, lo que a la postre afecta algún derecho fundamental o torna ineficaz alguna disposición constitucional.

En conclusión, se impugnan normas ya emitidas, pero incompletas o de desarrollo deficiente.

11. Sobre la base de los argumentos esgrimidos, el Tribunal Constitucional debe dar respuesta a todos los pedidos planteados de inconstitucionalidad por omisión con relación a la Ley 29944.

III. ANÁLISIS DEL CASO

12. Las pretensiones planteadas, por la variedad de materias incluidas, serán desarrolladas individualmente por este Tribunal, para lo cual se efectuará una división temática de ellas en tres grandes ítems, no sin antes ingresar en el análisis de la capacidad que tuvo el legislador para modificar o derogar la Ley 24029, del Profesorado.
13. A juicio de los demandantes, medidas como la migración de los docentes de los niveles superiores de la Ley 24029 a las escalas inferiores de la Ley 29944, o la derogación de la bonificación especial mensual del 30% de la remuneración por concepto de preparación de clases y evaluación, estarían modificando y/o derogando la regulación de la carrera magisterial establecida en la referida Ley 24029, y desconocerían los ‘derechos adquiridos’ de los docentes, lo que, según los demandantes, carece de base jurídica, pues en nuestro país rige la teoría de los hechos cumplidos, permitiéndose, por consiguiente, que el legislador altere o modifique las normas laborales.
14. Sobre la cuestión jurídica planteada, cabe precisar que el artículo 103 de la Constitución ha consagrado, como principio general, 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 (...)”. En tal línea, el Tribunal ha expresado que “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” (fundamento 121 de la STC 0050-2004-AI/TC y otros).
15. Por su parte, en la STC 0025-2007-PI/TC, en respuesta a objeciones similares a las de las demandas de autos, se expone que nuestro ordenamiento jurídico “se rige por la teoría de los hechos cumplidos, consagrada en el artículo 103 de nuestra Carta Magna, por lo que una norma posterior puede modificar una norma anterior que regula un determinado régimen laboral” (fundamento 89), pues, “el Congreso, en ejercicio de su función legislativa prevista en el inciso 1) del artículo 102º de la Constitución, tiene la facultad de dar leyes así como modificar las existentes, por lo que resulta constitucionalmente válido que la Ley N.º 29062 modifique el régimen establecido en la Ley N.º 24029 y que, en

virtud de la teoría de los hechos cumplidos, consagrada en el artículo 103 de la Carta Magna, sus efectos se apliquen de manera inmediata a las consecuencias de la relaciones y situaciones jurídicas existentes” (fundamento 91). En suma, nuestro ordenamiento jurídico está regido por la teoría de los hechos cumplidos y no por la teoría de los derechos adquiridos, razón por la cual este Tribunal no puede compartir la tesis propuesta por los accionantes.

16. Constituye una facultad constitucional del legislador dar, modificar o derogar leyes, y es en ejercicio de esta facultad que precisamente se han regulado las relaciones y situaciones jurídicas existentes de los profesores de la carrera pública magisterial; así, a través de la Ley 29944 se ha establecido la migración de los docentes de los niveles magisteriales de la Ley 24029 a las escalas magisteriales (Primera Disposición Complementaria, Transitoria y Final), así como la incorporación del concepto de preparación de clases y evaluación en la nueva remuneración íntegra mensual – RIM (artículo 56), y respecto de las cuales no cabe invocar la teoría de los derechos adquiridos, por lo explicado antes.
17. Corresponde, pues, analizar cada uno de los puntos cuestionados con relación a la Ley 29944. Estos son 3: la estructura de la carrera pública magisterial, el régimen económico magisterial y la carrera magisterial como función pública.

126

A. LA ESTRUCTURA DE LA CARRERA PÚBLICA MAGISTERIAL

18. Un primer tema es el relativo a cómo está estructurada la carrera magisterial. Aquí se analizarán las disposiciones referidas a los sujetos que pertenecen a la carrera pública magisterial; luego lo relacionado con las plazas establecidas a favor de los profesores, y finalmente el tema de la validez del reconocimiento de servicios.

A.1. SUJETOS DE LA CARRERA PÚBLICA MAGISTERIAL

19. Un primer punto radica en la declaración de inconstitucionalidad por comisión y por omisión de la Ley 29944, para lo cual se ha alegado que diversos sujetos participantes del proceso educativo no han sido incluidos en la nueva regulación de la ley impugnada.

A.1.A. EXCLUSIÓN DE LOS DOCENTES QUE LABORAN EN EL SECTOR PRIVADO

20. Los demandantes manifiestan que la exclusión de los docentes que laboran en instituciones privadas -sean estas colegios o institutos tecnológicos- del ambi-

to de aplicación de la Ley 29944 deviene discriminatoria y vulnera el principio-derecho de igualdad, reconocido en el artículo 2.2 de la Constitución. La parte demandada, por el contrario, arguye que en tanto el objeto de la Ley 29944 consiste en regular las relaciones entre el Estado y los maestros que prestan servicios en programas e instituciones públicas, está plenamente justificado sustraer de su ámbito de aplicación a los docentes que laboran en instituciones privadas, máxime si el artículo 61 de la Ley 28044, General de Educación, establece que dichos docentes participan del régimen laboral de la actividad privada.

21. Como este Tribunal ha recordado, la igualdad, como principio y derecho fundamental, no implica que las personas puedan exigir un trato igual siempre y en todos los casos, sino únicamente a quienes se encuentran en idéntica situación. De ahí que se vulnera la igualdad cada vez que una norma jurídica se aplica inequitativamente a sujetos inmersos en el mismo supuesto de hecho. En ese sentido, este precepto constitucional opera como un límite frente a la discrecionalidad del legislador, y le exige que toda diferencia de trato se fundamente en bases razonables y objetivas (fundamento 60 de la STC 0048-2004-PI/TC).
22. Si el objeto de la Ley 29944 es el de regular las relaciones entre el Estado y los docentes que prestan servicios en programas e instituciones públicas (artículo 1), aun cuando los profesores que laboran en las entidades educativas privadas realicen labores o actividades similares a las que efectúan los profesores que participan de la carrera pública magisterial, se concluye que su situación no es idéntica, pues estos están sujetos a un conjunto de obligaciones y exigencias que, dada la naturaleza de las labores que realizan, resultarían completamente oponibles a las de aquellos.
23. Esta diferencia se encuentra plasmada en los artículos 57 y 61 de la Ley 28044, General de Educación, que establecen que el profesor en las instituciones educativas del Estado se desarrolla profesionalmente en el marco de una carrera pública, y que los docentes de las instituciones educativas privadas participan del régimen laboral de la actividad privada. Tal diferenciación de trato no es extraña ni opuesta, a partir de una lectura *a contrario sensu* del artículo 15 de la Constitución, según el cual “El profesorado en la enseñanza oficial es carrera pública (...)”, lo que supone, implícitamente, que las demás formas de docencia -por ejemplo, las privadas- se sustraen de la carrera pública docente.
24. Por ello, debe rechazarse la denuncia de que la Ley 29944 contiene una omisión legislativa inconstitucional por no incluir (o excluir) a los profesores de instituciones educativas privadas de su ámbito de regulación.

A.1.B EXCLUSIÓN DE UN GRUPO DE TRABAJADORES DE CENTROS EDUCATIVOS PÚBLICOS

25. También se ha cuestionado la constitucionalidad de la Segunda y Tercera Disposición Complementaria, Final y Transitoria de la Ley 29944, cuyo tenor es el siguiente:

Segunda Disposición Complementaria, Final y Transitoria.- Los profesores nombrados sin título pedagógico, comprendidos en las categorías remunerativas A, B, C, D y E del régimen de la Ley 24029, así como los auxiliares de educación comprendidos en la categoría remunerativa E de la referida Ley, se rigen por la presente Ley en lo que corresponda. El Ministerio de Educación, en coordinación con el Ministerio de Economía y Finanzas, de conformidad con el numeral 1 de la Cuarta Disposición Transitoria de la Ley 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, establece la vigencia, condiciones y montos de esta escala transitoria, la cual debe incorporar en uno solo todos los conceptos que vienen percibiendo los profesores de las categorías remunerativas señaladas en la presente disposición. Los profesores nombrados sin título pedagógico tienen una prórroga de dos (2) años para obtener y acreditar el título profesional pedagógico. Cumplida esta exigencia ingresan al primer nivel de la carrera pública magisterial, previa evaluación. Vencido el plazo previsto, si no acreditan el título profesional pedagógico, son retirados del servicio público magisterial.

Tercera Disposición Complementaria, Final y Transitoria.- Los profesores que laboran en los institutos y escuelas de educación superior, son ubicados en una escala salarial transitoria, de conformidad con lo dispuesto en la primera disposición complementaria, transitoria y final de la presente Ley, en tanto se apruebe la Ley de la Carrera Pública de los Docentes de Institutos y Escuelas de Educación Superior. El proyecto de la Ley de la Carrera Pública de los Docentes de Institutos y Escuelas de Educación Superior será remitido por el Poder Ejecutivo, conforme a lo dispuesto por la Disposición Transitoria Única de la Ley 29394, en el plazo de sesenta días calendarios contados a partir de la vigencia de la presente Ley.

26. Con relación a estos artículos, se ha puesto de relieve que omiten la situación jurídica de los docentes sin título pedagógico, los auxiliares de educación y los profesores de institutos tecnológicos.

A.1.b.1 El caso de los docentes sin título pedagógico

27. Con relación a los docentes sin título pedagógico, los demandantes sostienen que la disposición legal cuestionada no contempla los derechos ni regula la situación

jurídica que la derogada Ley 24029 les reconocía, lo que transgrede el principio de progresividad de los derechos fundamentales, desde dos perspectivas. A saber: (i) la Ley 29944 incurre en inconstitucionalidad por omisión legislativa relativa al no incluir a los docentes sin título pedagógico en un régimen normativo que está llamado a regular su situación jurídica; y, (ii) la Ley 29944 incurre en inconstitucionalidad por omisión legislativa relativa al no reconocerles los mismos derechos que la derogada Ley 24029. La parte demandada refiere, por su parte, que la Segunda Disposición Complementaria, Final y Transitoria de la Ley 29944 sí es aplicable a los docentes sin título pedagógico en todo lo que corresponda, por lo que no habría mérito para considerar que se están recortando sus derechos y, menos aún, que hayan dejado de tener reconocimiento normativo.

28. Con relación al primer argumento, este Tribunal considera que corresponde rechazar de plano la pretensión, toda vez que el primer párrafo de la Segunda Disposición Complementaria, Final y Transitoria de la Ley expresamente prescribe que los docentes nombrados sin título pedagógico de la Ley 24029 se rigen por la presente ley, en todo lo que les corresponda. En esta disposición además se establece “la vigencia, condiciones y montos de esta escala transitoria, la cual debe incorporar en uno solo todos los conceptos que vienen percibiendo los profesores” (segundo párrafo), y que los profesores que obtengan su título profesional ingresarán “al primer nivel de la carrera pública magisterial, previa evaluación” (tercer párrafo). Por tanto, el Tribunal Constitucional considera que no hay fundamento válido para sostener que los docentes sin título pedagógico carecen de un marco normativo permanente que regule su situación jurídica, independientemente de si ello efectivamente es exigible en virtud de un mandato constitucional.
29. Respecto del segundo argumento esgrimido por los accionantes, este Tribunal anota que el ordenamiento jurídico peruano no justifica la aplicación ultractiva de las normas laborales ni la vigencia de la teoría de los derechos adquiridos, como entienden los demandantes. Por el contrario, según se ha mencionado *supra*, a partir de la lectura de los artículos 103 y 102.1 de la Constitución, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y las situaciones jurídicas existentes y no tienen fuerza ni efectos retroactivos (teoría de los hechos cumplidos); y además es facultad del Congreso expedir leyes, modificar o derogar las existentes.
30. Por ello, lejos de contener un mandato que impida la sucesión normativa en materia laboral, la Constitución prevé un marco idóneo para que ésta se lleve a cabo; por lo tanto, no se acredita la existencia de una inconstitucionalidad por omisión legislativa relativa, por lo que la demanda en este extremo debe ser desestimada.

A.1.b.2 El caso de los auxiliares de educación

31. Los demandantes manifiestan que es discriminatorio que la Ley 29944 no regule la situación jurídica de los auxiliares de educación, a pesar de que la derogada Ley 24029 los consideraba como docentes activos. La parte demandada sostiene que la disposición legal impugnada sí regula la situación jurídica de los auxiliares de educación, incorporándolos a su ámbito de aplicación.
32. Al respecto, este Tribunal advierte que la Segunda Disposición Complementaria, Final y Transitoria de la Ley 29944 -al igual que lo que sucede con los docentes sin título pedagógico- sí regula la situación jurídica de los auxiliares de educación. Dicha disposición prescribe que los auxiliares de educación se rigen por dicha ley en todo lo que les corresponda (primer párrafo), y puntualiza que se establecerá “la vigencia, condiciones y montos de esta escala transitoria, la cual debe incorporar en uno solo todos los conceptos que vienen percibiendo” (segundo párrafo).
33. Adicionalmente, la Tercera Disposición Complementaria Final del Decreto Supremo 004-2013-ED, Reglamento de la Ley 29944, establece que “El MINE-DU mediante Resolución Ministerial a expedir en ciento ochenta (180) días calendarios contados a partir de la vigencia del presente Reglamento, aprobará las normas específicas que regulen el tratamiento jurídico que regirá para los Auxiliares de Educación”. Y que, en caso de que no se haya emitido dicha resolución ministerial dentro del plazo otorgado, se les aplicará las normas pertinentes de la Ley 29944. Asimismo, en la Quinta Disposición Complementaria Final del aludido Reglamento se precisa que “Mientras no se apruebe las condiciones y montos de la escala transitoria a que hace referencia la Segunda Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley, las remuneraciones y asignaciones de los profesores nombrados sin título pedagógico comprendidos en las categorías remunerativas A, B, C, D y E (...) serán incorporados en un solo concepto remunerativo, con los mismos montos que vienen percibiendo”.
34. Por tanto, el Tribunal Constitucional afirma que no hay fundamento válido para sostener que los auxiliares de educación carecen de un marco normativo permanente que regule su situación jurídica, independientemente de si ello efectivamente es exigible en virtud de un mandato constitucional. Por lo demás, es irrelevante el trato que la Ley 24029 dispuso a los mencionados auxiliares, dado que, como se dijo antes, el ordenamiento jurídico peruano no justifica la aplicación ultractiva de las normas laborales ni la vigencia de la teoría de los derechos adquiridos, por lo que la demanda en este extremo también debe ser desestimada.

A.1.b.3 El caso de los profesores de institutos y escuelas de educación superior

35. Con relación a los profesores de institutos y escuelas de educación superior, los demandantes manifiestan que es discriminatorio que la Ley 29944 no regule su situación jurídica. El Congreso de la República, a su vez, sostiene que la disposición legal impugnada sí regula la situación jurídica de los profesores de institutos y escuelas de educación superior, incorporándolos a su ámbito de aplicación.
36. Al respecto, este Tribunal advierte que la Tercera Disposición Complementaria, Final y Transitoria de la Ley 29944, efectivamente, establece el marco regulatorio de los profesores de institutos y escuelas de educación superior, al precisar que “Los profesores que laboran en los institutos y escuelas de educación superior, son ubicados en una escala salarial transitoria, de conformidad con lo dispuesto en la primera disposición complementaria, transitoria y final de la presente Ley, en tanto se apruebe la Ley de la Carrera Pública de los Docentes de Institutos y Escuelas de Educación Superior” (primer párrafo). Congruente con tal regulación, la mencionada Quinta Disposición Complementaria Final del Reglamento de la Ley 29944 prescribe que las remuneraciones y asignaciones de los auxiliares de educación comprendidos en la categoría remunerativa E, serán incorporadas en un solo concepto remunerativo, con los mismos montos que vienen percibiendo.
37. Por consiguiente, el Tribunal Constitucional considera que no existe fundamento constitucional para sostener que los profesores de institutos y escuelas de educación superior carecen de un marco normativo permanente que regule su situación jurídica, independientemente de si ello efectivamente es exigible en virtud de un mandato constitucional, por lo que la demanda en este extremo también debe ser desestimada.

A.1.c EXCLUSIÓN DE LOS DOCENTES CESADOS Y JUBILADOS

38. Un último aspecto relacionado con los sujetos regulados por la Ley de Reforma Magisterial tiene que ver con los docentes que ya concluyeron su vínculo laboral, o lo que es lo mismo, que ya dejaron de pertenecer a la carrera pública magisterial. Los demandantes alegan que se vulnera el principio de igualdad al excluir a los docentes cesados y jubilados del ámbito de aplicación de la Ley 29944, a pesar de que la derogada Ley 24029 sí les otorgaba beneficios. El demandado, en cambio, aduce que la exclusión es constitucionalmente admisible, puesto que la ley bajo análisis está dirigida a regular la situación jurídica de los docentes en actividad, mientras que la situación de los cesados y jubilados se regula con otras normas con rango de ley.

39. Este Tribunal reitera que, tal como ha quedado establecido en los fundamentos 59 y 60 de la STC 0048-2004-AI/TC, el principio de derecho de igualdad no se vulnera cada vez que dos colectivos reciben un trato diferenciado, sino solo cuando estos también se hallan comprendidos en un mismo supuesto de hecho, y dicho tratamiento diferenciado es injustificado.
40. Así las cosas, el Tribunal Constitucional considera que carece de toda fundamentación constitucional el argumento de que es discriminatorio apartar a los profesores cesados y jubilados del ámbito de aplicación de la Ley 29944, que tiene por objeto regular las relaciones entre el Estado y los docentes que prestan servicios en programas e instituciones públicas (artículo 1). Ello es así porque, como es evidente, aquellos se hallan en una situación jurídica y fáctica distinta a la de los profesores en actividad, lo que justifica que estén excluidos de la Ley 29944, independientemente de si su incorporación en dicha ley efectivamente es exigible en virtud de un mandato constitucional. La regulación pertinente sobre los cesados y jubilados dependerá de su pertenencia a los regímenes público o privado de pensiones.
41. Por lo demás, dado que el artículo 103 de la Constitución consagra la teoría de los hechos cumplidos antes que la de los derechos adquiridos y que el artículo 102.1 del mismo cuerpo normativo habilita al Congreso para modificar las leyes existentes a través de la sucesión normativa, carece de toda relevancia, a estos efectos, la afirmación de que la derogada Ley 24029 establecía disposiciones sobre el régimen jurídico aplicable a los docentes en situación de retiro.

132

A.2 PLAZAS ASIGNADAS

42. Con relación a las plazas, se han cuestionado dos disposiciones, una relativa a la racionalización de estas y la otra concerniente a las utilizadas para ascensos.

A.2.A RACIONALIZACIÓN DE PLAZAS

43. El artículo 75 de la ley cuestionada establece:

Artículo 75.- El Ministerio de Educación dicta las normas aplicables al proceso de racionalización. El proceso de racionalización está a cargo de las Direcciones Regionales de Educación, Unidades de Gestión Educativa Local (UGEL) e instituciones educativas según corresponda, debiendo identificar excedencias y necesidades de plazas de personal docente de las instituciones educativas, buscando equilibrar la oferta y demanda educativa. El reglamento establece el procedimiento de racionalización de plazas docentes, teniendo en cuenta la modalidad y forma educativa, la realidad

geográfica y socio-económica, así como las condiciones pedagógicas, bajo responsabilidad y limitaciones de la infraestructura educativa.

44. En la demanda se sostiene que el proceso de racionalización previsto en la disposición legal acotada amenaza la permanencia del docente en su puesto de trabajo, ya que, en puridad, se buscaría la eliminación de las plazas. La parte demandada, en cambio, expresa que el argumento de los demandantes carece de todo fundamento, puesto que el referido proceso de racionalización no contempla una reducción del número de plazas, sino una reorganización de las ya existentes en función de las necesidades educativas.
45. Este Tribunal, a partir de una lectura sistemática de la Ley 29944 y su reglamento, advierte que el referido proceso de racionalización no supone la eliminación de plazas alegada sino que, bien entendidas las cosas, propone la reasignación o la reorganización de éstas en función de las necesidades educativas, tomando en cuenta, entre otros factores, la realidad geográfica y socioeconómica, las condiciones pedagógicas y la infraestructura disponible (artículos 74 y 75). De ahí que, en la ley bajo análisis, la racionalización de plazas no sea un motivo que justifique la separación del docente de la carrera pública magisterial, sino meramente una causal de reasignación dentro de ésta, tal como indica expresamente su artículo 68.d.
46. Asimismo, dado que la reasignación implica desplazar al docente de un cargo a otro igual que se encuentre vacante y sin alterar su posición dentro de una escala magisterial determinada (artículo 67 de la Ley 29944), el referido proceso de racionalización tampoco es un mecanismo que tenga por finalidad recortar el salario de quienes integran la carrera pública magisterial.
47. Por ello, si la racionalización no afecta o pone en peligro la permanencia de los profesores en el régimen público docente, este Tribunal considera que hay mérito para confirmar la constitucionalidad del artículo 75 de la ley bajo análisis, por lo que en este extremo la demanda también debe ser desestimada.

A.2.B PLAZAS PARA ASCENSOS

48. Sobre el particular, los demandantes objetan la constitucionalidad del artículo 30 de la Ley 29944, que establece:

Artículo 30.- El Ministerio de Educación, en coordinación con el Ministerio de Economía y Finanzas, determina el número de plazas vacantes para ascensos por escala magisterial y su distribución por regiones, de conformidad con el numeral 1 de la Cuarta Disposición Transitoria de la Ley 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto.

49. Los demandantes sostienen que en tanto la disposición impugnada prevé que el Ministerio de Economía y Finanzas participe en la determinación de la cantidad de plazas vacantes para el ascenso en la carrera pública magisterial, la promoción de los docentes quedará congelada. El demandado, por su parte, manifiesta que el artículo 30 de la Ley 29944 es compatible con el ordenamiento constitucional, porque garantiza que la permanente promoción de los docentes se lleve a cabo sin poner en riesgo las finanzas del Estado, de conformidad con lo establecido en la Constitución y la Ley 28411, General del Sistema Nacional de Presupuesto.
50. Al respecto, el Tribunal Constitucional recuerda que, de conformidad con el fundamento 12 de la STC 5854-2005-PA/TC, la Constitución debe ser interpretada conforme al principio de concordancia práctica, el cual obliga a resolver toda aparente tensión entre los preceptos constitucionales optimizando su eficacia en conjunto y sin comprometer la vigencia de ninguno de los preceptos concernidos. El mandato contenido en el artículo 15 de la Constitución ordena al Estado promover de manera permanente al profesional de la educación. Sin embargo, esta exigencia no puede ser entendida como una absoluta libertad para que se desconozca los principios de unidad y estabilidad presupuestaria previstos en los artículos 77 y 78 de la Constitución (léase, particularmente, el fundamento 9 de la STC 0004-2004-CC/TC). De modo pues que la configuración de las disposiciones constitucionales debe ser realizada teniendo en cuenta los límites que la propia Constitución impone.
51. A juicio del Tribunal Constitucional, resulta razonable que el legislador prevea ciertos mecanismos para asegurar que la promoción de los docentes no comprometa los principios constitucionales en materia presupuestaria. En ese sentido, considera que prever la existencia de un mecanismo orientado a que el Ministerio de Educación coordine con el Ministerio de Economía y Finanzas para la determinación del número de plazas vacantes para los ascensos en la carrera pública magisterial, en abstracto, no implica que el progreso del docente dentro de la misma quede paralizado; por el contrario, supone una determinación responsable del número de plazas y garantiza su fuente económica. Una medida de esta naturaleza no desconoce la promoción de los docentes; antes bien, otorga igual eficacia a otros bienes constitucionales, garantizando así los principios de unidad y estabilidad presupuestaria previstos en los artículos 77 y 78 de la Constitución.
52. Por lo expuesto, hay mérito para ratificar la constitucionalidad del artículo 30 de la ley objeto de análisis, por lo que, en este extremo, la demanda también debe ser desestimada.

A.3. ESCALAS MAGISTERIALES

53. El tercer tema es el referente a las escalas magisteriales. El Tribunal Constitucional hace notar que antes de la entrada en vigor de la Ley 29944, existían dos regímenes laborales de los profesores de la carrera pública:
- En primer lugar, se tiene el régimen de la Ley 24029, del Profesorado, publicada el 15 de diciembre de 1984. En ella, la carrera magisterial estaba compuesta por cinco (5) niveles.
 - No hace mucho, se instauró el régimen de la Ley 29062, de la Carrera Magisterial, publicada el 12 de julio de 2007, la que fue analizada por este Tribunal en la STC 0025-2007-PI/TC y otros, y que regiría paralelamente a la Ley 24029. La carrera magisterial también estaba constituida por cinco niveles, diferenciándose de la ley anterior en los años de servicios requeridos para el ascenso de nivel y la existencia de una evaluación para su ingreso.
 - En la actualidad rige la Ley 29944, de la Reforma Magisterial, publicada el 25 de noviembre de 2012, algunas de cuyas disposiciones están siendo impugnadas. Ahora, la carrera magisterial está compuesta por ocho (8) escalas magisteriales y unifica los regímenes establecidos por la Ley 24029 y la Ley 29062.
54. Los demandantes cuestionan que se hayan reconocido ocho escalas, y ya no cinco, y cuál ha sido el mecanismo utilizado para migrar a los profesores ubicados en las escalas establecidas en las Leyes 24029 y 29062.

135

A.3.A. DETERMINACIÓN DE OCHO ESCALAS

55. En primer lugar, se ha objetado la constitucionalidad del artículo 11 de la Ley 29944, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 11.- La Carrera Pública Magisterial está estructurada en ocho (8) escalas magisteriales y cuatro (4) áreas de desempeño laboral. Las escalas magisteriales y el tiempo mínimo de permanencia en cada una de estas son: a) Primera Escala Magisterial: Tres (3) años. b) Segunda Escala Magisterial: Cuatro (4) años. c) Tercera Escala Magisterial: Cuatro (4) años. d) Cuarta Escala Magisterial: Cuatro (4) años. e) Quinta Escala Magisterial: Cinco (5) años. f) Sexta Escala Magisterial: Cinco (5) años. g) Séptima Escala Magisterial: Cinco (5) años. h) Octava Escala Magisterial: Hasta el momento del retiro de la carrera. En el caso de los profesores que laboran en instituciones

educativas ubicadas en áreas calificadas como rurales o zonas de frontera, se reduce en un año la permanencia para postular a la cuarta, quinta, sexta, séptima y octava escalas magisteriales.

56. Los accionantes alegan que el mencionado artículo introduce condiciones que resultan perjudiciales o menos beneficiosas para los docentes provenientes de la Ley 24029, puesto que, a efectos del ascenso, agrega tres escalas en comparación con la ley anterior, lo cual vulneraría el principio laboral de condición más beneficiosa al trabajador. Por su parte, el emplazado mantiene que tal principio no resulta aplicable, puesto que en el ordenamiento jurídico nacional está permitido que el legislador, en ejercicio de su discrecionalidad, modifique la legislación en materia laboral dentro de lo constitucionalmente posible.
57. Sostienen que la nueva estructura de la carrera pública magisterial, compuesta por ocho escalas, vulnera el principio de condición más beneficiosa, pues, en su opinión, si por ejemplo existían docentes que ocupaban los niveles superiores de la escala, tras la entrada en vigencia de la ley, ahora sólo ocuparán niveles intermedios. A juicio del Tribunal, la nueva regulación no vulnera el principio de condición más beneficiosa, ya que este principio hace referencia a las condiciones laborales obtenidas independientemente de cualquier fuente normativa; y tampoco vulnera los supuestos derechos adquiridos, por más que esta sea menos favorable para trabajador, pues, como también se ha dicho, nuestro sistema se rige por la teoría de los hechos cumplidos y no por la teoría de los derechos adquiridos. En tal sentido, incluso si la decisión legislativa respecto al número de escalas pudiera resultar criticable, por ser excesiva o inconveniente, sin duda, esto no la hace inconstitucional.
58. Por las razones expuestas, el Tribunal debe desestimar la demanda en este extremo.

136

A.3.B. MIGRACIÓN ENTRE LAS DIFERENTES ESCALAS MAGISTERIALES

59. Se ha cuestionado el primer párrafo de la Primera Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley 29944, cuyo texto es el siguiente:

Primera Disposición Complementaria, Final y Transitoria.- Los profesores nombrados, pertenecientes al régimen de la Ley 24029, comprendidos en los niveles magisteriales I y II, son ubicados en la primera escala magisterial, los del III nivel magisterial en la segunda escala magisterial, y los comprendidos en los niveles magisteriales IV y V son ubicados en la tercera escala magisterial a que se refiere la presente Ley.

A.3.b.1 La ubicación de los docentes en las escalas inferiores

60. Los accionantes refieren que esta disposición atenta contra la dignidad de los profesores provenientes de la Ley 24029, pues se les somete a un trato humillante o degradante al trasladarlos del nivel superior alcanzado mediante la derogada Ley 24029, a las escalas inferiores de la Ley 29944; es decir, se les reduce o rebaja de nivel sin tener en cuenta sus años de servicio o los cargos alcanzados, lo cual vulnera el principio de dignidad del trabajador (artículo 23 de la Constitución). Agregan que se trata de una medida innecesaria en tanto existen otras formas de asegurar la idoneidad del docente, sin degradarlo o afectarlo en sus derechos. El emplazado, por su parte, sostiene que el primer párrafo de la Primera Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley bajo análisis sería constitucional, pues no degrada al docente ni lesiona su dignidad, sino que meramente reemplaza el régimen regulado por la Ley 24029 por uno nuevo, a través de la sucesión normativa. Asimismo, agrega que la disposición impugnada contiene mecanismos orientados a promover la promoción del docente conforme a sus méritos y a su antigüedad en el cargo.
61. En los términos expuestos, el Tribunal Constitucional advierte que por virtud del primer párrafo de la Primera Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley 29944, los profesores de los cinco niveles magisteriales de la Ley 24029 serán ubicados en las tres primeras escalas magisteriales de la Ley 29944, de la siguiente manera: (i) los profesores comprendidos en los niveles magisteriales I y II de la Ley 24029 se ubican en la primera escala magisterial de la Ley 29944; (ii) los profesores del nivel magisterial III de la Ley 24029 se ubican en la segunda escala magisterial de la Ley 29944; y, (iii) los profesores de los niveles magisteriales IV y V de la Ley 24029 se ubican en la tercera escala magisterial de la Ley 29944.
62. Este Tribunal, en los fundamentos 71 a 80 de la STC 0020-2012-PI/TC, desarrolló el contenido del principio de dignidad del trabajador y su protección abstracta en sede constitucional. Allí, este Tribunal, tras esclarecer que el artículo 1 y el tercer párrafo del artículo 23 de la Constitución se refieren a un contenido común, como es el respeto de la dignidad de la persona en el ámbito de una relación laboral, concluyó que “la migración de los profesores de los cinco niveles magisteriales de la Ley 24029 a las tres primeras escalas de la Ley 29944 no constituye un acto que implique tratar como objeto a la persona del profesor (trabajador) y el desprecio de su condición de ser humano. Por el contrario, lo que realiza la ley objetada (...), es una reestructuración total de la carrera magisterial sobre la base de criterios razonables y justificados tales como el mérito y la

capacidad de los docentes, por la que los profesores de la Ley 24029 han visto modificado sólo su status laboral mas no su actividad funcional” (fundamento 80). También se explicó que la propia ley prevé facilidades o mecanismos que hacen posible la promoción permanente de los profesores, tanto ordinaria como extraordinaria; eso sí, regida por criterios meritocráticos (mérito personal y capacidad profesional (fundamento 76). Sobre esta base, este Tribunal confirmó la constitucionalidad por el fondo del primer párrafo de la Primera Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley 29944.

63. Dado que se ha emitido pronunciamiento desestimatorio respecto de argumentos y fundamentos de fondo sustancialmente iguales a los ahora planteados, existe cosa juzgada sobre esta materia (fundamento 6 de la STC 0025-2005-PI/TC), por lo que este extremo de la demanda de inconstitucionalidad debe ser declarado improcedente, conforme prevé el artículo 104.2 del Código Procesal Constitucional.

A.3.b.2 La ubicación desigual en las escalas magisteriales

64. A criterio de los demandantes, el primer párrafo de la Primera Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley 29944 es inconstitucional, pues rebaja o reduce de nivel a los profesores de la Ley 24029 en comparación con la Cuarta Disposición Complementaria, Transitoria y Final de dicha ley, que sube o asciende automáticamente en una escala a los profesores provenientes de la Ley 29062. Consideran que esto es discriminatorio, pues no es posible que se otorgue un trato diferenciado entre los profesores que pertenecen a la misma carrera magisterial (artículos 2.2 y 26.1 de la Constitución). Por su parte, el demandado sostiene que el trato diferenciado entre los profesores provenientes de los regímenes de las Leyes 24029 y 29062 no es discriminatorio, en tanto busca crear un régimen laboral único dentro de la carrera pública magisterial inspirado en el principio meritocrático, por lo que se trata de una intervención legítima en el principio-derecho de igualdad.
65. El Tribunal observa que el tratamiento que da la Ley 29944 a los profesores provenientes de la Ley 24029 y a los de la Ley 29062 es distinto: (i) los profesores comprendidos en el I, II, III, IV y V nivel magisterial de la Ley 24029 serán ubicados en las tres primeras escalas magisteriales de la Ley 29944, como sigue: los profesores comprendidos en el I y II nivel magisterial son ubicados en la Primera Escala Magisterial; los del III nivel magisterial en la Segunda Escala Magisterial; y los comprendidos en el IV y V nivel magisterial son ubicados en la Tercera Escala Magisterial; y, (ii) los profesores comprendidos en el I, II, III, IV y V nivel magisterial de la Ley 29062 serán ascendidos, respectivamente, a la

segunda, tercera, cuarta, quinta y sexta escalas magisteriales de la Ley 29944, que establece ocho escalas magisteriales.

66. Este Tribunal, en los fundamentos de la precitada STC 0020-2012-PI/TC, destacó que si bien la demanda fue planteada contra la Cuarta Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley 29944 (“Los profesores comprendidos en el I, II, III, IV y V nivel magisterial de la Ley 29062 son ubicados respectivamente en la segunda, tercera, cuarta, quinta y sexta escalas magisteriales de la presente Ley”), a través de una revisión más específica de los argumentos expuestos, concluyó que dicha disposición realmente no estaba siendo cuestionada, sino que únicamente se exhibía como un elemento de justificación de la afectación al derecho a la igualdad.
67. Asimismo, tras apuntar que si bien era cierto que se trataba de dos situaciones jurídicas diferenciadas, en la precita sentencia se concluyó que el término de comparación propuesto resultaba inválido o inidóneo, pues “no existe identidad esencial o carácter común entre la situación jurídica en la que se encuentra el objeto del juicio de igualdad (el ingreso de los profesores de la Ley 24029 a la carrera magisterial mediante mecanismos distintos al concurso público de méritos) y la situación jurídica propuesta como término de comparación, constituida por el ingreso de los profesores de la Ley 29062 a la carrera magisterial mediante concurso público de méritos. En esta línea argumentativa, siendo distinto el régimen jurídico al cual uno y otros regímenes magisteriales se encontraron sometidos, el uno no puede servir como término de comparación para analizar la corrección del trato que recibe el otro” (fundamentos 94 y 95). Sobre esta base, este Tribunal confirmó la constitucionalidad por el fondo del primer párrafo de la Primera Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley 29944 y, por tanto, desestimó la demanda.
68. Dado que este Tribunal ha emitido pronunciamiento desestimatorio respecto de argumentos y fundamentos de fondo sustancialmente iguales a los ahora planteados, existe cosa juzgada sobre la materia objeto de debate, por lo que este extremo de la demanda debe ser declarado improcedente, conforme lo prevé el artículo 104.2 del Código Procesal Constitucional.

A.4. RECONOCIMIENTO DE SERVICIOS

69. Los demandantes sostienen que el artículo 134.4 del Decreto Supremo 004-2013-ED, Reglamento de la Ley 29944, es inconstitucional, porque no reconoce los servicios de los profesores contratados con resoluciones de reconocimiento de pago, los servicios prestados en instituciones educativas particulares, los servicios ad honorem ni los prestados como personal administrativo. La parte emplazada no emite pronunciamiento alguno sobre este extremo.

70. Planteadas así las cosas, se advierte que la objeción propuesta radica en que el Reglamento de la Ley 29944 sería inconstitucional por no reconocer el tiempo de servicios prestados por los docentes comprendidos en los supuestos antes mencionados (artículo 134.4 del Decreto Supremo 004-2013-ED). Al respecto, este Tribunal considera que este extremo de la demanda debe ser desestimado de plano, pues el proceso de inconstitucionalidad procede exclusivamente contra normas con rango de ley (artículo 200.4 de la Constitución y artículo 77 del Código Procesal Constitucional), entre las que no se encuentran los reglamentos aprobados mediante decreto supremo, que tienen rango infra legal y tampoco existe entre esta y la ley relación de consecuencias.
71. No obstante, esta decisión no impide que los demandantes cuestionen la constitucionalidad del referido reglamento a través de una demanda dentro del proceso popular, que, por mandato del artículo 200.5 de la Constitución y el artículo 76 del Código Procesal Constitucional, es la vía idónea para ejercer el control constitucional sobre normas con rango infra legal.

B. EL RÉGIMEN ECONÓMICO MAGISTERIAL

- 140
72. El segundo grupo de temas que se ha cuestionado tiene que ver con las provisiones económicas desarrolladas por la Ley 29944, de Reforma Magisterial, tanto en lo que se refiere al presupuesto asignado al magisterio como en lo que concierne al monto de las remuneraciones establecidas a favor de los profesores.

B-1. PRESUPUESTO ASIGNADO AL MAGISTERIO

73. En opinión de los demandantes, la Ley 29944 realiza un trato discriminatorio contra el magisterio, pues el Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013 le asigna un monto de dinero inferior a los catorce mil millones de soles que destina a la implementación de reformas salariales y previsionales en las Fuerzas Armadas, así como en la Policía Nacional. Por su parte, el demandado sostiene que este argumento debe desestimarse porque fue la Ley 29951, y no la Ley 29944 -cuestionada a través del presente proceso de inconstitucionalidad- la que asignó los fondos referidos.
74. Al respecto, este Tribunal advierte que, efectivamente, a partir del correspondiente auto de admisibilidad, la presente causa fue interpuesta para cuestionar la constitucionalidad de la Ley 29944, mas no la de la Ley 29951.
75. Por consiguiente, el pedido debe rechazarse, en tanto está dirigido exclusivamente a cuestionar la Ley 29951.

B-2. MONTO REMUNERATIVO DE LOS PROFESORES

B.2.A. AUSENCIA DE REGULACIÓN DEL MONTO ESPECÍFICO DE LAS REMUNERACIONES

76. Los accionantes denuncian la inconstitucionalidad de la Ley 29944, por cuanto no menciona en forma expresa o implícita la cantidad que debe percibir un profesor como RIM, así como el subsidio por luto y sepelio, y porque no establece si los profesores tienen derecho o no a las gratificaciones de julio y diciembre, a las asignaciones por escolaridad, entre otros conceptos. Corresponde al Tribunal, por tanto, dilucidar si la ley impugnada incurre o no en el supuesto de exclusión arbitraria o discriminatoria de un beneficio en perjuicio de los demandantes.
77. Este Tribunal considera que no hay disposición constitucional alguna de la que se desprenda la obligación de que la Ley 29944 -que establece el marco normativo de la relación laboral entre el Estado y los profesores que prestan servicios para él- deba, como pretenden los accionantes, determinar en números la cantidad que debe percibir el profesor de la carrera magisterial como RIM, así como el subsidio por luto y sepelio, o reconocer las gratificaciones de julio y diciembre así como las asignaciones por escolaridad. Por tanto, no se puede concluir que esta excluye o desconoce de manera arbitraria algún beneficio de los docentes.
78. La ausencia de regulación en dicho sentido no supone que la ley impugnada haya incurrido en un supuesto de inconstitucionalidad por omisión, pues, en el caso de las gratificaciones de julio y diciembre y la asignación por escolaridad, se advierte que éstas se encuentran reconocidas, en términos generales, por el artículo 55 de la Ley 29944, que puntualiza “las remuneraciones, aguinaldos y asignaciones en la Carrera Pública Magisterial son determinadas por el Poder Ejecutivo”. Dicha disposición legal ha sido desarrollada por el propio Reglamento de la Ley 29944, al establecer el pago de los aguinaldos por Fiestas Patrias y Navidad, así como la bonificación por escolaridad (artículo 124.d, 132 y 133 del Decreto Supremo 004-2013-ED), por lo que en este extremo la demanda también debe ser desestimada.

141

B.2.B REMUNERACIÓN ÍNTEGRA MENSUAL – RIM Y BONIFICACIÓN POR PREPARACIÓN DE CLASES

79. De otro lado, se ha impugnado la constitucionalidad del artículo 56 de la Ley bajo análisis, que literalmente establece:

Artículo 56.- El profesor percibe una remuneración íntegra mensual de acuerdo a su escala magisterial y jornada de trabajo. La remuneración íntegra mensual comprende las horas de docencia en el aula, preparación de clases y evaluación, actividades extracurriculares complementarias, trabajo

con las familias y la comunidad y apoyo al desarrollo de la institución educativa. Adicionalmente, el profesor puede recibir asignaciones temporales que se otorgan por los siguientes conceptos: a) Ejercicio de cargos de responsabilidad en las diferentes áreas de desempeño: directivos, especialistas, capacitadores y jerárquicos. b) Ubicación de la institución educativa: ámbito rural y de frontera. c) Característica de la institución educativa: unidocente, multigrado o bilingüe. La remuneración íntegra mensual, las asignaciones temporales y cualquier otra entrega económica a los profesores deben estar registradas en el Aplicativo Informático para el Registro Centralizado de Planillas y de datos de los Recursos Humanos del Sector Público del Ministerio de Economía y Finanzas.

- 142
80. Se sostiene que el artículo 56 de la Ley 29944 es inconstitucional pues, al considerar el concepto de preparación de clases y evaluación como parte de la remuneración íntegra mensual, no se reconoce a los docentes un monto adicional equivalente al 30% de la misma, como lo reconocía para dicho concepto la Ley 24029, lo cual afecta el principio de progresividad de los derechos laborales. El Congreso de la República, por su parte, alega que el referido principio de progresividad es inaplicable al presente caso, puesto que la composición de la RIM, prevista en el artículo 56 de la Ley 29944, no afecta la vigencia de los derechos o garantías que integran el ordenamiento constitucional, y agrega que aceptar la tesis de la parte demandante equivaldría a introducir veladamente en el ordenamiento jurídico peruano la tesis de los derechos adquiridos.
 81. Por mandato de la Constitución, una ley debe ser la encargada de establecer los derechos y obligaciones de los docentes de la carrera pública magisterial (artículo 15). La cuestión sobre cuáles son o deberían ser los derechos u obligaciones no forma parte de lo que es constitucionalmente necesario (lo que está ordenado por la Constitución), sino que se encuentra dentro de lo que es constitucionalmente posible (lo que está confiado a la discrecionalidad del legislador democrático, con los límites que la propia Constitución impone). Sobre esta base, el legislador, en ejercicio de su facultad constitucional ha incorporado, en el artículo 56 de la ley impugnada, el concepto de preparación de clases y evaluación como parte de la remuneración mensual íntegra – RIM, debido a que se trata de un rubro inseparable de la función docente.
 82. En ese sentido, este Tribunal considera que la incorporación del concepto de preparación de clases y evaluación a la RIM de la Ley 29944 y la correspondiente derogación del bono de 30% de la remuneración que, por este mismo concepto otorgaba la Ley 24029, no constituye una medida regresiva tendiente a debilitar

o menoscabar la vigencia de los derechos remunerativos o sociales de los profesores. Esta es una opción de desarrollo legislativo válido que tiene por finalidad incorporar las actividades de preparación de clases y evaluación educativa, que son inseparables de la función docente, a la remuneración o contraprestación que les corresponde a los integrantes de la carrera pública magisterial. El Tribunal resalta que, por su naturaleza, el bono -a diferencia de la remuneración- no constituye una contraprestación por las labores ordinarias del trabajador, sino un beneficio adicional destinado a compensar labores excepcionales o circunstancias de trabajo especiales, como efectivamente ocurre con las asignaciones temporales previstas en la Ley 29944.

83. Por consiguiente, carece de fundamento alegar que es inconstitucional el artículo 56 de la Ley 29944, por dejar de contemplar el bono equivalente al 30% de la remuneración total previsto en la derogada Ley 24029, puesto que la exigencia del referido beneficio no brota de un mandato constitucional concreto, sino que depende de la razonable discrecionalidad del legislador en el marco de lo constitucionalmente posible. Por lo demás, considerar que se deba reconocer un monto equivalente al 30% de la RIM por concepto de preparación de clases y evaluación, como pretenden los demandantes, llevaría a admitir que es aplicable la aplicación ultractiva de las normas laborales y la vigencia de la teoría de los derechos adquiridos que, como ya se ha dicho, en línea de principio no es de recibo en el ordenamiento jurídico peruano. Por todo ello, debe desestimarse la demanda en este extremo.

143

B.2.C. REDUCCIÓN DE LA REMUNERACIÓN ÍNTEGRA MENSUAL

84. Los demandantes afirman que la RIM que percibe un profesor, según la escala remunerativa que establece el Decreto Supremo 290-2012-EF, es pequeña o diminuta y no cubre los gastos básicos de alimentación, vestido, vivienda o salud, educación y recreo del profesor y de su familia, vulnerando el derecho a percibir una remuneración equitativa y suficiente, previsto en el artículo 24 de la Constitución. Tal argumento no es compartido por el demandado, quien arguye que la Ley 29944 no puede vulnerar dicho derecho, pues no fija monto alguno de contraprestación, limitándose por el contrario a indicar que los maestros recibirán una 'remuneración íntegra mensual'.
85. Al respecto, por idéntica razón a la expresada *supra* en relación al Decreto Supremo 004-2013-ED, este Tribunal considera que también este extremo de la demanda debe ser desestimado, puesto que el proceso de inconstitucionalidad no procede contra reglamentos aprobados mediante decreto supremo.

B.2.D REMUNERACIÓN DE LOS PROFESORES CONTRATADOS

86. Asimismo, se ha cuestionado el artículo 78 de la Ley 29944, que prescribe:

Artículo 78.- El Poder Ejecutivo, a propuesta del Ministerio de Educación, determina la remuneración del profesor contratado. Esta remuneración puede alcanzar hasta el valor establecido para la primera escala magisterial. En el caso de los profesores que laboren menos de la jornada de trabajo, dicho pago se realiza en forma proporcional a las horas contratadas.

87. Los demandantes aducen que la disposición legal mencionada permite que la remuneración mensual del profesor contratado, sea inferior o igual al valor de lo que corresponde a un docente de la primera escala magisterial, vulnerando así el derecho-principio de igualdad, pese a que éste realiza el mismo trabajo en el mismo número de horas que un profesor de la carrera pública magisterial. El demandado, por su parte, argumenta que esta disposición legal no es discriminatoria, puesto que establece un trato diferenciado entre dos grupos de docentes que, objetivamente, se encuentran en una situación jurídica distinta.

144 88. Al respecto, cabe resaltar que, según establece la Constitución “Toda persona tiene derecho: (...) A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole” (artículo 2.2), disposición que resulta aplicable a la situación de los profesores contratados en virtud de la Ley 29944, en vista de que en la relación laboral se debe respetar el principio de “Igualdad de oportunidades sin discriminación” (artículo 26.1).

89. Sobre el particular, en la presente sentencia ya se han hecho algunas anotaciones para analizar el objeto de regulación de la ley impugnada, pero es preciso profundizar algo más en este derecho-principio. Este Tribunal, en constante jurisprudencia, ha afirmado que la igualdad “(...) ostenta una doble condición, de principio y de derecho fundamental. En cuanto principio, constituye el enunciado de un contenido material objetivo que, en tanto componente axiológico del fundamento del ordenamiento constitucional, vincula de modo general y se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico. En cuanto derecho fundamental, constituye el reconocimiento de un auténtico derecho subjetivo, esto es, la titularidad de la persona sobre un bien constitucional, la igualdad, oponible a un destinatario. Se trata de un derecho a no ser discriminado por razones proscritas por la propia Constitución (origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) o por otras (‘motivo’, ‘de cualquier otra índole’) que,

jurídicamente, resulten relevantes” (fundamento 20 de la STC 0045-2004-AI/TC; fundamento 7 de la STC 0019-2010-PI/TC, entre otras). Igualmente, este Tribunal ha recordado que el principio de igualdad no supone necesariamente un tratamiento homogéneo pues de hecho es constitucionalmente lícito el trato diferenciado cuando éste se encuentra justificado, y ha precisado que existirá una discriminación cuando para supuestos iguales se hayan previsto consecuencias jurídicas distintas, o cuando se haya realizado un trato semejante a situaciones desiguales y siempre que, para cualquiera de los dos casos, se carezca de justificación (fundamento 10 de la STC 0007-2003-AI/TC; fundamento 43 de la STC 0015-2011-PI/TC, entre otras).

90. Al desarrollarse la estructura del test de proporcionalidad aplicado al principio de igualdad, se ha dejado sentado que dicha evaluación ha de realizarse analizando los siguientes presupuestos: (a) la determinación del tratamiento legislativo diferente (la intervención en la prohibición de discriminación); (b) la determinación de la ‘intensidad’ de la intervención en la igualdad; (c) la determinación de la finalidad del tratamiento diferente (objetivo y fin); (d) el examen de idoneidad; (e) el examen de necesidad; y, (f) el examen de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.
91. Así las cosas, el Tribunal debe determinar si el tratamiento distinto establecido en la disposición legal impugnada debe considerarse una intervención en el derecho a la igualdad. Al respecto, se ha dicho que “la intervención consiste en una restricción o limitación de derechos subjetivos orientada a la consecución de un fin del poder público. En tanto supone una relación finalista, la intervención del legislador aparece como opción legislativa, un medio del que aquél se sirve para la obtención de un fin. La intervención en la igualdad consiste en la introducción de un trato diferenciado a los destinatarios de la norma que, en cuanto medio, está orientada a la consecución de un fin y que, *prima facie*, aparece como contraria a la prohibición de discriminación” (fundamento 34 de la STC 0045-2004-AI/TC).
92. Para determinar la existencia de una diferenciación jurídicamente relevante debe constatar que se aplica diferente trato a quienes se encuentran en condiciones iguales, o un trato homogéneo a quienes se encuentran en diferente condición. En otras palabras, la identificación del tratamiento diferenciado debe realizarse mediante la comparación entre el objeto, el sujeto, la situación o la relación que se cuestiona y otro identificable desde el punto de vista fáctico o jurídico, pero al que se le asigna diferente consecuencia, que viene a constituir lo que se denomina término de comparación (*tertium comparationis*).

93. Este término de comparación debe presentar una situación jurídica o fáctica que comparta una esencial identidad, en sus propiedades relevantes, con el trato que se denuncia. Al respecto, este Tribunal en anteriores oportunidades ha dejado establecido que “entre lo que se compara y aquello con lo cual éste es comparado, han de existir cualidades, caracteres, rasgos o atributos comunes. La inexistencia de caracteres comunes entre el trato que se cuestiona y la situación que se ha propuesto como término de comparación, impide que se pueda determinar una intervención sobre el principio-derecho de igualdad (...). Por ello, es tarea de quien cuestiona una infracción a dicho derecho proceder con su identificación, así como con la aportación de razones y argumentos por las que éste debería considerarse como un *tertium comparationis* válido e idóneo (...). Y puesto que de la validez e idoneidad del término de comparación depende la determinación (o no) de una intervención al mandato de prohibición de discriminación, su análisis se presenta como un *prius* a la determinación de su lesividad” (fundamento 32 de la STC 0035-2010-PI/TC).
94. El artículo 78 de la Ley 29944 preceptúa que “El Poder Ejecutivo, a propuesta del Ministerio de Educación, determina la remuneración del profesor contratado. Esta remuneración puede alcanzar hasta el valor establecido para la primera escala magisterial. En el caso de los profesores que laboren menos de la jornada de trabajo, dicho pago se realiza en forma proporcional a las horas contratadas”. De lo anterior, se advierte que la regulación contenida en el artículo 78 de la Ley 29944 se refiere fundamentalmente a la remuneración mensual de los profesores contratados, cuyo monto puede alcanzar hasta el valor establecido para la primera escala magisterial.
95. Así pues, la regulación en los términos expuestos configura dos situaciones jurídicas diferenciadas; por un lado, la situación jurídica de los profesores contratados, quienes no pertenecen a la carrera pública magisterial y cuya remuneración puede alcanzar hasta el valor establecido para los de la primera escala magisterial. Y, por otro lado, la situación jurídica de los profesores que pertenecen a la carrera pública magisterial que perciben una remuneración mensual de acuerdo con su escala magisterial y jornada de trabajo.
96. Vista así las cosas, este Tribunal observa que el término de comparación con el que se ha sugerido que deba analizarse el trato que se reputa incompatible con el derecho de igualdad, resulta inválido. La situación jurídica que funciona como término de comparación es la disposición que establece que los profesores que pertenecen a la carrera pública magisterial perciben una remuneración mensual de acuerdo con su escala magisterial y jornada de trabajo, cuyo ingreso a la carrera magisterial se produjo por concurso público de méritos desarrollado en dos

etapas: la primera a cargo del Ministerio de Educación y la segunda a cargo de la institución educativa correspondiente (artículo 19 de la Ley 29944). Dicha situación jurídica no resulta asimilable a los profesores contratados, aun cuando estos estén sujetos a concurso público, porque el proceso de selección que deben pasar es distinto del proceso al cual se someten los que pertenecen a la carrera magisterial (artículo 76 de la Ley 29944).

97. Por ello, a juicio de este Tribunal, no es idóneo el término de comparación propuesto. La distinta situación jurídica a la cual uno y otro grupo de profesores se encuentran sometidos, no puede servir como término de comparación para analizar la corrección del trato que recibe el otro. Por tanto, al no ser idóneo el término de comparación propuesto, la demanda también debe ser desestimada en este extremo.

C. LA CARRERA MAGISTERIAL COMO FUNCIÓN PÚBLICA

98. Aun cuando el derecho de acceso a la función pública en condiciones de igualdad no se encuentra expresamente reconocido en el catálogo de derechos, este forma parte de nuestro ordenamiento constitucional. No sólo porque se trata de una proyección específica del principio-derecho a la igualdad previsto en el artículo 2.2 de la Constitución, sino porque, además, se encuentra expresamente reconocido en los tratados internacionales de derechos humanos de los que el Estado peruano es parte (artículo 25.c del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y artículo 23.1.c de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). En ese sentido, este Tribunal ha expresado que, en líneas generales, el contenido de este derecho incluye acceder o ingresar en la función pública, ejercerla plenamente, ascender en la función pública y contar con condiciones iguales de acceso (fundamento 43 de la STC 0025-2005-PI/TC).
99. Sobre la base del contenido de ese derecho se debe realizar un examen de cuatro ámbitos del desarrollo del profesor en la carrera pública magisterial: su acceso, su ejercicio, su evaluación y la conclusión del vínculo laboral.

147

C.1. ACCESO

100. Los demandantes cuestionan el artículo 18 de la Ley 29944, que detalla los requisitos para postular a la carrera pública magisterial. En ese sentido, con la finalidad de evaluar la constitucionalidad de la disposición normativa referida *supra*, este Tribunal debe, en primer lugar, precisar la conexión que existe entre el derecho de acceder a la función pública docente y el derecho a la educación y su naturaleza, para luego analizar los supuestos específicos impugnados.

101. En cuanto al contenido específico del acceso a la función pública, este Tribunal ha acotado que este derecho no supone que el ciudadano pueda “ingresar sin más al ejercicio de la función pública [...]. Él garantiza la participación en la función pública, pero de conformidad con los requisitos que el legislador ha determinado, requisitos cuya validez está condicionada a su constitucionalidad” (fundamento 46 de la STC 0025-2005-PI/TC). En la misma línea argumentativa, este Tribunal ha advertido que “el acceso a la función pública puede ser restringido en especial por requisitos subjetivos de admisión, cuyo cumplimiento depende de la capacidad laboral de la persona del aspirante, y por requisitos objetivos de admisión, los cuales, prescindiendo de la capacidad laboral del postulante, aparecen necesarios por razones obligatorias de interés público [...]. Tal restricción, empero, habrá de respetar los derechos fundamentales” (fundamento 47 de la STC 0025-2005-PI/TC).
102. Con relación al derecho de acceso a la carrera pública magisterial, el primer párrafo del artículo 15 de la Constitución enuncia que “El profesorado en la enseñanza oficial es carrera pública. La ley establece los requisitos para desempeñarse como director o profesor de un centro educativo, así como sus derechos y obligaciones”. Se trata, el derecho de acceso a la carrera pública magisterial, de un derecho fundamental de configuración legal, en la medida en que corresponde al legislador establecer las condiciones y/o restricciones para su goce. A la ley le compete establecer los requisitos que un profesional debe cumplir para ingresar a la carrera pública magisterial; prefigurar el procedimiento que debe observarse en el proceso de selección; los requisitos para que se pueda desempeñar como profesor; lo relacionado con sus derechos y obligaciones, entre otros, teniendo en cuenta los límites que la Constitución impone.
103. El legislador democrático puede establecer determinados requisitos y/o condiciones en la regulación del acceso a la carrera pública magisterial. Ello, sin embargo, no puede realizarse de manera arbitraria o absolutamente discrecional, al punto de contravenir los límites (expresos e implícitos) impuestos por el propio ordenamiento constitucional, pues los requisitos para el acceso a la carrera pública magisterial deben ser expresos, objetivos, específicos y razonables.

C.1.A REQUISITO DE COLEGIATURA

104. Con relación a los requisitos generales de acceso, el Tribunal Constitucional ya ha tenido oportunidad de pronunciarse en la STC 0019-2012-PI/TC, sobre la invocada inconstitucionalidad por omisión del artículo 18 de la Ley 29944, en relación con el cual se objetó que esta desconociera el requisito de colegiatura

para el ejercicio profesional, incorporado en el artículo 3 de la Ley 25231, que creaba el Colegio de Profesores del Perú (texto vigente según Ley 28198). En aquella ocasión, determinó que la incorporación al Colegio de Profesores del Perú es un requisito para ejercer el cargo, mas no para postular a la carrera pública magisterial, previsión del legislador que no colisiona con la Constitución.

C.1.B REQUISITO DE AUSENCIA DE VIOLENCIA U OBSTRUCCIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

105. El artículo 18 de la ley impugnada desarrolla los requisitos que debe reunir el postulante para poder aspirar a ingresar a la carrera pública magisterial y son estos generales o específicos. Entre los primeros se encuentra el de:
 - i. “No haber sido condenado ni estar incurso en el delito de terrorismo, apología del terrorismo, delito contra la libertad sexual, delitos de corrupción de funcionarios y/o delitos de tráfico de drogas; ni haber incurrido en actos de violencia que atenten contra los derechos fundamentales de la persona y contra el patrimonio, así como haber impedido el normal funcionamiento de los servicios públicos” (Artículo 18, inciso 1, Literal d).
106. Corresponde comenzar tomando en cuenta que el principio de legalidad, que proyecta sus exigencias a todo el ordenamiento jurídico, incluye dentro de su ámbito exigencias como las de existencia de la ley (*lex scripta*); que esta sea anterior al hecho sancionado (*lex praevia*); en algunos casos la prohibición de la analogía (*lex stricta*); y que la ley describa de manera suficiente el supuesto de hecho regulado (*lex certa*).
107. Esta última exigencia, que se conoce como subprincipio de tipicidad o mandato de determinación, exige en concreto que exista una definición lo suficientemente clara o precisa de la conducta que la ley considera como supuesto de hecho regulado. Ello supone la proscripción o eliminación de los preceptos jurídicos totalmente indeterminados o imprecisos.
108. Si bien no es posible alcanzar una completa certeza de la disposición jurídica en todos los casos, esta resulta inadmisibles “cuando ya no permita al ciudadano conocer qué comportamientos están prohibidos y cuáles están permitidos”, pues debe quedar claro que “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 47 de la STC 0010-2002-AI/TC).
109. La disposición del literal d), del inciso 1, del artículo 18 de la ley establece cuatro tipos de requisitos generales distintos:

- a. No haber sido condenado por los delitos de terrorismo, apología del terrorismo, delito contra la libertad sexual, delitos de corrupción de funcionarios y/o delitos de tráfico de drogas;
 - b. No encontrarse “incurso” en los delitos de terrorismo, apología del terrorismo, delito contra la libertad sexual, delitos de corrupción de funcionarios y/o delitos de tráfico de drogas;
 - c. No haber incurrido en actos de violencia que atenten contra los derechos fundamentales de la persona y contra el patrimonio; y
 - d. No haber impedido el normal funcionamiento de los servicios públicos.
110. Este Tribunal Constitucional entiende que la primera fracción resulta clara y precisa. Pretende asegurar la especial protección que dispensa a los niños y adolescentes el artículo 4 de la Constitución, impidiendo que personas condenadas por graves delitos accedan a la carrera pública magisterial.
111. En cuanto a la segunda parte de la disposición, relacionada con la prohibición de postular, dirigida a quienes se encuentren “incursos” en delitos, resulta de una indeterminación que afecta los principios de legalidad y presunción de inocencia, por cuanto no se refiere a momento procesal específico alguno.
112. No se puede determinar si se trata de la mera sindicación, la existencia de una denuncia fiscal o la apertura de proceso, y no puede este Tribunal Constitucional completar la disposición con cualquier contenido que juzgue conveniente, salvo que esos contenidos se deriven de una interpretación conforme con la Constitución, pero esto no es posible en el presente caso.
113. Por lo expuesto corresponde declarar la inconstitucionalidad de los términos “ni estar incurso” conservando el resto de la disposición.
114. En relación con el segundo párrafo del artículo 18.1.d), que proscribe la posibilidad de acceder a la carrera magisterial a quienes hayan incurrido en actos de violencia que atenten contra los derechos fundamentales de la persona y contra el patrimonio, así como haber impedido el normal funcionamiento de los servicios públicos.
115. En efecto, el enunciado normativo tercero que exige “[no] haber incurrido en actos de violencia que atenten contra los derechos fundamentales de la persona y contra el patrimonio” supone la comisión de un delito, habiendo recibido la consecuente condena.
116. Este Tribunal Constitucional advierte que, en el Estado constitucional y democrático de Derecho, los actos de violencia contra los derechos fundamentales o

el patrimonio que reúnen la entidad suficiente como para excluir a un ciudadano de la posibilidad de acceder a la carrera pública, son aquellos de naturaleza particularmente grave. Tales ilícitos, a juicio de este Tribunal, solo podrán ser aquellos que ostenten naturaleza delictiva y que se hallan taxativamente descritos en la Ley Penal. Con lo cual se afirma que el enunciado dispositivo “ni haber incurrido en actos de violencia que atenten contra los derechos fundamentales de la persona y contra el patrimonio” debe ser interpretado en el sentido de que se halla referido a “actos de violencia” que constituyan delitos contra los “derechos fundamentales de la persona” o contra “el patrimonio”, y que hayan sido materia de una sentencia condenatoria.

117. De otro lado, respecto a la última parte, relacionada con “[no] haber impedido el normal funcionamiento de los servicios públicos” este Tribunal advierte que la expresión “normal funcionamiento” es una formulación que, como en el caso anterior, debe ser interpretada como consecuencia de la sanción de acciones de naturaleza delictiva que afecten los servicios públicos; puesto que solo la condena por ilícitos de tal gravedad permitiría excluir a un ciudadano de la posibilidad de acceder a la carrera pública.
118. De lo expuesto se deriva que el enunciado dispositivo “[no] haber impedido el normal funcionamiento de los servicios públicos”, debe ser interpretado en el sentido de que exista condena por ilícitos penales que impliquen afectación a los servicios públicos y que hayan sido materia de una sentencia condenatoria.
119. Por las razones expuestas corresponde:
 - a. Declarar fundada la demanda respecto de la prohibición de que postulen personas que se encuentren “incursas” en los delitos de terrorismo, apología del terrorismo, delito contra la libertad sexual, delitos de corrupción de funcionarios y/o delitos de tráfico de drogas;
 - b. Desestimar la demanda respecto de la prohibición de que postulen personas condenadas por los delitos de terrorismo, apología del terrorismo, delito contra la libertad sexual, delitos de corrupción de funcionarios y/o delitos de tráfico de drogas;
 - c. Desestimar la demanda respecto del segundo párrafo del artículo 18.1.d) debiendo interpretarse que cuando establece “(...) ni haber incurrido en actos de violencia que atenten contra los derechos fundamentales de la persona y contra el patrimonio, así como haber impedido el normal funcionamiento de los servicios públicos”, debe interpretarse que se refiere a actos de violencia que hayan sido materia de una sentencia condenatoria penal firme.

C.2. EJERCICIO

120. También se han impugnado determinadas disposiciones legislativas por violación de los derechos a la libertad sindical, presunción de inocencia y debido proceso en el régimen disciplinario.

C.2.A RECONOCIMIENTO DE REPRESENTACIÓN SINDICAL

121. En primer término, se ha objetado la constitucionalidad del artículo 71.a.9 de la Ley 29944, cuyo tenor es el siguiente:

Artículo 71.- La licencia es el derecho que tiene el profesor para suspender temporalmente el ejercicio de sus funciones por uno (1) o más días. Las licencias se clasifican en: a) Con goce de remuneraciones [...]. a.9. Por representación sindical, de acuerdo a las normas establecidas por el Ministerio de Trabajo.

122. Los accionantes afirman que sería inconstitucional, por vulnerar el derecho a la libertad sindical, la interpretación del artículo 71.a.9 de la ley, según la cual las licencias con goce de haber solo corresponden a los dirigentes sindicales del ámbito nacional, y no a los de la esfera regional y provincial. Por ello, solicitan al Tribunal Constitucional que interprete este artículo y explicité que dichas licencias por representación sindical con goce de remuneraciones no corresponden únicamente a los dirigentes gremiales, regionales y provinciales. La parte demandada manifiesta que la disposición legal bajo análisis no representa riesgo alguno para el derecho de libertad sindical, toda vez que realiza una remisión válida a las normas pertinentes que fijan los alcances de las licencias y los permisos sindicales en armonía con las exigencias constitucionales e internacionales sobre la materia.
123. Al respecto, este Tribunal considera pertinente recalcar que, de acuerdo con el artículo 55 y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, los instrumentos internacionales ratificados por el Perú forman parte del derecho nacional y constituyen cláusulas hermenéuticas conforme a las cuales deben interpretarse los derechos y garantías reconocidos por la Constitución. Así pues, el artículo 42 de la Constitución reconoce que los servidores públicos gozan de los derechos de sindicación y huelga. Por su parte, el artículo 6 del Convenio 151 de la OIT, que regula los alcances de la libertad sindical frente a los trabajadores del sector público, establece que: “1. Deberán concederse a los representantes de las organizaciones reconocidas de empleados públicos facilidades apropiadas para permitirles el desempeño rápido y eficaz de sus funciones

durante sus horas de trabajo o fuera de ellas. 2. La concesión de tales facilidades no deberá perjudicar el funcionamiento eficaz de la administración o servicio interesado”.

124. En ese sentido, resulta evidente que todos los funcionarios públicos sindicalizados –incluyendo, como es obvio, los profesores que integran la carrera pública magisterial– tienen derecho a solicitar o exigir las facilidades necesarias y apropiadas para desempeñar a cabalidad sus funciones gremiales –por ejemplo, las licencias con goce de remuneraciones– durante sus horas de trabajo o fuera de ellas, siempre que tales medidas sean razonables y no menoscaben el correcto funcionamiento de las instituciones en las que laboren. Bajo estas consideraciones, no puede tratarse igual a dirigentes que cumplen actividades sindicales distintas, según el alcance de su representación –local, regional o nacional– (artículo 7 de Decreto Supremo 010-2003-TR, Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo), máxime si las licencias sindicales para el caso de los trabajadores del sector público ha sido reguladas por los artículos 62 y ss. del Decreto Supremo 040-2014-PCM, Reglamento General de la Ley 30057, del Servicio Civil.
125. Por ello, a juicio de este Tribunal es necesario conferir un sentido interpretativo al artículo 71.a.9 de la Ley 29944, que precise que el derecho de recibir una licencia sindical con goce de remuneraciones, a partir de una interpretación de la Constitución conforme al referido Convenio 151 de la OIT, les asiste a todos los dirigentes sindicales por el tipo de actividad que realicen, según lo requieran, dentro de lo razonable y en proporción del ámbito territorial y demás factores que deberá considerar el reglamento.

153

C.2.B. MEDIDAS PREVENTIVAS

126. También se ha impugnado la constitucionalidad del artículo 44 de la Ley 29944 que tiene el siguiente enunciado normativo:

Artículo 44.- El director de la institución educativa separa preventivamente al profesor y da cuenta al Director de la Unidad de Gestión Educativa Local (UGEL) correspondiente, cuando exista una denuncia administrativa o judicial contra este, por los presuntos delitos de violación contra la libertad sexual, hostigamiento sexual en agravio de un estudiante, apología del terrorismo, delitos de terrorismo y sus formas agravadas, delitos de corrupción de funcionarios, delitos de tráfico ilícito de drogas; así como por incurrir en actos de violencia que atenten contra los derechos fundamentales de la persona y contra el patrimonio, que impiden el normal funcionamiento de los servicios públicos.

127. Los demandantes sostienen que con la aplicación de esta disposición legal un profesor podría ser separado preventivamente del ejercicio de la función magisterial, con la sola interposición de una denuncia judicial o administrativa; es decir, sin que tenga la oportunidad de ejercer su derecho de defensa, presentar sus descargos y sin que se haya demostrado su responsabilidad, vulnerando de esa manera sus derechos a la defensa, al debido procedimiento administrativo y a la presunción de inocencia. El demandado, si bien acepta que la disposición tachada de inconstitucional recorta el derecho a la presunción de inocencia, argumenta que tal restricción está justificada.

C.2.b.1 Medida preventiva y presunción de inocencia

128. La medida de separación preventiva incluida en el artículo 44 de la ley está orientada a garantizar la naturaleza propia de la educación como derecho fundamental y servicio público.
129. Debe subrayarse la exigencia de que la educación sea impartida por profesionales que mantengan una conducta intachable para garantizar que el proceso educativo cumpla su finalidad de formación personal y de desarrollo social.
- 154 130. La aplicación de la primera parte del artículo 44 de la Ley 29944, ha de ser rodeada de ciertas garantías, la primera de las cuales consiste en que el director de la institución educativa, a través de una resolución debidamente motivada, la decreta dando cuenta al director de la Unidad de Gestión Educativa Local (UGEL) correspondiente. Ello ocurrirá cuando exista una denuncia administrativa o penal contra éste, por los presuntos delitos de violación contra la libertad sexual, hostigamiento sexual en agravio de un estudiante, apología del terrorismo, delitos de terrorismo y sus formas agravadas, delitos de corrupción de funcionarios, delitos de tráfico ilícito de drogas.
131. Sin embargo, el mismo razonamiento no puede extenderse, sin más, al caso del docente presuntamente relacionado con “actos de violencia que atenten contra los derechos fundamentales de la persona y contra el patrimonio, que impiden el normal funcionamiento de los servicios públicos”. Ante todo, cabe distinguir aquí dos enunciados dispositivos:
- a. actos de violencia que atenten contra los derechos fundamentales de la persona que impiden el normal funcionamiento de los servicios públicos; y
 - b. actos de violencia que atenten contra el patrimonio que impiden el normal funcionamiento de los servicios públicos

132. Este Tribunal observa que la expresión “acto de violencia” resulta considerablemente ambigua, por lo que, en principio, podría tornarse lesiva de la garantía de *lex certa* contenida en el principio constitucional de legalidad. Más aun si se exige que, en ambos supuestos, los actos de violencia, ya sea que atenten contra los derechos fundamentales o contra los servicios públicos, deban a la vez impedir el “normal funcionamiento” de los servicios públicos.
133. En la misma línea argumentativa que se ha desarrollado (Sección C.1.b supra), se debe reiterar aquí también que los “actos de violencia” contra los derechos fundamentales o el patrimonio deberán ser de naturaleza particularmente grave y hallarse determinados. Tales ilícitos, a juicio de este Tribunal, solo podrán ser aquellos que ostenten naturaleza delictiva y que están taxativamente descritos en la Ley Penal.
134. Este Tribunal Constitucional entiende que el enunciado dispositivo “ni haber incurrido en actos de violencia que atenten contra los derechos fundamentales de la persona y contra el patrimonio” debe ser interpretado en el sentido de que se halla referido a “actos de violencia” que constituyan delitos contra los “derechos fundamentales de la persona” o contra “el patrimonio”. Si bien cabría aquí la posibilidad de englobar a delitos dolosos como a los de tipo imprudente, esta última posibilidad caería fuera del margen semántico de interpretación de la expresión “acto de violencia”, por lo que ella debe ser descartada.
135. Ahora bien, estos “actos de violencia” deben, adicionalmente, ser tales que “impiden el normal funcionamiento de los servicios públicos”. Valen, entonces, aquí también las consideraciones ya esbozadas respecto a la indeterminación de la expresión “el normal funcionamiento” (Sección C.1.b supra). Sin duda, ella otorga un alto grado de discrecionalidad a la autoridad al momento de valorar la conducta.
136. Al respecto, este Tribunal interpreta que el enunciado en cuestión se refiere a acciones de un umbral de gravedad propio de actos delictivos que afecten los servicios públicos. Por esta razón, se exigirá que tales ilícitos se hallen taxativamente descritos en la Ley Penal.
137. Cabe anotar que, a juicio de este Tribunal, la segunda parte del artículo 44 de la Ley 29944 debe interpretarse siempre de manera restrictiva; esto es, en coherencia con la primera, en el sentido que su aplicación exige la existencia de “una denuncia administrativa o judicial”.
138. Asimismo, el referido artículo 44 debe ser interpretado en el sentido de que el director de la institución educativa dispondrá la medida de separación preventiva, a través de una resolución debidamente motivada, dando cuenta al director de la Unidad de Gestión Educativa Local (UGEL) correspondiente.

139. Por todo lo anterior, el Tribunal Constitucional afirma que la disposición legal impugnada (artículo 44 de la Ley 29944), que regula la potestad de dictar medida de separación preventiva, no vulnera el principio de legalidad en su expresión de *lex certa*. Sin embargo, el enunciado dispositivo “así como por incurrir en actos de violencia que atenten contra los derechos fundamentales de la persona y contra el patrimonio, que impiden el normal funcionamiento de los servicios públicos” se interpretará en el sentido que exige que los “actos de violencia” sean de naturaleza delictiva y exista respecto de ellos una denuncia administrativa o judicial.

C.2.b.2 Duración de la medida preventiva

140. De otro lado, el artículo 44 de la Ley 29944 establece que: “La separación preventiva concluye al término del proceso administrativo o judicial correspondiente”.
141. A juicio del Tribunal, es razonable que la separación preventiva se encuentre vigente mientras dure el proceso judicial, o hasta la conclusión del proceso administrativo disciplinario, pues si estos no se inician o habiéndose iniciado, estos concluyesen absolviéndose al profesor; este debe ser repuesto en sus funciones (artículo 86.3 del Reglamento de la Ley 29944, Decreto Supremo 004-2013-ED). Además, según el artículo 43 de la Ley 29944, el proceso administrativo disciplinario, en ningún caso, puede superar los cuarenta y cinco días hábiles contados desde su instauración.

156

C.2.c. SANCIONES DISCIPLINARIAS

142. La Ley 29944 prevé un conjunto de sanciones como parte del procedimiento administrativo sancionador en el ámbito magisterial, entre las cuales se encuentran las amonestaciones y suspensiones –además de destituciones, que serán analizadas en otro acápite–, que han sido objeto de impugnación en su constitucionalidad en dos extremos y que este Tribunal pasa a analizar.

C.2.c.1. Debido procedimiento en la aplicación de las sanciones

143. Se ha cuestionado la constitucionalidad del tercer párrafo del artículo 43 de la Ley 29944, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 43.- [...] Las sanciones indicadas en los literales c) y d) se aplican previo proceso administrativo disciplinario, cuya duración no será mayor de cuarenta y cinco (45) días hábiles improrrogables, contados a partir de la instauración del proceso [...].

144. Los demandantes manifiestan que el párrafo transcrito es claramente inconstitucional porque permite la imposición de las sanciones de amonestación o de suspensión en el cargo, según corresponda, sin observar las exigencias del debido procedimiento administrativo; concretamente, sin permitirle al profesor ejercer su legítimo derecho de defensa, vulnerando así los artículos 139.3 y 139.14 de la Constitución. Frente a ello, la parte demandada sostiene que el argumento de los demandantes carece de asidero, en tanto la propia norma impugnada prescribe observar el debido procedimiento en todos los casos.
145. Este Tribunal advierte que el texto íntegro del referido artículo 43 de la Ley 29944 es el siguiente:

[...] Los profesores que se desempeñan en las áreas señaladas en el artículo 12 de la presente Ley, que transgredan los principios, deberes, obligaciones y prohibiciones, incurrirán en responsabilidad administrativa y son pasibles de sanciones según la gravedad de la falta y la jerarquía del servidor o funcionario; las que se aplican con observancia de las garantías constitucionales del debido proceso. Las sanciones son: a) Amonestación escrita. b) Suspensión en el cargo hasta por treinta (30) días sin goce de remuneraciones. c) Cese temporal en el cargo sin goce de remuneraciones desde treinta y un (31) días hasta doce (12) meses. d) Destitución del servicio. Las sanciones indicadas en los literales c) y d) se aplican previo proceso administrativo disciplinario, cuya duración no será mayor de cuarenta y cinco (45) días hábiles improrrogables, contados a partir de la instauración del proceso. Las sanciones señaladas no eximen de las responsabilidades civiles y penales a que hubiera lugar, así como de los efectos que de ellas se deriven ante las autoridades respectivas.

157

A partir de su lectura conjunta se establece ciertas reglas aplicables a todas las sanciones imponibles al docente que cometa una infracción administrativa en el ejercicio de sus funciones:

- a. La severidad de las sanciones se determina tomando en cuenta la gravedad de la falta y la jerarquía del funcionario infractor.
- b. Las sanciones se aplican con observancia de las garantías constitucionales del debido proceso.
- c. Sólo las sanciones de cese temporal en el cargo sin goce de remuneraciones desde treinta y un días hasta doce meses, así como la de destitución del servicio serán aplicadas previo proceso administrativo disciplinario.

- d. La duración del proceso administrativo disciplinario no será mayor de cuarenta y cinco días hábiles, improrrogables.
146. Sobre la base de ellos, este Tribunal considera que si bien el tercer párrafo del artículo 43 de la Ley 29944 enfatiza que las sanciones más severas serán aplicadas previo proceso administrativo disciplinario, ello no constituye una licencia implícita para imponer las dos sanciones más leves sin respetar formalidad o garantía alguna, pues de una lectura sistemática de la Ley 29944 se llega a la conclusión de que las sanciones de amonestación escrita y de suspensión en el cargo, hasta por treinta días, sin goce de remuneraciones, deberán ser aplicadas con las garantías del debido proceso.
147. Ello es así no sólo porque la propia disposición impugnada en la parte inicial establece que todas las sanciones se aplican con observancia de las garantías constitucionales del debido proceso (artículo 43 de la Ley 29944), sino además porque las disposiciones referidas a las sanciones de amonestación escrita y suspensión en el cargo hasta por treinta días, sin goce de remuneraciones, precisan que “la sanción es impuesta por la autoridad inmediata superior, previo descargo del presunto responsable, según corresponda” (artículos 46 y 47 de la Ley 29944).
148. Desde luego, que la Ley prevea diversas sanciones no quiere decir que por la infracción de un mismo bien jurídico pueda sancionarse más de una vez. La exigencia de que se respete el debido proceso comporta también la obligación de ejercer la potestad sancionatoria con sujeción al programa normativo del derecho a no ser sancionado dos o más veces por la infracción de un mismo bien jurídico [*ne bis in idem* administrativo]. Y, correlativamente, el deber de las autoridades administrativas competentes para ejercer la potestad sancionatoria de hacerlo de forma mesurada y razonable, individualizando sanciones en función de la gravedad de la falta investigada. En cualquier caso, como recuerda la disposición impugnada, las sanciones no podrán superar el plazo de cuarenta y cinco días hábiles, que es el lapso para el proceso administrativo disciplinario previsto para las sanciones más severas.
149. En consecuencia, lejos de menoscabar o atentar contra el derecho al debido proceso, el tercer párrafo del artículo 43 de la Ley 29944 reitera su aplicabilidad en sede administrativa, por lo que corresponde ratificar su constitucionalidad y desestimar la demanda en este extremo.

C.2.c.2. Cese temporal por abandono de cargo

150. Asimismo, ha sido de materia de cuestionamiento la constitucionalidad del artículo 48.e de la Ley 29944, que prescribe lo siguiente:

Artículo 48.- Son causales de cese temporal en el cargo, la transgresión por acción u omisión, de los principios, deberes, obligaciones y prohibiciones en el ejercicio de la función docente, considerados como graves. También se consideran faltas o infracciones graves, pasibles de cese temporal, las siguientes: e) Abandonar el cargo injustificadamente.

151. Los demandantes sostienen que la disposición legal impugnada permite que el profesor sea sancionado con cese temporal, por ausentarse del dictado de las clases; es decir, autoriza a que el profesor pueda ser sancionado por hechos que suponen el ejercicio del derecho de huelga, propiciada o inducida por el Estado, que recurre a negativas para resolver el pliego de reclamos. El demandado, por su parte, expresa que el argumento expuesto carece de fundamento, puesto que de la disposición legal impugnada no fluye que pueda sancionarse al docente que deje de asistir a clases en el contexto del ejercicio legítimo de sus derechos.

152. El artículo 48.e de la Ley 29944, establece que se consideran faltas o infracciones graves pasibles de sanción de cese temporal “Abandonar el cargo injustificadamente”. A juicio del Tribunal, esta disposición no necesariamente se refiere a una sanción sustentada en el abandono, ausencia o inasistencia al centro laboral por el ejercicio del derecho de huelga, sino que puede deberse a otro tipo de supuestos en los que el abandono, la ausencia o inasistencia obedece a diversas razones, lo que sería suficiente para confirmar la constitucionalidad de la disposición impugnada.

153. Tampoco comprende a la sanción basada en el abandono, la ausencia o inasistencia del profesor al centro laboral pese a haber una causa debidamente justificada, como los motivos de enfermedad, citación judicial, fallecimiento de familiares directos, hechos fortuitos o de fuerza mayor e, incluso, el ejercicio regular de un derecho fundamental; pues de ser tales los casos es claro que la sanción impuesta resultaría inconstitucional. El Tribunal considera que esta disposición comprende solo aquellos supuestos de abandono, ausencia o inasistencia del profesor al centro laboral sin justificación alguna.

154. En suma, el abandono, la ausencia o inasistencia del profesor al centro educativo, para que sean actos justificados, deben ser ejercidos en nombre del derecho de huelga dentro de los márgenes de la propia Constitución y la ley. Sólo en

estos casos el ejercicio regular del derecho a la huelga puede actuar como una causa excluyente de la antijuricidad y el profesor quedar exento de la sanción de cese temporal.

155. Si ese no fuera el caso, parece claro que el abandono, la ausencia o inasistencia del profesor en el centro laboral merecen ser sancionados, sin que ello suponga una afectación al derecho de huelga, a la estabilidad o permanencia del profesor en la carrera magisterial. Sostener lo contrario implicaría básicamente admitir excesos en el ejercicio de un derecho fundamental, convirtiéndolo así en un mero pretexto para que, a su amparo, se puedan cometer verdaderos actos antijurídicos que afectarían gravemente el derecho a la educación. Por todo ello, este Tribunal considera que debe desestimarse este extremo de la demanda.

C.3. EVALUACIÓN

156. Otro de los temas que se ha planteado con la demanda está relacionado con la lógica de la meritocracia que subyace a la Ley de Reforma Magisterial, esto es, al sistema de evaluación de los profesores.

160

C.3.A. EXISTENCIA DE EVALUACIONES

157. Se ha objetado la constitucionalidad del artículo 23 de la Ley 29944, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 23.- La evaluación del desempeño docente es condición para la permanencia, en concordancia con el artículo 28 de la presente Ley, en la Carrera Pública Magisterial. Es obligatoria y se realiza como máximo cada tres años. Los profesores que no aprueben en la primera oportunidad reciben una capacitación destinada al fortalecimiento de sus capacidades pedagógicas. Luego de esta capacitación participan en una evaluación extraordinaria. En caso de que no aprueben esta evaluación extraordinaria, nuevamente son sujetos de capacitación. Si desapruaban la segunda evaluación extraordinaria son retirados de la Carrera Pública Magisterial. Entre cada evaluación extraordinaria no puede transcurrir más de doce (12) meses. Los profesores retirados de la carrera pública magisterial pueden acceder al Programa de Reconversión Laboral del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.

158. Los demandantes afirman que el artículo bajo análisis es inconstitucional porque condiciona la permanencia del profesor en el cargo a la aprobación de una

evaluación de desempeño docente, toda vez que de no superar tal evaluación, será retirado de la carrera magisterial, privando de valor a su título pedagógico, ya que sólo podrá acceder al Programa de Reversión Laboral del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, lo que afecta su derecho a la estabilidad laboral, reconocido en los artículos 15 y 28 de la Constitución. El apoderado del Congreso, por su parte, sostiene que remover al profesor que desaprobe tres evaluaciones correspondientes es una causa justificada de despido, como ha declarado el Tribunal Constitucional. Asimismo, agrega que separar al docente de la carrera pública magisterial no deja sin efecto su título profesional, pues éste sí podría ejercer su profesión en el sector privado.

159. Al evaluarse la constitucionalidad del artículo 23 de la Ley 29944, es preciso recordar que fluye de los artículos 13 y 14 de la Constitución que la educación está dirigida a promover el desarrollo integral de la persona humana, de modo que ésta no solamente debe fomentar el aprendizaje y la práctica de las distintas ramas del conocimiento, tales como las humanidades, las ciencias, las artes y el deporte, sino también impulsar el respeto por los derechos y el orden constitucional a través de la formación ética y cívica. Es en este contexto que la función magisterial cobra un rol importante, ya que se requiere de profesionales que posean calificaciones y competencias debidamente certificadas para que los educandos adquieran conocimientos y desarrollen sus habilidades y potencialidades. Ésta es la razón que subyace en la Ley 29944, cuyo artículo 4 señala que “El profesor es un profesional de la educación, con título de profesor o licenciado en educación, con calificaciones y competencias debidamente certificadas que, en su calidad de agente fundamental del proceso educativo, presta un servicio público dirigido a concretar el derecho de los estudiantes y de la comunidad a una enseñanza de calidad, equidad y pertinencia. Coadyuva con la familia, la comunidad y el Estado, a la formación integral del educando, razón de ser de su ejercicio profesional”.
160. Para lograr tal finalidad, el artículo 15 de la Constitución ha previsto que el Estado y la sociedad deben procurar no solamente la permanente promoción del docente, sino también su debida evaluación, capacitación y profesionalización puesto que, en caso contrario, uno de los agentes fundamentales del proceso educativo podría tornarse inidóneo para ejecutar el mandato que la propia Constitución le encomienda. De ahí que la Ley 29944 haya prescrito que el derecho de permanecer en la carrera pública magisterial se mantiene mientras los profesores tengan capacidad e idoneidad para el cargo o, lo que es lo mismo, mientras se encuentren capacitados para ejercer como docentes y brindar una educación de calidad a los educandos.

161. Si bien el artículo 23 de la Ley 29944 efectivamente restringe el derecho a la estabilidad laboral de los docentes –al disponer su separación de las aulas en caso desapruében tres veces una evaluación de desempeño–, cabe apuntar que tal afectación se justifica porque así se reafirma la vigencia de las disposiciones constitucionales antes mencionadas, contribuyendo de esa manera a que los estudiantes puedan acceder a una educación de calidad. Y es que, como tiene dicho este Tribunal, “establecer como causal de retiro de la Carrera Pública Magisterial el haber desaprobado la evaluación de desempeño en tres oportunidades no puede ser considerado como una vulneración del derecho a la estabilidad laboral ni al trabajo, puesto que configura una causa justificada de despido, dado que el profesor retirado de la carrera pública magisterial está demostrando con ello que no cuenta con capacidad e idoneidad para el ejercicio del cargo de profesor” (fundamento 118 de la STC 0025-2007-PI/TC; fundamento 57 de la STC 0005-2008-PI/TC; fundamento 118 de la STC 0008-2008-PI/TC).
162. A juicio de este Tribunal, la forma como el artículo 23 de la Ley 29944 incide en la estabilidad laboral no resulta injustificada e irrazonable, puesto que, lejos de separar abruptamente de las aulas al profesor que obtiene una calificación deficiente en el proceso de evaluación, prevé mecanismos orientados a que este preserve su puesto de trabajo y mejore su desempeño docente, optimizando así la vigencia de distintos principios y derechos constitucionales comprometidos, sin sacrificar o vaciar de contenido a ninguno de ellos. De ahí que tras sus primeros dos resultados desaprobatorios, el docente no sea apartado de su puesto de trabajo, sino capacitado, en cumplimiento del artículo 15 de la Constitución, de tal manera que tenga la oportunidad de fortalecer sus cualidades y capacidades pedagógicas y permanecer en su puesto de trabajo.
163. El Tribunal juzga que, dado que la medida restrictiva analizada busca optimizar la eficacia del ordenamiento constitucional en su conjunto, una medida alternativa a ella, que eventualmente pretenda ser menos lesiva a la estabilidad laboral, podría llegar a ser inadmisibles. Y es que si permitiese que un docente que desapruébe el correspondiente proceso de evaluación de desempeño continúe ejerciendo el magisterio, no solamente estaría vaciando de contenido el derecho a una educación de calidad –al permitir que dicten clases las personas poco idóneas para promover el conocimiento y la práctica de las humanidades, las ciencias, las artes o el deporte–, sino que también menoscabaría el orden meritocrático que debiera iluminar la carrera pública magisterial y no coadyuvaría al debido cumplimiento de sus fines constitucionales.

164. Finalmente, en cuanto al argumento de los demandantes de que el artículo bajo análisis priva de contenido y valor el título profesional de los docentes impidiéndoles ejercer su profesión, este Tribunal considera que ello no tiene asidero, toda vez que dicho documento mantiene su vigencia y eficacia. En este temperamento, cabe precisar que el artículo bajo estudio sólo propicia la separación de la carrera pública magisterial de quien desapueba la correspondiente evaluación de desempeño en tres oportunidades, sin anular los grados y títulos académicos que hubiese obtenido o impedir que ejerza la docencia en el sector privado. Sobre lo mismo, este Tribunal tiene dicho que “el hecho que el profesor sea separado de la carrera pública magisterial no significa que se desconozca su título de docente, sino únicamente que dicho profesor no se encuentra apto para ejercer su carrera en el marco de la educación pública por no haber aprobado en tres oportunidades la evaluación de desempeño, no encontrando impedimento alguno para que pueda ejercer en el ámbito privado” (fundamento 123 de la STC 0025-2007-PI/TC).
165. Por los argumentos expuestos, hay mérito para ratificar la constitucionalidad del artículo 23 de la Ley 29944, razón por la cual se debe desestimar la demanda en este extremo.

C.3.B. EVALUACIONES NO PREVISTAS EXPRESAMENTE

163

166. También se ha impugnado la constitucionalidad del artículo 40.h de la Ley, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 40.- Los profesores deben [...] h) Presentarse a las evaluaciones previstas en la Carrera Pública Magisterial y a las que determinen las autoridades de la institución educativa o las entidades competentes.

167. Sostienen los demandantes que la disposición legal bajo análisis es irrazonable ya que fuerza a los maestros a participar de cualquier evaluación adicional a las previstas por el artículo 13 de la Ley 29944, abriéndose la posibilidad de someterlos a un sinnúmero de evaluaciones, generando espacios de abuso y arbitrariedad. El demandado, a su vez, alega que el argumento expuesto carece de fundamento, puesto que las evaluaciones previstas no afectan los derechos de los profesores o comprometen su permanencia en el cargo, toda vez que lo que se busca es facultar a las autoridades de cada institución educativa que formulen recomendaciones y sugerencias pertinentes al Ministerio de Educación con miras a optimizar el desempeño docente.
168. Este Tribunal estima pertinente recordar que el proceso abstracto de inconstitucionalidad está dirigido a preservar la jerarquía normativa de la Constitución,

expulsando del ordenamiento jurídico aquellas disposiciones que la contraven- gan por la forma o por el fondo, conforme establece el artículo 200.4 de la Constitución, concordante con el artículo 75 del Código Procesal Constitu- cional. En consecuencia, no es suficiente que una disposición legal resulte in- necesaria o poco razonable para que pueda ser impugnada a través del presente proceso. Por el contrario, resulta indispensable que ésta desconozca o lesione un principio o derecho previsto por la Constitución, concretándose de esa manera una verdadera infracción constitucional.

169. Pues bien, el Tribunal considera que debe confirmarse la constitucionalidad del artículo 40.h de la Ley 29944 puesto que, en abstracto, exigir a los maestros que rindan las evaluaciones que determinen las autoridades de la institución educativa o las entidades competentes, en los términos establecidos por esta disposición legal, no desconoce derecho o principio constitucional alguno, sino que, por el contrario, contribuye a hacer realidad la supervisión del cumpli- miento de la política educativa y la calidad de la educación (artículo 15 de la Constitución); además, facilita la obtención de información potencialmente necesaria para tomar decisiones en pro de un mejor desempeño docente.
170. Conviene precisar que, a diferencia de lo que ocurre con las evaluaciones men- cionadas en el artículo 13 (incisos b y c) de la Ley 29944, referidas a la eva- luación del desempeño docente y a la evaluación para el ascenso, las recogidas por la disposición impugnada no condicionan el ascenso o la permanencia en la carrera pública magisterial a la obtención de un resultado aprobatorio en tales evaluaciones, por lo que carece de objeto, en este extremo de la sentencia, discutir la relación entre el derecho del docente al trabajo y a la promoción permanente y la necesidad constitucional de evaluarlo.
171. Por otro lado, es preciso resaltar que si bien el artículo 40.h de la Ley 29944 es constitucionalmente válido, ello no autoriza que el Ministerio de Educación o las autoridades competentes de las instituciones educativas públicas evalúen a los docentes de cualquier manera o de una manera arbitraria. Tal regla responde a que esa capacidad encuentra un límite en el llamado principio de interdicción de la arbitrariedad, que, tal como ha sido desarrollado en la STC 0090-2004- AA/TC, exige a la Administración, entre otras cosas, que sus actos tengan con- sistencia lógica interna y que se fundamenten en razones que no contradigan hechos determinantes de la realidad.
172. Por lo demás, queda claro que si, como parecen temer los demandantes, el abuso de la facultad conferida por el artículo 40.h de la Ley 29944, en un caso concreto, llegara a afectar a los docentes hasta el punto de impedirles atender

las necesidades esenciales de su magisterio, estos estarían facultados para hacer valer su derecho lesionado a través de la vía procedimental correspondiente. Estas razones justifican que este extremo de la demanda también deba ser desestimado.

C.3.c. PARTICIPACIÓN EN LOS COMITÉS DE EVALUACIÓN Y VIGILANCIA

173. Es materia de cuestionamiento, además, la constitucionalidad de los artículos 16, 20, 25, 29 y 38 de la Ley 29944, cuyo tenor literal es el siguiente:

Artículo 16.- Para los procesos de evaluación, la Dirección Regional de Educación constituye los Comités de Vigilancia, integrados por un representante de la Dirección Regional de Educación, quien lo preside, y dos representantes del Consejo Participativo Regional de Educación (COPARE). A este comité se integra un representante del Ministerio de Educación.

Artículo 20.- La evaluación al profesor para el ingreso a la Carrera Pública Magisterial a nivel de institución educativa, la realiza un comité de evaluación presidido por el director e integrado por el subdirector o coordinador académico de nivel y un representante de los padres de familia del Consejo Educativo Institucional (CONEI). En los procesos de evaluación, el gobierno regional presta asesoría y apoyo técnico a los comités de evaluación.

Artículo 25.- En la evaluación del desempeño docente participa un comité de evaluación presidido por el director de la institución educativa e integrado por el subdirector o el coordinador académico del nivel y un profesor del mismo nivel educativo y al menos de una escala magisterial superior a la del evaluado. El Ministerio de Educación califica, progresivamente, la competencia de los directores y subdirectores de instituciones educativas para participar en la evaluación del desempeño docente. Los comités de evaluación presididos por directores no calificados para este tipo de evaluación son supervisados por profesionales designados por el Ministerio de Educación.

Artículo 29.- El comité de evaluación de ascenso que evalúa la formación y méritos de los postulantes para el ascenso de escala en la Carrera Pública Magisterial está conformado por el Director de la Unidad de Gestión Educativa Local (UGEL) o Jefe del Área de Gestión Pedagógica, quien lo preside, el especialista administrativo de personal, dos especialistas en educación y un representante del COPALE.

Artículo 38.- El desempeño del profesor en el cargo es evaluado al término del período de su gestión. La aprobación de esta evaluación determina su continuidad en el cargo y la desaprobación, su retorno al cargo docente. El profesor que no se presenta a la evaluación de desempeño en el cargo sin causa justificada retorna al cargo docente.

174. Los demandantes expresan que los artículos mencionados están viciados de inconstitucionalidad, por omisión, en la medida que desconocen el derecho de los docentes de participar en los diversos comités de evaluación a través de sus respectivas instituciones gremiales, tal como fluye del artículo 57 de la Ley 28044, General de Educación. Agregan que esta disposición legal forma parte del bloque de constitucionalidad, ya que complementa los artículos 15 y 28 de la Constitución. El demandado niega que el artículo 57 de la Ley 28044 pueda emplearse como parámetro de control en el presente proceso de inconstitucionalidad, pues éste no desarrolla un derecho fundamental, por lo cual no sería posible declarar la inconstitucionalidad por omisión de las disposiciones bajo análisis.
175. Este Tribunal recuerda que se configura una vulneración indirecta de la Constitución cuando la norma sometida a examen contraviene otra norma que, por encargo constitucional, regula un requisito esencial de producción normativa; desarrolla contenido materialmente constitucional o determina competencias de órganos constitucionales. En ese sentido, dado que el artículo 57 de la Ley 28044, General de Educación, no regula requisitos de producción normativa ni distribuye las competencias de órgano constitucional alguno, resulta pertinente determinar si es que acaso éste desarrolla algún contenido materialmente constitucional por encargo de la Constitución, a fin de comprobar si hay mérito para emplearlo como parámetro de constitucionalidad en el presente proceso.
176. Desde luego, para que una determinada norma forme parte del llamado bloque de constitucionalidad no basta que desarrolle preceptos constitucionales, sino que es indispensable que ello ocurra precisamente en función de una disposición constitucional que así lo reclame, o que la naturaleza del precepto así lo indique, como en el caso de los derechos fundamentales. En ese sentido, este Tribunal advierte que, de acuerdo con el artículo 15 de la Constitución, “La ley establece los requisitos para desempeñarse como director o profesor de un centro educativo así como sus derechos y obligaciones”. Por ello, al resultar indubitable la existencia de un mandato constitucional que ordena desarrollar los alcances de los derechos y obligaciones del docente, queda claro que la norma que versa sobre esta materia sí integra el bloque de constitucionalidad.

177. Por otro lado, el Tribunal considera que, ante la configuración de una antinomia normativa, debe primar la norma posterior sobre la anterior, siempre que ambas tengan la misma jerarquía, hayan sido válidamente emitidas, emanen de órganos competentes para dictarlas y tengan el mismo nivel de especialidad o generalidad.
178. Este tipo de antinomias es el que se presenta entre el artículo 57 de la Ley 28044, General de Educación, promulgada el 16 de julio de 2003, que prevé, de forma general, la participación gremial en la evaluación del docente, y los artículos 16, 20, 25, 29 y 38 de la Ley 29944, de Reforma Magisterial, que la excluyen. Un problema de esta naturaleza se resuelve aplicando por cualquiera de los siguientes criterios: ley posterior deroga ley anterior y ley especial deroga ley general. El efecto de resolver la antinomia normativa en base a cualquiera de los criterios antes expuestos es que el artículo 57 de la Ley N° 28044, en la parte concerniente a la participación de la institución gremial en el proceso de evaluación, ha sido derogado tácitamente por las disposiciones de la Ley N° 29944, la que contiene el contenido materialmente constitucional delegado al legislador por imperio del referido artículo 15 de la Constitución, que justamente versa sobre la carrera pública magisterial y desarrolla válidamente los derechos y obligaciones de los docentes en materia de evaluaciones.
179. Así las cosas, corresponde ahora evaluar si la exclusión de las instituciones gremiales del proceso de evaluación docente afecta el mínimo constitucionalmente exigido del artículo 15 de la Constitución. Dicho precepto constitucional establece: “El profesorado en la enseñanza oficial es carrera pública. La ley establece los requisitos para desempeñarse como director o profesor de un centro educativo, así como sus derechos y obligaciones. El Estado y la sociedad procuran su evaluación, capacitación, profesionalización y promoción permanente”.
180. El Tribunal observa que la reserva de ley que dicha disposición constitucional contiene no comprende la obligación de que, en el proceso de evaluación docente, los evaluados tengan algún tipo de representación entre los evaluadores. La incorporación de estos, por tanto, no forma parte de lo constitucionalmente necesario en los términos del artículo 15 de la Ley Fundamental, sino de lo constitucionalmente posible. Y, en ese ámbito de posibilidades con que la ley puede concretar el proceso de evaluación docente, al legislador decidir libremente si incorpora a las instituciones gremiales. No ha sido esa la opción asumida por el legislador, tras la expedición de la Ley N° 29944. Y dado que la

opción legislativa asumida forma parte de lo constitucionalmente posible, este Tribunal no tiene competencia para censurar la inconstitucionalidad por omisión de la Ley 29944. Por esta razón, debe confirmarse la constitucionalidad de los artículos 16, 20, 25, 29 y 38 de la Ley 29944 y, por tanto, desestimarse la demanda también en este extremo.

C.4. CONCLUSIÓN

181. Por último, conviene analizar algunos de los supuestos previstos por la norma con rango de ley impugnada en lo tocante al fin de la relación laboral de los profesores, en el marco de la carrera pública magisterial.

C.4.A. CESE POR LÍMITE DE EDAD

182. Ha sido puesta en entredicho la constitucionalidad del artículo 53.d de la Ley 29944 cuyo texto es el siguiente:

Artículo 53.- El retiro de la Carrera Pública Magisterial de los profesores se produce en los siguientes casos: (...) d) Por límite de edad, al cumplir 65 años.

168

183. Los accionantes manifiestan que esta disposición legal condena a los docentes mayores de 65 años a una jubilación forzada, desconociendo la posibilidad de permanecer en la carrera pública magisterial hasta los 70 años de edad, como les reconocía la derogada Ley del Profesorado, o como lo regulan otras leyes. El demandado sostiene que dado que en nuestro ordenamiento rige la teoría de los hechos cumplidos, y no la de los derechos adquiridos, es competencia del legislador modificar el criterio de cese por límite de edad.

184. El principio-derecho de igualdad se encuentra reconocido en el inciso 2) del artículo 2 de la Constitución, según el cual:

Toda persona tiene derecho a: [...] 2. 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.

185. En diversas oportunidades este Tribunal ha hecho referencia al contenido constitucionalmente protegido de la igualdad jurídica. En la STC 00045-2004-AI/TC afirmó que la igualdad

[...] detenta una doble condición, de principio y de derecho fundamental. En cuanto principio, constituye el enunciado de un contenido material *objetivo* que, en tanto componente axiológico del fundamento del

ordenamiento constitucional, vincula de modo general y se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico. En cuanto derecho fundamental, constituye el reconocimiento de un auténtico derecho subjetivo, esto es, la titularidad de la persona sobre un bien constitucional, la igualdad, oponible a un destinatario. Se trata de un *derecho a no ser discriminado* por razones proscritas por la propia Constitución (origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) o por otras (“motivo” “de cualquier otra índole”) que, jurídicamente, resulten relevantes” [fundamento 20].

186. Del mismo modo, este Tribunal ha precisado que este derecho no garantiza que todos seamos tratados igual siempre y en todos los casos. Puesto que la igualdad se define como el trato igual a lo que es igual y desigual a lo que no lo es, hemos afirmado que su ámbito de protección admite la realización de tratos diferenciados. La cuestión de cuál sea la línea de frontera entre una diferenciación constitucionalmente admisible y una discriminación inválida fue expuesta en la STC 0045-2004-PI/TC. Allí se estipuló que el trato diferenciado dejaba de constituir una distinción constitucionalmente permitida cuando esta carecía de justificación en los términos que demanda el principio de proporcionalidad [Fundamento 31 *in fine*]. Desde esta perspectiva, el trato diferenciado deviene en trato discriminatorio y es, por tanto, incompatible con el contenido constitucionalmente protegido del derecho de igualdad, siempre que este no satisfaga las exigencias derivadas de cada uno de los subprincipios que conforman el principio de proporcionalidad.
187. La determinación de si existe o no una injerencia injustificada en el mandato de no discriminación es parte de un juicio complejo, al que no es posible arribar de manera inmediata a partir de la acción u omisión denunciada afecta el ámbito protegido por el derecho de igualdad [STC 0976-2001-AA/TC, fundamento 3]. Antes de ello se requiere que se determine la existencia de una diferenciación jurídicamente relevante.
188. La identificación de una diferenciación jurídicamente relevante se realiza mediante la comparación. Ella comporta un análisis del trato que se cuestiona con un objeto, sujeto, situación o relación distintos. Su finalidad es identificar que a supuestos iguales se haya previsto consecuencias jurídicas distintas, o que a supuestos desiguales se haya previsto consecuencias jurídicas semejantes. En el juicio de igualdad, ese objeto, sujeto, situación o relación con el cual se realiza el contraste se denomina término de comparación (*tertium comparationis*).
189. Para que un objeto, sujeto, situación o relación sirva como término de comparación es preciso que éste presente determinadas cualidades. La primera de ellas

tiene que ver con su validez. El empleo del *tertium comparationis* presupone su conformidad con el ordenamiento jurídico. No ha de tratarse de un término de comparación que, por las razones que fueran, se encuentre prohibido, por ejemplo, por la Ley Fundamental [cfr. STC 00019-2010-PI/TC, fundamento 16]. Es preciso, igualmente, que el *tertium comparationis* sea idóneo. El requisito de idoneidad al que aquí se alude no tiene nada que ver con las cargas argumentativas que exige el sub-principio del mismo nombre que conforma el principio de proporcionalidad [cfr. STC 00045-2004-PI/TC, Fundamento 38]. Antes bien, la idoneidad del término de comparación, en este contexto, hace referencia a la necesidad de que éste represente una situación jurídica o fáctica que comparta una esencial identidad, en sus propiedades relevantes, con el trato que se denuncia.

190. Tal identidad no alude a la mismidad de rasgos entre las dos situaciones que se comparan, sino al hecho de que se traten de situaciones que puedan ser jurídicamente equiparables. Entre lo que se compara y aquello con lo cual éste es comparado, han de existir cualidades, caracteres, rasgos o atributos comunes. La inexistencia de caracteres comunes entre uno y otro impide que se pueda determinar una intervención sobre el principio-derecho de igualdad [Cfr. STC 0019-2010-PI/TC, fundamento 15; STC 0017-2010-PI/TC, fundamento 4-5; STC 0022-2010-PI/TC, fundamento 15 y 18].
191. Por ello, es tarea de quien cuestiona una infracción a dicho derecho proceder con su identificación, así como con la aportación de razones y argumentos por las que éste debería considerarse como un *tertium comparationis* válido e idóneo [Cfr. STC 00031-2004-PI/TC, fundamento 16; STC 0008-2004-PI/TC, fundamento 131-132; STC 00015-2002-PI/TC y, últimamente, en las RTC 00640-2011-PA/TC, fundamento 5; RTC 03931-2010-PA/TC, fundamento 6]. Y puesto que de la validez e idoneidad del término de comparación depende la determinación (o no) de una intervención al mandato de prohibición de discriminación, su análisis se presenta como un *prius* a la determinación de su lesividad.
192. En el caso del artículo 53 de la Ley 29944, se denuncia que este contiene una diferenciación de trato, consistente en haber establecido que el retiro de la carrera pública magisterial se produce, por límite de edad, al cumplirse los 65 años; cuando la edad para alcanzar la jubilación, en la gran parte de los servidores públicos, son los 70 años. Aunque no se ha puesto énfasis en el asunto, los demandantes consideran que la disposición impugnada realiza un tratamiento discriminatorio fundado en la edad de las personas.

193. El Tribunal hace notar que el artículo 2.2 de la Constitución, al reconocer el derecho de igualdad jurídica, identifica ciertos motivos prohibidos en los que, en principio, no puede fundarse un trato discriminatorio. Entre ellos no se halla explícitamente enunciada la edad. Sin embargo, ello no quiere decir que este no constituya también un motivo proscrito, a tenor de la cláusula general que contiene el mismo artículo 2.2 de la Ley Fundamental, que prohíbe discriminar a las personas por motivos de “cualquiera otra índole”.
194. Desde el punto de vista de las relaciones entre el derecho de igualdad y el ejercicio de la función legislativa, dicha prohibición limita la discrecionalidad con que cuenta el legislador para regular los diferentes ámbitos del ordenamiento jurídico, impidiéndole en línea de principio establecer tratamientos que puedan fundarse en cualquiera de los motivos prohibidos y, entre ellos, con base en la edad de las personas.
195. Si dicha diferenciación se ha practicado o no, como consecuencia de la aprobación del artículo 53 de la Ley 29944, es una cuestión que el Tribunal ha de absolverla afirmativamente. La edad máxima de permanencia en la carrera pública magisterial que contempla la Ley 29944 es distinta a la que el legislador ha previsto para el caso de otros servidores públicos, en los que la jubilación o cese se produce a los 70 años de edad. De lo que se trata, pues, es de indagar si la diferenciación se encuentra justificada o no.
196. Un examen de esta índole ha de partir por establecer si la diferenciación del trato solo se funda en el prejuicio en la edad o, acaso, si tras ella existe una finalidad constitucionalmente lícita o, cuando menos, no prohibida por la Ley Fundamental. Esa finalidad existe. En el “Dictamen favorable, con texto sustitutorio recaído en los proyectos de ley 856/2011-CP” y otros, la Comisión de Educación del Congreso de la República, en mayoría, expresó que una de las razones que animaban a la reforma de la legislación magisterial era ponerla al “servicio del aprendizaje de los educandos”. Durante el debate parlamentario que se suscitó con ocasión de la deliberación del proyecto ley presentado por la Comisión de Educación, el congresista Elías Dávalos afirmó:

Hay personas que me han señalado que las mujeres de educación [sic] debían jubilarse a los cincuenta y cinco años; y los varones, a los sesenta. Hay profesores de primaria que tienen sesenta y cinco años de edad y le enseñan a un niño de tres años. Obviamente, la manera de llegar de una persona mayor a un niño de tres años es totalmente diferente. El niño no recibiría la enseñanza óptima”. [Primera legislatura ordinaria de 2012. 22.^a Sesión (Vespertina), de Miércoles 21 de noviembre de 2012].

197. Este objetivo, consistente en mejorar la prestación del servicio público de la educación escolar, es un estado de cosas por alcanzar que se desprende del “... deber del Estado (de) asegurar que nadie se vea impedido de recibir educación adecuada” [art. 16 de la Constitución] o como expresa el artículo 3 de la Ley General de Educación, la obligación del Estado de garantizar “[...] el ejercicio del derecho a una educación integral y de calidad para todos [...]”. Un *telos* como este resulta, qué duda cabe, coherente con lo dicho por este Tribunal respecto al estatuto de la educación como “servicio público” [fundamento 11 de la STC 4232-2004-AA/TC y fundamentos 20 al 22 de la STC 0025-2007-PI/TC] orientado a satisfacer una necesidad de carácter colectivo y de alcance nacional, esto es, fomentar el desarrollo pleno de la personalidad y la conciencia de participación ciudadana efectiva en los asuntos propios de una sociedad democrática. Por esta razón, el Estado se halla obligado a garantizar los estándares calidad del servicio: aceptabilidad (adecuación cultural y buena calidad) y adaptabilidad (flexibilidad necesaria para adaptarse a las necesidades de sociedades en transformación) [cfr. fundamento 72 de la STC 011-2013-PI/TC].
198. La enunciación del programa normativo del derecho a la educación descarta, en principio, que la diferenciación del trato se funde en el prejuicio de la edad, y pone en evidencia más bien que su base es la naturaleza de la actividad que desempeña el profesor de colegio y la especial condición en que se hallan los destinatarios del servicio –por lo general, niños y adolescentes-. Un indicio de la razonabilidad de la previsión legal aquí cuestionada puede observarse en la legislación comparada que regula la edad de jubilación de los docentes, siempre anterior a los 70 años, entre otros, en Argentina, Paraguay, Costa Rica, España, Portugal y Francia.
199. Un criterio de esta naturaleza fue convalidado por el Tribunal Constitucional en la STC 10078-2005-PA/TC, al precisar que “la determinación de las edades de pase al retiro o cese (es de) competencia del legislador ordinario y depender(á) del tipo de actividad y de lo que fije el Congreso de la República..., conforme a la política laboral y de fomento del empleo para el país” [fundamento 27].
200. No escapa, entonces, a este Tribunal la relevancia de motivos relacionados con la política de empleo a los que responden las disposiciones legislativas o la política en materia de edad de jubilación obligatoria. En tal sentido, el establecimiento de un deber de jubilarse a determinada edad posibilita el incremento de oportunidades de acceso a la carrera docente para los más jóvenes. Y es que, si bien existen diversos ámbitos de la función pública, cada uno se halla rodeado de muy diversas expectativas ciudadanas que no resultan del todo equiparables

al momento de emprender una reforma general. Por ello, el equilibrio en la satisfacción de los bienes constitucionales en juego, a saber, el derecho de acceso a la función pública y el trabajo, en su doble faceta de derecho y deber, puede ser alcanzado a través de diversas soluciones legislativas. Siempre que estas no resulten manifiestamente inconstitucionales, permanecen en el espacio de lo permitido por la Ley Fundamental.

201. También el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas [Caso Jhon K. Love *v.* Australia, Comunicación 983-2001] ha observado la complejidad de adoptar un determinado régimen general para la jubilación. Sostuvo que “no es evidente en absoluto que una edad de jubilación obligatoria constituya como norma general discriminación por razón de la edad”, pues “los regímenes que establecen una edad de jubilación obligatoria pueden obedecer a la necesidad de proteger al trabajador al limitar la duración de la vida laboral, en particular cuando existe un régimen general de seguridad social que garantiza la subsistencia de las personas a partir de esa edad”.
202. El Tribunal observa, por otro lado, que las exigencias que se han de esperar de quienes imparten educación no son solo de orden cognitivo. Comprenden también otro tipo de exigencias ergonómicas, entre las cuales las de carácter físico y mental ocupan un lugar especial, puesto que la educación escolar se realiza especialmente con menores de edad. Resulta suficiente para el Tribunal verificar la existencia de una relación causal entre la fijación en 65 años como edad límite para permanecer en la carrera pública magisterial y el estado de cosas que se busca alcanzar con la disposición cuestionada. Y esto es así, por la sencilla razón de que el proceso de envejecimiento humano implica un natural y progresivo decaimiento de las funciones físicas y mentales.
203. Finalmente, el Tribunal Constitucional reafirma que aun cuando ha constatado una intervención en el ámbito del derecho de igualdad, esta no resulta lesiva del derecho a la igualdad que el artículo 2.2 de la Constitución garantiza; puesto que la optimización de la calidad del servicio educativo constituye una razón objetiva que la justifica. Incluso si la consecución de ese fin, no es ajeno a otros, como la apertura de la carrera pública a un mayor número de ciudadanos en condiciones de equidad, que se deriva del derecho de ingreso y ascenso en la función pública (fundamento 43 de la STC 0025-2005-PI/TC), y de modo más específico, en la oportunidad de participación de jóvenes profesionales ante la disponibilidad de plazas. Por ello, no tratándose de una medida que pueda ser calificada de desproporcionada, debe desestimarse este extremo de la pretensión.

C.4.B. DESTITUCIÓN POR CONDENA POR DELITOS GRAVES

204. Asimismo, los demandantes cuestionan la constitucionalidad del artículo 49.c de la Ley 29944, cuyo tenor literal es el siguiente:

Artículo 49.- Son causales de destitución, la transgresión por acción u omisión de los principios, deberes, obligaciones y prohibiciones en el ejercicio de la función docente, considerado como muy grave. También se consideran faltas o infracciones muy graves, pasibles de destitución, las siguientes [...] c) Haber sido condenado por delito contra la libertad sexual, apología del terrorismo o delito de terrorismo y sus formas agravadas.

205. Los accionantes afirman que la disposición legal impugnada permite que el trabajador de la educación sea sancionado con la destitución por haber sufrido condena por el delito de apología al terrorismo y por el delito de terrorismo en sus diversas modalidades, lo cual vulnera el artículo 139.22 de la Constitución, que establece que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad. El demandado, por su parte, sostiene que debería confirmarse la constitucionalidad de la disposición bajo análisis en tanto resulta una restricción razonable al principio constitucional referido y está orientada a que los maestros cuenten con idoneidad profesional y calidad moral intachables.

174

206. El extremo de la disposición legal cuya constitucionalidad se rechaza (artículo 49.c de la Ley 29944) expone que se consideran faltas o infracciones muy graves pasibles de destitución el “Haber sido condenado por delito [...] [de] apología del terrorismo o delito de terrorismo y sus formas agravadas”. En ese sentido, el juicio de constitucionalidad de este Tribunal está dirigido a responder si la sanción de destitución de un docente condenado por los delitos de apología al terrorismo, terrorismo y formas agravadas, vulnera el principio de reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad (artículo 139.22 de la Constitución) o alguno de los demás principios o derechos reconocidos en la Constitución.

C.4.b.1 Supuestos de interpretación del artículo impugnado

207. Para determinar si la disposición legal bajo análisis contraviene efectivamente el mandato de resocialización contenido en el artículo 139.22 de la Constitución, es preciso diferenciar dos supuestos que, a juicio de este Tribunal, poseen implicancias sustancialmente distintas: (a) En primer lugar, el caso del docente destituido por haber sido condenado por el delito de apología al terrorismo,

terrorismo y sus formas agravadas; y, (b) En segundo lugar, el caso del docente destituido que ha cumplido su pena por el delito de apología al terrorismo, terrorismo y sus formas agravadas antes de ingresar (o reingresar) a la carrera pública magisterial.

C.4.b.1.a Condena mientras era parte de la carrera pública magisterial

208. Con relación al supuesto (a), este Tribunal estima que la aplicación del artículo 49.c de la Ley 29944 no vulnera el principio constitucional de resocialización, que está referido a la obligación del Estado de realizar determinadas acciones para lograr la finalidad resocializadora del penado. En efecto, la destitución de un profesional de la educación por haber sido condenado por el delito de apología al terrorismo, terrorismo y sus formas agravadas no afecta ni menoscaba, de forma alguna, la capacidad del Estado de adoptar, por ejemplo, a través del régimen penitenciario, las medidas tendientes a reeducarlo, rehabilitarlo y reincorporarlo a la sociedad.
209. Por el contrario, a criterio de este Tribunal, separar al docente de la carrera magisterial por haber incurrido en un delito común de especial gravedad materializado en el uso de la violencia contra los derechos de las personas y contra el mismo Estado, resulta congruente con la finalidad de la educación (el desarrollo integral de la persona humana, la promoción del conocimiento y el aprendizaje, la preparación para la vida y el trabajo y el fomento de la solidaridad, la formación ética y cívica, y la enseñanza de la Constitución y los derechos humanos).
210. Resultaría paradójico que la educación sea impartida o transmitida precisamente por quienes han trasgredido o vulnerado los derechos, bienes o valores constitucionales que dan fundamento a la persona y al Estado, pues es claro que los delitos de terrorismo y sus modalidades transgreden bienes jurídicos de gran importancia y resultan particularmente nocivos para la vigencia del Estado Constitucional; de ahí su reproche, mientras que el delito de apología al terrorismo, lejos de dar a conocer meras posiciones políticas o corrientes determinadas de opinión, contribuye a acentuar las consecuencias del terrorismo y legitimar su acción delictiva y la estrategia de sus grupos armados, tal como, en su debida oportunidad, precisó el Tribunal Constitucional en los fundamentos 85 y 86 de la STC 0010-2002-AI/TC.
211. Por lo demás, resulta preciso señalar que en nuestro ordenamiento jurídico existen diversas disposiciones jurídicas que regulan la destitución de un trabajador por la comisión de un delito doloso. En efecto, tanto el artículo 29 del Decreto Legislativo 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de

Remuneraciones del Sector Público, como el artículo 49.b de la propia Ley 29944, de Reforma Magisterial, establecen la sanción de destitución de un trabajador que haya sido condenado por cualquier delito doloso. De manera similar, el artículo 24 del Decreto Supremo 003-97-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, prevé la sanción de destitución del trabajador que haya sido condenado por delito doloso, disposición que incluso ha sido validada por este Tribunal (fundamentos 5 y 13 de la STC 1807-2007-PA/TC y fundamentos 4 y 7 de la STC 4576-2012-PA/TC), por lo que corresponde desestimar este extremo de la pretensión.

C.4.b.1.b Condena antes de que sea parte de la carrera pública magisterial

- 176
212. Una cosa totalmente distinta es el supuesto (b). En este se señala que el profesor cumplió la condena por los delitos de apología al terrorismo, terrorismo o sus formas agravadas y luego ingresó –o reingresó– a la carrera pública magisterial, y por tanto, se encontraría en una situación especial, en virtud de la cual no sólo habría internalizado y comprendido el daño social generado por la conducta que determinó su condena, sino que además su puesta en libertad no constituiría una amenaza para la sociedad, precisamente al haber asumido el deber de no afectar los derechos de otros seres humanos ni otros bienes necesarios para la convivencia pacífica.
 213. El análisis de constitucionalidad exige determinar cuál es el contenido del principio de resocialización que, a juicio de los demandantes, se vulnera. Este principio, que se compone de los mandatos de reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad, garantiza que el Estado en la ejecución de la pena desarrolle una serie de actuaciones que permitan asegurar la aptitud de la persona condenada para desenvolverse en la vida en libertad, así como la reinserción del penado a la vida comunitaria en las mismas condiciones y con los mismos derechos que los demás ciudadanos.
 214. En tal virtud, la disposición contenida en el artículo 139.22 de la Constitución es una norma-fin, en la medida que impone a los poderes públicos, y principalmente al legislador, la creación de un régimen penitenciario orientado al cumplimiento de una determinada finalidad (la resocialización del penado), sin precisar cuáles son las acciones concretas que deben realizarse para lograr dicha finalidad (fundamento 69 de la STC 0012-2010-PI/TC). Este Tribunal ha observado que “la resocialización en el momento de la ejecución de la pena concibe tres finalidades constitucionales como es la reeducación que alude al proceso de adquisición de actitudes al que es sometido un recluso para ser ca-

paz de reaccionar durante la vida en libertad. La reincorporación social [...] que nos remite al resultado fáctico de recuperación social [...] que implica la introducción en la sociedad de un condenado en las mismas condiciones que el resto de ciudadanos. En cambio la rehabilitación expresa más un resultado jurídico, esto es, un cambio en el estatus jurídico del ciudadano que obtiene su libertad. En ese sentido, por rehabilitación se entiende la recuperación, por parte del ciudadano que ha cumplido su condena, de todos sus derechos en igualdad de condiciones que los demás ciudadanos” (fundamento 31 de la STC 0033-2007-PI/TC).

215. Asimismo, debemos recordar que el artículo 15 de la Constitución prescribe que “El profesorado en la enseñanza oficial es carrera pública. La ley establece los requisitos para desempeñarse como director o profesor de un centro educativo, así como sus derechos y obligaciones”. Y la ley especial, es decir, la Ley 29944, establece que no pueden permanecer o no pueden ejercer la función magisterial, entre otros, quienes hayan sido condenados por el delito de apología del terrorismo, terrorismo y sus formas agravadas (artículo 49.c).
216. Por otro lado, hay que considerar la situación de las personas que han cumplido su condena por los delitos de terrorismo y todas sus formas, y la incidencia que tendría en el ejercicio docente. Al respecto, la experiencia nos brinda contados ejemplos de personas que luego de haber cumplido su condena por los delitos antes mencionados se han reinsertado en la sociedad, y con ello, han ingresado al juego democrático que ofrece el Estado constitucional a través de determinadas conductas, tales como la renuncia a acciones terroristas, la participación en el resarcimiento del año causado a las víctimas, entre otras.
217. Sin embargo, existen serias dificultades para determinar con total certeza la efectiva o real resocialización del penado, pues ello forma parte de la convicción interna de la persona; además porque, para lograr la plena resocialización, en estos casos se requiere asumir de manera voluntaria y responsable el proceso de reinsertión, pues si la persona no desea resocializarse, por más que haya cumplido su pena, nadie podrá forzarlo. De ahí que sea referible que el Estado sólo pueda pretender que tales personas defiendan sus convicciones internas dentro del juego democrático y sin uso de la violencia, en lugar de pretender un total cambio ideológico o político (convicciones internas).
218. En mérito de ello, resulta razonable la exclusión de las personas que han cumplido su pena por este tipo de delitos en determinados ámbitos de la sociedad, entre ellos, el ejercicio de la función docente, lo que exige su optimización en otros ámbitos, pues existen diversos canales de participación en la vida política

y social del Estado. En efecto, es obligación del Estado adoptar las medidas tendientes a ofrecer los medios adecuados para que la persona que ha cumplido su pena por estos delitos pueda asumir una vida formal y real en la sociedad. Eso sí, una regulación en los términos expuestos no anula o neutraliza a la persona, tampoco el Estado renuncia a su obligación de promover la rehabilitación y reincorporación del penado; únicamente realiza algunas restricciones en atención a otros fines igualmente constitucionales.

219. En los términos aquí expuestos, por tanto, se advierte una restricción al principio de resocialización del penado. Se ha de precisar que este principio, como cualquier otro derecho o principio, tampoco es absoluto, sino relativo, por lo que también está sujeto a restricciones. Tales restricciones, por lo general, suponen la puesta en tensión o conflicto entre los diferentes derechos y principios, como ocurre en este caso, entre el principio de resocialización (la rehabilitación y la reincorporación del penado) y el derecho a la educación. Para resolver este tipo de conflictos, este Tribunal ha apelado el test de proporcionalidad.

C.4.b.1.b.1 Aplicación del test de proporcionalidad

178

220. Resulta, pues, pertinente aplicar el citado test de proporcionalidad a fin de determinar si está justificado destituir a los profesores que han cumplido su condena por los delitos de terrorismo o apología al terrorismo antes de ingresar (o reingresar) a la carrera pública magisterial.

Subprincipio de idoneidad

221. El examen de idoneidad exige, en primer término, la identificación de un fin de relevancia constitucional, y, una vez que este se ha determinado, verificar si la medida legislativa es idónea o adecuada para lograr tal fin. Este procedimiento implica, de un lado, la distinción entre el objetivo y la finalidad que persigue la medida impugnada. El objetivo tiene que ver con el estado de cosas o situación jurídica que el legislador pretende alcanzar a través de una disposición legal. La finalidad comprende el bien jurídico de relevancia constitucional que el órgano productor de la norma ha pretendido proteger a través de una disposición legal, y de otro lado, verificar la adecuación de la medida. Esta consiste en la relación de causalidad, de medio a fin, entre el medio adoptado, a través de la intervención legislativa, y el fin propuesto por el legislador. Se trata del análisis de una relación medio-fin.
222. De la interpretación del artículo 49.c de la Ley 29944, se desprende que esta disposición legal tiene como objetivos los siguientes:

- a. Asegurar que el sistema educativo público esté compuesto por personas cuyas actividades profesionales se fundamentan en el respeto por los derechos de la persona y el Estado, la práctica de los derechos humanos, la Constitución, la solidaridad, la tolerancia y el desarrollo de una cultura de paz y democrática.
 - b. Separar a los profesores de la carrera pública magisterial que han incurrido en actos terroristas o que promueven o reivindican actividades terroristas reñidas con los derechos de la persona, los valores y principios intrínsecos al Estado constitucional.
 - c. Desmotivar la comisión de los delitos de apología de terrorismo, terrorismo y todas sus modalidades por los profesores pertenecientes a la carrera pública magisterial.
223. Tales objetivos se justifican en el deber de protección del derecho a la educación, que supone el desarrollo integral de la persona, la promoción del conocimiento y el aprendizaje, y la formación ética y cívica que comprenda la enseñanza de la Constitución y los derechos humanos (artículos 13 y 14 de la Constitución). Sería pues inadmisibles que el sistema educativo se convierta en un espacio idóneo para reivindicar, promover o incluso organizar actividades terroristas reñidas con los derechos de la persona, los valores y principios intrínsecos al Estado constitucional. Así pues, la medida limitativa de separación del docente que ha cumplido su pena por los delitos de apología al terrorismo, terrorismo y todas sus formas antes de ingresar (o reingresar) a la carrera pública magisterial está orientada a perseguir un fin constitucionalmente válido, como es el derecho de la educación.
224. La queja de inconstitucionalidad aquí planteada exige también determinar cuál es el contenido del derecho a la educación. Al respecto, la Constitución señala de manera expresa que la educación tiene como finalidad “el desarrollo integral de la persona humana” (artículo 13) y promover “el conocimiento, el aprendizaje y la práctica de las humanidades, la ciencia, la técnica, las artes, la educación física y el deporte. Prepara para la vida y el trabajo y fomenta la solidaridad” (artículo 14). Esta última disposición constitucional establece además que “(...) la formación ética y cívica y la enseñanza de la Constitución y de los derechos humanos son obligatorias en todo el proceso educativo civil o militar”.
225. La educación, según fue desarrollado supra, posee un carácter binario, pues no sólo constituye un derecho fundamental, sino que también es un servicio

público (*vid.* entre muchas, el fundamento 7 de la STC 4232-2004-AA/TC). Dada la configuración especial de la educación parece claro que los trabajadores estatales en general y los trabajadores de la educación en particular, además de tener determinados derechos (acceso, capacitación, permanencia o promoción) tienen también determinados deberes en el ejercicio de la función docente, esto con el fin de garantizar que la prestación del servicio de educación sea adecuada y de calidad, con sujeción a la Constitución y los derechos fundamentales. Algunos de estos deberes se encuentran recogidos en la Ley 29944, tales como cumplir en forma eficaz con el proceso de aprendizaje de los estudiantes (artículo 40.a); orientar al educando con respeto a su libertad, autonomía, identidad, creatividad y participación (artículo 40.b); respetar los derechos de los estudiantes, así como de los padres de familia (artículo 40.c); ejercer la docencia en armonía con los comportamientos éticos y cívicos (artículo 40.i); asegurar que sus actividades profesionales se fundamenten en el respeto mutuo, la práctica de los derechos humanos, la Constitución, la solidaridad, la tolerancia y el desarrollo de una cultura de paz y democrática (artículo 40.n), entre otros.

- 180
226. En cuanto a la adecuación, este Tribunal Constitucional considera que la medida legislativa (artículo 49.c de la Ley 29944) es adecuada para lograr los objetivos antes mencionados y que, a su vez, estos resultan apropiados para conseguir el fin de relevancia constitucional que se pretende, que es la protección del derecho a la educación. Es decir, la separación del docente que ha cumplido su pena por los delitos de terrorismo y apología al terrorismo antes de ingresar (o reingresar) a la carrera magisterial sí coadyuva o, mejor aún, es idónea para la consecución de la finalidad perseguida por el artículo 14 de la Constitución, en la medida que impide que las personas que han cumplido su pena por los delitos de terrorismo y apología al terrorismo, cuya certeza de sus convicciones internas es difícil de determinar, participen del sistema educativo nacional, garantizando con ello el respeto por la Constitución y los derechos fundamentales.

Subprincipio de necesidad

227. Este Tribunal ha sostenido que el examen 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” (fundamento 63 de la STC 0034-2004-AI/TC).

228. En este nivel se trata de examinar si frente a la medida adoptada por el legislador (separar a los profesores de la carrera pública magisterial que han cumplido la pena por actos terroristas o que promueven o reivindicán actividades terroristas), existían medidas alternativas que, de un lado, hubiesen sido aptas para alcanzar los objetivos propuestos por el legislador (asegurar que el sistema educativo público esté compuesto por personas cuyas actividades profesionales se fundamentan en el respeto de los derechos de la persona y el Estado, la práctica de los derechos humanos, la Constitución, la solidaridad, la tolerancia y el desarrollo de una cultura de paz y democrática); y, de otro, sean más benignas o compatibles con el principio de resocialización (la rehabilitación y la reincorporación del penado a la sociedad). La respuesta es negativa.
229. En efecto, si bien es cierto que sería posible someter a los profesionales de la educación que han cumplido su pena por los delitos de apología al terrorismo, terrorismo y otras formas, a un régimen de control y fiscalización a través del cual se supervisen sus actividades y se les destituya únicamente si queda acreditado que, por haber sido deficientemente resocializados, realmente promueven tesis reñidas con el Estado constitucional en el ejercicio del magisterio, también lo es que, por tratarse de convicciones internas de la persona, resulta difícil determinar con total certeza la efectiva o real resocialización del docente; además que ese control se circunscribiría sólo a la labor docente y no a los demás actos de su vida personal, pues es obvio que los delitos antes mencionados pueden ser cometidos tanto dentro como fuera de los recintos educativos.
230. Por ello, este Tribunal considera que la medida sugerida en realidad no supone una medida alternativa que contribuya a la vigencia del derecho a la educación en el mismo grado que la opción de destitución de los docentes de la carrera pública magisterial que han cumplido su condena por los referidos delitos. En definitiva, en un esquema en el que los docentes que han cumplido la pena por los delitos de terrorismo o apología al terrorismo estén definitivamente excluidos de la carrera magisterial, existe una garantía sólida de que el sistema educativo propagará el respeto por los derechos fundamentales y la Constitución que en aquél donde sí pueden ejercer la docencia sujetos a condiciones no totalmente fiables.

Subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto

231. En el examen de proporcionalidad en sentido estricto, corresponde sopesar los derechos y principios que han entrado en conflicto para determinar cuál de ellos tiene un peso mayor según las circunstancias específicas, y por tanto, cuál de ellos prevalecerá sobre el otro y decidirá el caso. La única pregunta aquí es: ¿es justificable la restricción del principio de resocialización, concretamente, la

rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad (artículo 139.22 de la Constitución) en beneficio de la satisfacción del derecho a la educación, concretamente, el desarrollo integral de la persona, la promoción del conocimiento y el aprendizaje, y la formación ética y cívica que comprenda la enseñanza de la Constitución y los derechos humanos (artículos 13 y 14 de la Constitución). Para absolver tal cuestión se empleará la denominada ley de la ponderación. Esta implica que “cuando mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de importancia de la satisfacción del otro”.

232. En ese sentido, primero se definirá el grado de no satisfacción o restricción del principio de resocialización, luego se definirá el grado de importancia del derecho a la educación, a fin de determinar si la importancia de la satisfacción de este justifica la afectación o la no satisfacción del otro. También se debe tomar en cuenta la seguridad de las premisas epistémicas y, sobre esta base, a las variables relacionadas con el grado de afectación o satisfacción, se les puede atribuir un valor numérico que fluye de la escala triádica, de la siguiente manera: leve, medio e intenso. Por último, a las variables relacionadas con la seguridad de las premisas epistémicas se les puede atribuir un valor de seguridad, que es como sigue: seguro, plausible y no evidentemente falso.

182

233. Así las cosas, el grado de restricción o afectación del principio de resocialización concretamente, la rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad (artículo 139.22 de la Constitución), podría ser catalogado como medio, toda vez que la medida restrictiva de separar del magisterio público –al docente que ha cumplido su pena por los delitos de apología del terrorismo, terrorismo y otras formas agravadas– no anula o vacía de contenido el principio de resocialización de la persona, sino que solamente lo relativiza en un determinado ámbito. En efecto, tal medida restrictiva no expulsa a la persona (docente) en términos generales de la vida en comunidad, sino que sólo la excluye de un ámbito determinado –que merece una protección especial por parte del Estado– como es la permanencia de aquél en la carrera pública magisterial, sin que ello afecte la posibilidad de que la persona se desarrolle libremente en ámbitos distintos al educativo. Por ejemplo, a través del desarrollo de otras actividades profesionales. Con relación a la seguridad de las premisas epistémicas, es claro que su afectación resulta ser plausible, toda vez que no existe certeza de que el sistema educativo público no esté compuesto por personas cuyas actividades profesionales estén reñidas con el respeto por los derechos de la persona y del Estado, la práctica de los derechos humanos, la Constitución, la solidaridad, la tolerancia y el desarrollo de una cultura de paz y democrática.

234. De otro lado, el grado de satisfacción u optimización del derecho a la educación, concretamente, el desarrollo integral de la persona, la formación ética y cívica que comprenda la enseñanza de la Constitución y los derechos humanos (artículos 13 y 14 de la Constitución), podría ser catalogado como intenso, toda vez que, al apartar a los docentes que han cumplido su pena por los delitos de apología al terrorismo, terrorismo y otras forman agravadas antes de ingresar (o ingresar) a la carrera pública magisterial, reduce en casi su totalidad la posibilidad de que el sistema educativo nacional esté orientado a la consecución de objetivos reñidos con el respeto de los derechos fundamentales y con los valores y principios del Estado constitucional. Con relación a la seguridad de las premisas epistémicas, es claro que su afectación resulta ser plausible, toda vez que no existe la certeza de que en el sistema educativo público no se realicen acciones directas o encubiertas reñidas con el respeto de los derechos fundamentales y los valores y principios del Estado, la Constitución y el desarrollo de una cultura de paz y democrática.
235. De la aplicación de la fórmula del peso al principio de resocialización y al derecho a la educación, este Tribunal concluye que la satisfacción en grado intenso del derecho a la educación justifica la restricción del principio de resocialización, afectado solo levemente, lo que hace que presentadas tales circunstancias específicas prevalezca el derecho a la educación frente al de resocialización.

En conclusión, debe confirmarse la constitucionalidad del artículo 49.c de la Ley 29944, y por tanto, desestimarse la demanda en este extremo.

C-4.C. DESTITUCIÓN POR INASISTENCIA

236. Por último, ha sido materia de cuestionamiento el antepenúltimo párrafo del artículo 49.i de la ley bajo análisis, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 49.- Son causales de destitución, la transgresión por acción u omisión de los principios, deberes, obligaciones y prohibiciones en el ejercicio de la función docente, considerado como muy grave. También se consideran faltas o infracciones muy graves, pasibles de destitución, las siguientes (...) i) Incurrir en reincidencia la inasistencia injustificada al centro de trabajo por más de tres (3) días consecutivos o cinco (5) discontinuos en un período de dos (2) meses.

237. Los demandantes sostienen que la disposición legal impugnada permite que el profesor sea sancionado con destitución, por ausentarse del dictado de las

clases; es decir, permiten que el profesor pueda ser sancionado por hechos que suponen el ejercicio del derecho de huelga, propiciada o inducida por el propio Estado. El demandado, por su parte, sostiene que el argumento expuesto carece de fundamento puesto que, de la disposición legal impugnada, no fluye que pueda sancionarse al docente que deje de asistir a clases en el contexto del ejercicio legítimo de sus derechos.

238. El artículo 49.i de la Ley 29944, objeto de impugnación, señala que se consideran faltas o infracciones muy graves, pasibles de sanción de destitución, la “reincidencia [en] la inasistencia injustificada al centro de trabajo por más de tres (3) días consecutivos o cinco (5) discontinuos en un período de dos (2) meses”, por lo que se puede afirmar lo mismo que se expresó con relación al artículo 48.e supra.
239. A juicio del Tribunal, la disposición, no necesariamente se refiere a una sanción sustentada en el abandono, la ausencia o inasistencia (reincidencia) al centro laboral por el ejercicio del derecho de huelga, sino que alude a una generalidad de supuestos, en los que el abandono, la ausencia o inasistencia (reincidencia) pueden obedecer a diversas razones. Tampoco se refiere a la sanción basada en el abandono, la ausencia o inasistencia (reincidencia) del profesor al centro laboral, pese a haber una causa justificada, como puede ser por motivos de enfermedad, citación judicial, fallecimiento de familiares directos, hechos fortuitos o de fuerza mayor, e incluso el ejercicio regular de un derecho fundamental; que de ser tales, es claro que la sanción impuesta resultaría inconstitucional, sino que se hace referencia al hecho del abandono, la ausencia o inasistencia (reincidencia) del profesor en el centro laboral sin justificación alguna.
240. Ante la carencia de justificación, parece claro que el abandono, la ausencia o inasistencia (reincidencia) del profesor al centro laboral merecen ser sancionados, sin que ello suponga una afectación de los derechos de huelga y a la estabilidad o permanencia del profesor en la carrera magisterial. Sostener lo contrario implicaría básicamente tener que admitir excesos en el ejercicio de un derecho fundamental, convirtiéndolo así en un mero pretexto para que, a su amparo, se puedan cometer verdaderos actos antijurídicos que afecten gravemente el servicio público de la educación.
241. Por todo ello, este Tribunal encuentra constitucionalmente legítima la regulación contenida en el artículo 49.i de la Ley 29944, por lo que ratificándose su constitucionalidad, debe desestimarse la demanda también en ese extremo.

IV. 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, las demandas de inconstitucionalidad interpuestas contra el artículo 18.1.d de la Ley N° 29944, Ley de Reforma Magisterial, en el extremo que dispone “(...) ni estar incurso (...)”, por lo que dicha disposición queda subsistente con el siguiente contenido:

“No haber sido condenado en el delito de terrorismo, apología del terrorismo, delito contra la libertad sexual, delitos de corrupción de funcionarios y/o delitos de tráfico de drogas; ni haber incurrido en actos de violencia que atenten contra los derechos fundamentales de la persona y contra el patrimonio, así como haber impedido el normal funcionamiento de los servicios públicos”.

2. Declarar **INFUNDADA** la demanda contra el artículo 18.1.d de la Ley N° 29944, Ley de Reforma Magisterial, en el extremo que establece “ni haber incurrido en actos de violencia que atenten contra los derechos fundamentales de la persona y contra el patrimonio, así como haber impedido el normal funcionamiento de los servicios públicos”, debiéndose **INTERPRETAR** que se refiere a actos de violencia que hayan sido materia de una sentencia condenatoria penal firme, de conformidad con lo expresado en el Fundamento N.º 119 de esta sentencia.
3. Declarar **INFUNDADAS** las demandas de inconstitucionalidad interpuestas contra los artículos 44 y 71.a.9 de la Ley 29944, Ley de Reforma Magisterial,
 - 3.1. debiéndose **INTERPRETAR** el artículo 44 de la Ley de Reforma Magisterial, que cuando establece “El Director de la institución educativa separa preventivamente al profesor y da cuenta al Director de la Unidad de Gestión Educativa Local (UGEL) correspondiente (...)”, se refiere a un acto de separación preventiva del profesor, adoptado mediante resolución debidamente motivada y dictada en armonía con los principios de razonabilidad e interdicción de la arbitrariedad que enmarcan el accionar sancionador de toda autoridad.
 - 3.2. debiéndose **INTERPRETAR** el artículo 71.a.9 de la Ley de Reforma Magisterial que el derecho por licencia sindical al cual se refiere éste, debe interpretarse de conformidad al Convenio 151 de la Organización Internacional del Trabajo.

4. Declarar **INFUNDADAS** las demandas de inconstitucionalidad interpuestas contra los artículos 11, 20, 23, 25, 29, 30, 38, 40.h, 43, 48.e, 49.i, 49.c, 53.d, 56, 75, 78 y primer párrafo de la Primera Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley 29944, Ley de Reforma Magisterial.
5. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda respecto del primer párrafo de la Primera Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley 29944, Ley de Reforma Magisterial.
6. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda respecto de la Ley 29951, del Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013.
7. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda respecto del artículo 134.4 del Decreto Supremo 004-2013-ED, Reglamento de la Ley 29944, y respecto del Decreto Supremo 290-2012-EF.

Publíquese y notifíquese.

SS.

URVIOLA HANI

MIRANDA CANALES

BLUME FORTINI

RAMOS NÚÑEZ

SARDÓN DE TABOADA

LEDESMA NARVÁEZ

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Expedientes 0021-2012-PI/TC, 0008-2013-I/TC, 0009-2013-PI/TC, 0010-2013-PI/TC y 0013-2013-PI/TC

(ACUMULADOS)

COLEGIO DE PROFESORES DEL PERU Y CIUDADANOS

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO MIRANDA CANALES

Con el debido respeto por los señores magistrados, procedo a emitir voto singular en la presente causa respecto del extremo referido al artículo 53,d de la ley que es objeto de demanda, por lo que considero que este extremo debe ser declarado **FUNDADO**, conforme paso a exponer:

1. El artículo 53 literal d) de la Ley N° 29944, establece la jubilación de los profesores incursos en la carrera docente a los 65 años:

Artículo 53.- El retiro de la Carrera Pública Magisterial de los profesores se produce en los siguientes casos: (...) d) Por límite de edad, al cumplir 65 años.

187

2. Como lo reconoce la sentencia en mayoría, ello supone un trato diferenciado con respecto a otros trabajadores.
3. Ahora bien, no todo trato diferenciado resulta *per se* inconstitucional. En efecto, como lo ha precisado la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional, el derecho a la igualdad no garantiza que todos los seres humanos sean tratados de la misma forma siempre y en todos los casos, puesto que resulta válida una diferencia de trato si se sustenta en razones objetivas.
4. A fin de sustentar que la diferenciación de trato, objeto de cuestionamiento constitucional, constituye una medida objetiva, la sentencia en mayoría sostiene que lo que se busca es proteger la mejora en la calidad de la educación. No obstante, no se explica de un modo adecuado de qué manera la educación escolar va a mejorar si se prescinde de los docentes cuyas edades oscilan entre los 65 y 70 años de edad.
5. Al respecto, sólo se señala que se funda en la especial condición en que se encuentran niños y adolescentes. Además, se indica que:

“El Tribunal observa, por otro lado, que las exigencias que se han de esperar de quienes imparten educación no son solo de orden cognitivo. Comprenden también otro tipo de exigencias ergonómicas (sic), entre las cuales las de carácter físico y mental ocupan un lugar especial, puesto que la educación escolar se realiza especialmente con menores de edad”.

6. Es decir, se asume que los profesores jóvenes son más aptos para enseñar en centros educativos, lo que en modo alguno es justificado debidamente.
7. Desde mi punto de vista, no existe ningún criterio objetivo según el cual pueda afirmarse que los profesores de más de 65 años y menos de 70 estén en menor capacidad de asumir funciones docentes y que, excluyéndolos de la carrera docente vaya a mejorar la calidad de la educación. La edad no es un factor que *per se*, vaya a mermar la capacidad para llevar a cabo todo tipo de actividad laboral.
8. Ello, desde luego no impide que puedan ser excluidos de la carrera magisterial, aquellas personas que, independientemente de su edad, no se encuentren en las condiciones físicas y mentales para ejercer la docencia. Así, el artículo 56 de la misma ley prevé el retiro de la carrera pública magisterial de aquellos profesores que hayan sido desaprobados en la evaluación de desempeño laboral (literal c), y de aquellos que presenten incapacidad permanente que le impida ejercer la función docente (literal e).

188

Por lo expuesto, mi voto es porque se declare **FUNDADA** en parte la demanda y, en consecuencia, **INCONSTITUCIONAL** el artículo 53 literal d) de la Ley N° 29944.

SR.

MIRANDA CANALES

EXP. N° 0021-2012-PI (Acumulados)
Colegio de Profesores del Perú y otros

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO BLUME FORTINI

Aún cuando me encuentro conforme, en líneas generales, con la sentencia dictada en el presente proceso, discrepo de la misma en la parte que desestima la inconstitucionalidad demandada del inciso d) del artículo 53 de la Ley 29944, Ley de Reforma Magisterial, el cual preceptúa que el retiro de la Carrera Pública Magisterial se produce “Por límite de edad, al cumplir 65 años.”, por cuanto tal disposición legal y su contenido normativo colisionan con el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú, que establece literalmente que toda persona tiene derecho “A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.”

189

En el presente caso se presenta un grotesco e inconstitucional despropósito, consistente en un tratamiento desigual, injusto y discriminatorio de los profesores que estando en la Carrera Pública Magisterial cumplen 65 años, a los que se obliga a retirarse por el simple hecho de haber llegado a dicha edad, como si tal factor cronológico fuera determinante para su descalificación en cuanto aptitudes y actitudes para el desempeño de la actividad docente, en un mundo en el que el ser humano alarga cada vez más su existencia con calidad de vida y pleno uso de sus facultades, así como en un mundo en el que se patentiza más y más cada día la necesidad de que el maestro cuente con la mayor experiencia posible y la más amplia sapiencia en las materias de su especialidad; calidades para cuya adquisición los años en la actividad son un factor gravitante.

Es desconcertante observar que no obstante que prácticamente en todas las civilizaciones los años y la experiencia han sido valorados y tomados en cuenta por el conocimiento y la sabiduría que se adquieren durante ellos, considerándose al maestro mayor o de mayor edad como cenáculo de conocimientos, de vivencias y de saberes que resultan imprescindibles en el proceso formativo de los educandos, se haya optado por establecer como uno de los criterios para el retiro de la Carrera Magisterial el alcanzar la edad de 65 años, violando el antes referido inciso 2 del artículo 2 de la Constitución, que, como he señalado, prohíbe la discriminación por razón de la edad dentro de los “motivos de otra índole”, en tanto todos somos iguales ante la ley.

La docencia no es una actividad en la que prima la condición física óptima, como en el caso de los profesores de educación física, sino las condiciones mentales y la capacidad intelectual, que permitan una adecuada trasmisión de los contenidos de las diversas asignaturas que se imparten en el proceso de aprendizaje, tanto básico como primario y secundario.

En tal sentido, colocar una edad determinada como un factor para decidir la permanencia o no en la labor docente resulta arbitrario e, incluso, hasta contraproducente, pues permite que, en base al tope impuesto por un factor de temporalidad, se pueda mantener en la condición docente a personas que carezcan de las cualidades suficientes para desempeñar tan noble función y que al revés de ello, se prescindiera de personas que mantienen en perfectas condiciones sus aptitudes o facultades para la enseñanza.

Es más, lo enfatizo, a la luz de la historia nacional y universal, queda demostrado de manera inobjetable que muchas personas con edad longeva han estado muy por encima de las expectativas intelectuales que de ellas se esperaba, y que de haberse prescindido de su participación en los quehaceres o responsabilidades que en su momento se les encomendaron, se hubiera privado a sus sociedades de una estupenda oportunidad de servicio plenamente acreditada en los hechos.

190

Por ello, pretender que el correcto aprendizaje escolar se garantiza *per se* porque un docente tiene menos de 65 años, es partir de una presunción que admite prueba en contrario, pues no existe dato objetivo alguno que demuestre que porque un profesor tiene menos edad que otro, el proceso de enseñanza resulte más óptimo. Al contrario de ello, la experiencia ganada con los años acrecienta las posibilidades de una mejor aptitud docente y de una mejor calidad del proceso de aprendizaje y de la trasmisión de conocimientos.

Por lo demás, el elemento que corrobora el carácter discriminatorio de la norma, se pone de manifiesto en el hecho de alegar, como lo hace la sentencia, que es en función a una política general de empleo que se limita la permanencia de los docentes con mayor edad en beneficio de los docentes que recién ingresan a laborar en tal rubro. Con una lógica de ese tipo, ya no es el objetivo de la enseñanza el que parece resultar el relevante, sino la necesidad de que el Estado priorice la demanda de los jóvenes que anhelan trabajar en la vida docente a cualquier costo social, sea el que sea, incluso el de perjudicar a otras personas, se supone, con iguales derechos y oportunidades, con el riesgo de perjudicar también a los propios educandos.

Finalmente, la sentencia en mayoría incurre en un error inaceptable desde el punto de vista de lo que representa el juicio de proporcionalidad, cuando tras reconocer que pueden existir otras medidas alternas igualmente idóneas para alcanzar el mismo fin

(el mejoramiento en la calidad de la enseñanza), opta por la cuestionada, no obstante reconocer su carácter acentuadamente limitativo. Lo que enseña el principio de proporcionalidad (y en particular, el test de necesidad) es que ante varias medidas restrictivas que permiten satisfacer un bien constitucional determinado, se opta por la menos gravosa o perjudicial, contrariamente a lo que establece la norma objeto de cuestionamiento.

En resumen, por las razones expuestas no comparto en este específico aspecto la tesis que avala la constitucionalidad del inciso d) del artículo 53 de la Ley 29944, toda vez que dicha norma es discriminatoria y desproporcionada, por lo que debió ser declarada inconstitucional y expulsada del ordenamiento jurídico nacional.

SR.

BLUME FORTINI

EXP. N° 0021-2012-PI (Acumulados)
COLEGIO DE PROFESORES DEL PERÚ Y OTROS

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO BLUME FORTINI

Formulo el presente fundamento de voto con relación a la figura de la sentencia aditiva, aplicada en el presente proceso al resolver la impugnación de los artículos 18.1.d, 44 y 71.a.9 de la Ley 29944, Ley de la Carrera Magisterial; figura que permite al Tribunal Constitucional completar el contenido normativo de una disposición legal, a los efectos de hacerla acorde con la Constitución, cuando tal disposición es cuestionada alegando que adolece de inconstitucionalidad por omisión.

Al respecto, debo precisar lo siguiente:

192

1. El Tribunal Constitucional en su calidad de supremo intérprete de la Constitución está habilitado para controlar y superar las omisiones legislativas producidas en las normas con rango de ley, en aplicación del principio de supremacía constitucional, previsto en el artículo 51 de la Carta Fundamental de la República, del que se desprende el efecto normativo de las disposiciones constitucionales (Cfr. fundamentos 12 y 15 de la STC 5427-2009-PC/TC); del principio de colaboración de poderes del Estado, en virtud del cual el Tribunal Constitucional ha venido prestando permanente colaboración a la actividad legislativa (Cfr. fundamento 37 de la STC 0006-2008-PI/TC); y de la necesidad de adecuar los cauces jurídicos del Estado constitucional (Cfr. fundamento 16 de la STC 5427-2009-PC/TC).
2. Frente a casos de inconstitucionalidad por omisión, la sentencia constitucional aditiva actúa como una herramienta integradora y correctiva, pues, sin eliminar la norma impugnada y aplicando los postulados constitucionales que rigen el Estado Constitucional y que se proyectan, así como vinculan, hacía todo el ordenamiento jurídico, suple aquellos defectos de omisión o de desarrollo deficiente, llenando o completando un vacío o laguna normativa.
3. Sin embargo, la sentencia constitucional aditiva no se constriñe ni debe constreñirse únicamente a los casos de desestimación de la inconstitucionalidad invocada, como ha ocurrido en el caso de los extremos resolutivos detallados en los

puntos 2 y 3 (que comprende 3.1 y 3.2) de la sentencia, por cuanto es totalmente viable que se puedan emitir sentencias aditivas cuando se declara fundada la inconstitucionalidad, como ha ocurrido en el punto 1 resolutivo de la misma sentencia dictada en estos autos.

4. Ello es así, en razón que, como lo apunta la doctrina, para la expedición de las sentencias aditivas no constituye un elemento esencial o imprescindible el sentido del fallo, por lo que pueden expedirse tanto cuando es estimatorio como cuando es desestimatorio (Véase al respecto DIAZ REVORIO, Francisco Javier. “Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional. Significado, tipología, efectos y legitimidad. Análisis especial de las sentencias aditivas”. Editorial Lex Nova. Primera edición. España, 2001, pp. 56, 57 y 165).
5. En efecto, mediante una sentencia aditiva se puede desestimar la demanda y declararla infundada, señalándose que el precepto legal impugnado no es inconstitucional siempre que se interprete en determinado sentido (esto es, agregándole a la norma o contenido normativo aquello que le falta para que sea constitucional), pero también se puede estimar la demanda y declararla fundada, en la medida que se señale que tal precepto legal impugnado es inconstitucional por cuanto a su contenido normativo le falta algo para que armonice con la Constitución, por lo que, en adelante, este debe ser aplicado e interpretado con el añadido necesario que lo haga acorde con la Constitución.

SR.

BLUME FORTINI

EXP. N° 0021-2012-PI Y OTROS
C. DE PROESORES Y OTROS

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Conuerdo con lo resuelto y con gran parte de la fundamentación de esta sentencia, pero me aparto de ella en tanto califica innecesaria y equivocadamente a la educación como “servicio público”.

A mi criterio, no es necesario que la educación sea considerada “servicio público” para resolver el presente caso. Adicionalmente, sin embargo, la Constitución Política del Perú no permite hacer tal calificación.

El artículo 58° de la Constitución señala, en efecto, que el Estado “actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.”

194

Tal construcción gramatical es deliberada y cargada de significado: para la Constitución, cada una de estas áreas de acción del Estado es un elemento similar, pero diferente de las demás.

La Real Academia Española, en su *Diccionario de la Lengua Española* (edición 22, Madrid, 2012), explica que una conjunción copulativa (en este caso, “e”), “coordina aditivamente (...) elementos análogos de una misma secuencia”.

Si para la Constitución la educación fuera un servicio público, no estaría ella enunciada por separado en esta lista de áreas de acción del Estado, ya que estaría contenida en el concepto de “servicio público”.

Por demás —como seguramente no pasa inadvertido a mis colegas—, las implicancias de calificar a la educación como “servicio público” pueden ser muy graves.

Tarde o temprano, ello puede llevar a que se piense que el Estado —y no los padres de familia— tiene la responsabilidad central de la misma e incluso debe ser su principal proveedor directo.

A mi criterio, este enfoque del rol del Estado en la educación colisiona con los valores e ideales propios de una sociedad libre, que se desprenden de nuestro texto constitucional.

SARDÓN DE TABOADA

EXP. N° 0021-2012-PI, 0008-2013-PI/TC, 0009-2013-PI/TC, 0010-2013-PI/TC
y 0013-PI/TC

LIMA

LEY DE REFORMA MAGISTERIAL

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Emito el presente fundamento de voto por las siguientes consideraciones:

1. En puridad, resulta por lo menos difícil sustentar que la edad, per se, es un criterio objetivo para determinar la permanencia en la labor docente. Desde nuestra perspectiva, sino es por renuncia, fallecimiento o destitución, el cese debe estar relacionado con la efectiva falta de idoneidad para el cumplimiento de la función docente.
2. Hay pues otras variables que deben tomarse en cuenta. Sin embargo, también debe observarse, en mérito a las especiales características de su labor, los docentes de educación primaria y secundaria deben satisfacer las exigencias intelectuales, académicas y pedagógicas indispensables para la transmisión del conocimiento, pero también deben contar con una determinada aptitud física para el adecuado manejo y control del grupo (prevención de accidentes, control primario de enfrentamientos, etc).
3. Estando a lo expuesto, la edad no parece ser un criterio adecuado para determinar la aptitud o ineptitud académica e intelectual del profesor o profesora, pero si puede ser tomado en cuenta si implica una reducción en la capacidad física indispensable para el desenvolvimiento de la tarea docente cuando se trata de llevarla a cabo con niños y jóvenes.
4. Son estas las consideraciones que me llevan a coincidir con el sentido de voto mayoritario en este punto, aunque en base a una argumentación diferente, ya que la alegación al principio de igualdad no resulta en mi opinión muy sostenible, ya que para mí resulta evidente como aquí no existe un tertium comparationis válido.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Sentencia 00022-2011-PI/TC

Proceso de inconstitucionalidad interpuesto por ciudadanos contra el artículo único de la Ley 29548, diversos artículos del Decreto Legislativo 1094 y diversos artículos del Decreto Legislativo 1095. El Tribunal declaró fundados en parte algunos extremos de las demandas e infundados e improcedentes otros.

Fecha de publicación de la sentencia en el Portal Oficial del TC:
18 de agosto de 2015

Fecha de publicación de la aclaración en el Portal Oficial del TC:
26 de abril de 2016

197

Resumen: El Tribunal Constitucional declaró la constitucionalidad de la delegación realizada por el Congreso de la República al Poder Ejecutivo vía la Ley 29548, mediante la cual se otorgó facultades al Poder Ejecutivo para legislar en materia militar-policial.

Por otro lado, confirmó la constitucionalidad de diversos artículos del Decreto Legislativo 1094, mediante el que se aprobó el Código Penal Militar – Policial, y diversos artículos del Decreto Legislativo 1095, que establece reglas de empleo y uso de la fuerza por parte de las Fuerzas Armadas en el territorio nacional, y declaró fundada en parte la demanda y, en consecuencia, inconstitucionales otros artículos, total o parcialmente, de ambos decretos legislativos. También realizó interpretaciones de los artículos XIV.e y XIV.d del Título Preliminar del D.L. 1094, y de los artículos 3.f, 4.3, 5.1, 23.d y 27 del D.L. 1095. Asimismo, declaró la improcedencia de la demanda, por existir cosa juzgada, contra algunos artículos del D.L. 1094.

Uno de los puntos controversiales era la afectación de la cosa juzgada, en tanto los demandantes alegaron que diversos artículos del Código Penal Militar – Policial estarían afectando dicho principio. Luego de realizar un análisis sobre la cosa juzgada en las sentencias de inconstitucionalidad, el Tribunal señaló que debía distinguirse si existía o no una controversia constitucional “sustancialmente igual” entre la nueva de-

manda y la resuelta con anterioridad en la Sentencia 00012-2006-PI/TC, es decir, si la nueva pretensión planteaba un asunto que constituía la denominada “cosa juzgada constitucional”.

Por otro lado, los demandantes señalaron que los delitos tipificados desconocen y desnaturalizan la jurisprudencia constitucional en materia de delitos de función establecidos en las sentencias 00017-2003-AI/TC y 00012-2006-PI/TC. Al respecto, el Tribunal reafirmó que la calificación o no de un delito como de función dependerá de que en cada caso se verifique la concurrencia de sus tres elementos: (i) elemento subjetivo; (ii) elemento funcional; y, (iii) elemento objetivo.

Teniendo en cuenta las precisiones anteriores, el Tribunal realizó un análisis en diversos niveles respecto de cada disposición legal impugnada. Finalmente, el Tribunal analizó la normativa sobre el uso de la fuerza para el control del orden interno, ante grupos hostiles y durante los estados de excepción.

Algunos aspectos importantes del fallo serían esclarecidos mediante un auto de aclaración posterior.

Temas Claves: Cosa juzgada — delegación de facultades legislativas — delitos de función — justicia militar policial — uso de la fuerza.

PLENO JURISDICCIONAL

Expediente 00022-2011-PI/TC

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Del 8 de julio de 2015

CIUDADANOS C. CONGRESO DE LA REPÚBLICA Y PODER EJECUTIVO

Asunto

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra el artículo único de la Ley 29548, diversos artículos del Decreto Legislativo N. ° 1094 y diversos artículos del Decreto Legislativo N. ° 1095

Magistrados firmantes:

199

SS.

URVIOLA HANI

MIRANDA CANALES

BLUME FORTINI

RAMOS NÚÑEZ

LEDESMA NARVÁEZ

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

EXP. N.º 00022-2011-PI/TC

LIMA

MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 8 días del mes de julio de 2015, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Urviola Hani, Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada, Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, con los votos singulares de los magistrados Miranda Canales, Blume Fortini, Sardón de Taboada, Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera, que se agregan.

I. ASUNTO

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por 6430 ciudadanos, representados por Miguel Jugo Viera, contra el Artículo Único de la ley 29548, que otorga facultades al Poder Ejecutivo para legislar en materia militar-policial sobre el uso de la fuerza y normas procesales y penitenciarias relacionadas a militares y policías procesados o condenados; contra los artículos 60, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 95, 96, 97, 130, 131, 132, 140 y 142 del Decreto Legislativo N.º 1094, mediante el que se aprobó el Código Penal Militar - Policial; y contra los artículos 3.f, 4.3, 5.1, 7, 8.1, 9, 13.2 y 27 del Decreto Legislativo N.º 1095, que establece reglas de empleo y uso de la fuerza por parte de las Fuerzas Armadas en el territorio nacional.

II. DISPOSICIONES CUESTIONADAS

A. DISPOSICIONES DE LA LEY N.º 29548

Han sido impugnadas las siguientes disposiciones:

Artículo Único.- Disposición autoritativa

Delégase en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar sobre las materias siguientes:

- a) La dación de un nuevo Código de Justicia Militar Policial y la optimización de la Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial, dentro de los parámetros constitucionales vigentes.
- b) La dación de legislación sobre el empleo y uso de la fuerza por parte del personal de las Fuerzas Armadas, dentro de los parámetros constitucionales vigentes.
- c) La dación de normas procesales y penitenciarias relacionadas exclusivamente al personal militar y policial que ha sido procesado o condenado por delitos que implican violación de derechos humanos.

La delegación a que se refiere el presente artículo es por sesenta (60) días contados a partir de la vigencia de la presente Ley.

B. DISPOSICIONES DEL DECRETO LEGISLATIVO N.º 1094

Han sido impugnadas las siguientes disposiciones:

Artículo 60.- Rebelión militar policial

Comete delito de rebelión y será sancionado con pena privativa de libertad no menor de quince ni mayor de veinticinco años y con la accesoria de inhabilitación, el militar o el policía que se levante en armas y en grupo para:

1. Aislar una parte del territorio de la República,
2. Alterar o afectar el régimen constitucional,
3. Sustraer de la obediencia del orden constitucional a un grupo o parte de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional;
4. Impedir la formación, funcionamiento o renovación de instituciones fundamentales del Estado.

Si realiza dichas conductas empleando las armas que la Nación le confió para su defensa, la pena privativa de libertad será no menor de veinte años.

Artículo 62.- Sedición

El militar o el policía que en grupo se levante en armas para impedir el cumplimiento de alguna norma legal, sentencia o sanción, incumplir una orden del servicio, deponer a la autoridad legítima, bajo cuyas órdenes se encuentren, impedir el ejercicio de sus funciones, o participar en algún acto de alteración del orden público, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de quince años, con la accesoria de inhabilitación.

Si para realizar tales actos emplea las armas que la Nación le confió para su defensa, la pena privativa de libertad será no menor de quince años.

201

Artículo 63.- Motín

Comete delito de motín el militar o el policía, que en grupo:

1. Se resiste o se niega a cumplir una orden del servicio.
2. Exige la entrega de sueldos, raciones, bienes o recursos o efectúa cualquier reclamación.
3. Ocupa indebidamente una instalación, medio de transporte o lugar sujeto a autoridad militar o policial en detrimento de una orden superior o de la disciplina.

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años, con la accesoria de inhabilitación.

Artículo 64.- Negativa del militar o del policía a evitar rebelión, sedición o motín

El militar o el policía que, contando con los medios necesarios para hacerlo, no evita la comisión de los delitos de rebelión, sedición o motín o su desarrollo, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de la mitad del máximo señalado para el delito que se perpetra.

Artículo 65.- Colaboración con organización ilegal

El militar o el policía que instruye o dota de material bélico a cualquier grupo armado no autorizado por la ley, organización delictiva o banda, o colabora con ellos de cualquier manera, aprovechando su función militar policial, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinte ni mayor de treinta años y la accesoria de inhabilitación.

Artículo 66.- Falsa alarma

El militar o el policía que cause falsa alarma, confusión o desorden entre el personal militar o policial o entre la población donde las fuerzas estuvieren presentes, y atente contra la operación militar o policial, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y la accesoria de inhabilitación.

Artículo 67.- Derrotismo

El militar o el policía que durante un conflicto armado internacional en el que el Perú es parte realice actos, profiera palabras o haga declaraciones derrotistas, cuestione públicamente las operaciones bélicas que se llevan a cabo o la capacidad de las Fuerzas Armadas o Policiales peruanas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años, con la accesoria de inhabilitación.

202

Artículo 68.- Conspiración del personal militar policial

El militar o el policía que tomare parte en una conspiración de dos o más personas para cometer delitos de rebelión, sedición o motín será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de la mitad del máximo de la prevista para el delito que se trataba de perpetrar.

Artículo 81.- Devastación

El militar o el policía que, en estados de excepción y cuando las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno, sin justa causa destruya edificios, templos, archivos, monumentos u otros bienes de utilidad pública, o ataque hospitales o asilos de beneficencia señalados con los signos convencionales, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de doce años.

Si el autor incurre en el agravante del inciso 17 del artículo 33 será reprimido con pena privativa de libertad no menor de diez años.

Artículo 82.- Saqueo, apropiación y destrucción

El militar o el policía que, en estados de excepción y cuando las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno saquee o, de manera no justificada por las necesidades de la operación o misión militar o policial, destruya, se apropie o confisque bienes será sancionado con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años.

Si el autor incurre en el agravante del inciso 17 del artículo 33 será reprimido con pena privativa de libertad no menor de diez años.

Artículo 83.- Confiscación arbitraria

El militar o el policía que, en estados de excepción y cuando las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno, de manera no justificada por las necesidades de la operación o misión militar o policial, ordene o practique confiscaciones, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años.

Artículo 84.- Confiscación con omisión de formalidades

El militar o el policía que en estados de excepción y cuando las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno confisque sin cumplir con las formalidades legales y sin que circunstancias especiales lo obliguen a ello, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años.

Artículo 85.- Exacción

El militar o el policía que, en estados de excepción y cuando las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno abusando de sus funciones, obligue a una o varias personas integrantes de la población civil a entregar, o a poner a su disposición cualquier clase de bien o a suscribir o entregar documentos capaces de producir efectos jurídicos, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años.

203

Artículo 86.- Contribuciones ilegales

El militar o el policía que, en estados de excepción y cuando las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno, sin facultad legal y sin justa causa establezca contribuciones, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años.

Artículo 87.- Abolición de derechos y acciones

El militar o el policía que, en estados de excepción y cuando las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno, disponga que los derechos y acciones de los miembros de la parte adversaria quedan abolidos, suspendidos o no sean reclamables ante un tribunal, en violación de las normas del derecho internacional, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de doce años.

Artículo 88.- Delitos contra personas protegidas por el Derecho Internacional Humanitario

El militar o el policía que, en estados de excepción y cuando las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno, utilice a menores de dieciocho años en las hosti-

lidades, deporte o traslade forzosamente personas o tome como rehén a una persona protegida por el Derecho Internacional Humanitario será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años.

Artículo 89.- Lesiones fuera de combate

El militar o el policía que, en estados de excepción y cuando las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno, lesione a un miembro de las fuerzas adversarias, después de que se haya rendido incondicionalmente o se encuentre de cualquier otro modo fuera de combate, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de diez años.

Artículo 90.- Confinación ilegal

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco años ni mayor de diez años, el militar o el policía que en estados de excepción y cuando las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno:

1. Mantenga confinada ilegalmente a una persona protegida por el Derecho Internacional Humanitario o demore injustificadamente su repatriación.
2. En los supuestos menos graves, la pena privativa será no menor de dos ni mayor de cinco años.
3. Como miembro de una potencia ocupante traslade a una parte de su propia población civil al territorio que ocupa.
4. Obligue mediante violencia o bajo amenaza de un mal grave a una persona protegida a servir en las fuerzas armadas de una potencia enemiga, u
5. Obligue a un miembro de la parte adversa, mediante violencia o bajo amenaza de un mal grave, a tomar parte en operaciones bélicas contra su propio país.

204

Artículo 91.- Métodos prohibidos en las hostilidades

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de veinticinco años, el militar o el policía que, en estados de excepción y cuando las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno:

1. Ataque por cualquier medio a la población civil, o a una persona que no toma parte directa en las hostilidades.
2. Ataque por cualquier medio objetos civiles, siempre que estén protegidos como tales por el Derecho Internacional Humanitario, en particular edificios dedicados al culto religioso, la educación, el arte, la ciencia o la beneficencia, los monumentos históricos; hospitales y lugares en que se agrupa a enfermos y heridos; ciudades, pueblos, aldeas o edificios que no estén defendidos o zonas desmilitari-

zadas; así como establecimientos o instalaciones susceptibles de liberar cualquier clase de energía peligrosa.

3. Ataque por cualquier medio de manera que prevea como seguro que causará la muerte o lesiones de civiles o daños a bienes civiles en medida desproporcionada a la concreta ventaja militar esperada.
4. Utilice como escudos a personas protegidas por el Derecho Internacional Humanitario para favorecer las acciones bélicas contra el adversario u obstaculizar las acciones de este contra determinados objetivos.
5. Provocar o mantener la inanición de civiles como método en la conducción de las hostilidades, privando de los objetos esenciales para su supervivencia u obstaculizando el suministro de ayuda en violación del Derecho Internacional Humanitario.
6. Como superior ordene o amenace con que no se dará cuartel, o 7. Ataque a traición a un miembro de las fuerzas armadas enemigas o a un miembro de la parte adversa que participa directamente en las hostilidades, con el resultado de los incisos 16 o 17 del artículo 33.

Artículo 92.- Medios prohibidos en las hostilidades

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años el militar o el policía que en estados de excepción y cuando las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno:

1. Utilice veneno o armas venenosas.
2. Utilice armas biológicas o químicas o
3. Utilice balas que se abran o aplasten fácilmente en el cuerpo humano, en especial balas de camisa dura que no recubra totalmente la parte interior o que tengan incisiones.

Artículo 93.- Forma agravada

Si el autor incurre en la figura agravante del inciso 17 del artículo 33 será reprimido con pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de treinta años. Si incurre en la figura agravante del inciso 16 del artículo 33 será reprimido con pena privativa de libertad no menor de nueve ni mayor de dieciocho años.

Artículo 95.- Delitos contra operaciones humanitarias

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años, el militar o el policía que en estados de excepción y cuando las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno:

1. Ataque a personas, instalaciones materiales, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a civiles o a objetos civiles con arreglo al Derecho Internacional Humanitario, o
2. Ataque a personas, edificios materiales, unidades sanitarias o medios de transporte sanitarios que estén identificados con los signos protectores de los Convenios de Ginebra de conformidad con el Derecho Internacional Humanitario.

Artículo 96.- Utilización indebida de los signos protectores

El militar o el policía que, en estados de excepción y cuando las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno, utiliza de modo indebido los signos protectores de los Convenios de Ginebra, la bandera blanca, las insignias militares, el uniforme o la bandera del adversario o de las Naciones Unidas, con el resultado de los incisos 16 o 17 del artículo 33, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de veinte años.

Artículo 97.- Daños extensos y graves al medio ambiente natural

El militar o el policía que, en estados de excepción y cuando las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno, ataque con medios militares desproporcionados a la concreta y directa ventaja militar esperada y sin justificación suficiente para la acción, pudiendo haber previsto que ello causaría daños extensos, duraderos e irreparables al medio ambiente, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años.

Artículo 130.- Exceso en el ejercicio del mando

El militar o el policía que se exceda en las facultades de empleo, mando o de la posición en el servicio, u ordenare cometer cualquier acto arbitrario en perjuicio de la función militar policial o del personal militar o policial, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de seis años y el pago de ciento ochenta días multa. Si a consecuencia de los excesos se incurre en la figura agravante del inciso 16 del artículo 33, la pena privativa de libertad será no menor de cuatro ni mayor de diez años, con la accesoria de separación absoluta del servicio y el pago de trescientos sesenta días multa. Si los excesos se cometen en enfrentamiento contra grupo hostil o conflicto armado internacional o frente al adversario o si se configura la agravante del inciso 17 del artículo 33, la pena privativa de libertad será no menor de diez ni mayor de veinticinco años.

Artículo 131.- Modalidad culposa en el ejercicio de grado, jerarquía o mando

El militar o el policía que por negligencia, impericia o imprudencia en el uso de las armas, medios defensivos u otro material, ocasione los resultados de los incisos 16

o 17 del artículo 33 u otros daños a un militar o policía, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de ocho años, con la accesoria de inhabilitación.

Artículo 132.- Excesos en el ejercicio del mando en agravio del subordinado

El militar o el policía que veje o ultraje gravemente al subordinado, impida que el subordinado presente, continúe o retire recurso de queja o reclamación, exija al subordinado la ejecución indebida o la omisión de un acto propio de su función, será sancionado con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años.

Artículo 140.- Certificación falsa sobre asuntos del servicio

El militar o el policía que expida certificación falsa sobre asuntos del servicio, en provecho propio o de otro militar o policía, sobre hechos o circunstancias que habiliten a alguien para obtener cargo, puesto, función o cualquier otra ventaja o lo exima de ellos, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años, con la accesoria de inhabilitación.

Artículo 142.- Destrucción de documentación militar policial

El militar o el policía que destruya, suprima u oculte, documentación, en beneficio propio o de otro militar o policía, poniendo en peligro el servicio o la operación militar o policial, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de un año ni mayor de cuatro años.

207

C. DISPOSICIONES DEL DECRETO LEGISLATIVO N.º 1095

Han sido impugnadas las siguientes disposiciones:

Artículo 3.- Definición de términos

Para los efectos del presente Decreto Legislativo, se entiende por: [...]

- f. Grupo hostil.- Pluralidad de individuos en el territorio nacional que reúnen tres condiciones: (i) están mínimamente organizados; (ii) tienen capacidad y decisión de enfrentar al Estado, en forma prolongada por medio de armas de fuego, punzo cortantes o contundentes en cantidad; y, (iii) participan en las hostilidades o colaboran en su realización.

Artículo 4.- Finalidad de la intervención de las Fuerzas Armadas

La intervención de las Fuerzas Armadas en defensa del Estado de Derecho y protección de la sociedad se realiza dentro del territorio nacional con la finalidad de: [...]

- 4.3 Prestar apoyo a la Policía Nacional, en casos de tráfico ilícito de drogas, terrorismo o protección de instalaciones estratégicas para el funcionamiento del país, servicios públicos esenciales y en los demás casos constitucionalmente justifica-

dos cuando la capacidad de la Policía sea sobrepasada en su capacidad de control del orden interno, sea previsible o existiera peligro de que ello ocurriera.

Artículo 5.- Determinación del marco jurídico aplicable

Cada una de las situaciones consideradas en el presente artículo, se rige por los principios señalados y definidos en el Título correspondiente del presente Decreto Legislativo.

5.1 Cuando la actuación de las Fuerzas Armadas en Estado de Emergencia se orienta a conducir operaciones militares para enfrentar la capacidad de un grupo hostil o elemento de éste, rigen las normas del Derecho Internacional Humanitario.

Artículo 7.- Principios

Los principios rectores que rigen antes, durante y después del empleo de la fuerza son los reconocidos por las normas del Derecho Internacional Humanitario, y son los siguientes:

- a. Humanidad.- Las personas puestas fuera de combate y aquellas que no participen directamente de las hostilidades son respetadas, protegidas y tratadas con humanidad. En el mismo sentido, las personas que participan directamente de las hostilidades no son objeto de sufrimientos innecesarios.
- b. Distinción.- Es la diferenciación que se debe realizar entre quienes participan y quienes no participan directamente de las hostilidades. La población civil no puede ser objeto de ataque. Debe distinguirse entre los objetivos militares y aquellos que no lo son. Sólo los objetivos militares pueden ser objeto de ataque.
- c. Limitación.- Los medios y métodos de empleo de la fuerza en el enfrentamiento no son ilimitados, El Derecho Internacional Humanitario prohíbe el empleo de aquellos que pudiesen causar daños o sufrimientos innecesarios.
- d. Necesidad militar.- Es aquella que justifica el empleo de la fuerza y que permite obtener la legítima y concreta ventaja militar esperada. Este principio no constituye excusa para conducta alguna que esté prohibida por el Derecho Internacional Humanitario.
- e. Proporcionalidad.- Autoriza una operación militar cuando sea previsible que no causará daños incidentales entre la población civil o daños a bienes de carácter civil, que sean excesivos en relación con la ventaja militar concreta y prevista.

Artículo 8.- Carácter vinculante

8.1 Los miembros de las Fuerzas Armadas que intervienen en las operaciones militares desde su planeación, decisión, conducción, y con posterioridad a ellas, en

las situaciones previstas en el artículo 5.1 del presente Decreto Legislativo, se sujetan a las normas del Derecho Internacional Humanitario y a las del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que sean aplicables.

Artículo 9.-

La aplicación del Derecho Internacional Humanitario no surte efectos sobre el estatus jurídico de quienes intervienen en las hostilidades.

Artículo 13.- Reglas de enfrentamiento

[...]

13.2 El empleo de la fuerza por las Fuerzas Armadas contra un grupo hostil durante el Estado de Emergencia se sujeta a las reglas de enfrentamiento, ejecutándose las operaciones de conformidad con el Derecho Internacional Humanitario.

Artículo 27.- Competencia del Fuero Militar Policial

Las conductas ilícitas atribuibles al personal militar con ocasión de las acciones realizadas, en aplicación del presente Decreto Legislativo o en ejercicio de su función, son de jurisdicción y competencia del Fuero Militar Policial, de conformidad al artículo 173 de la Constitución Política”.

III. ANTECEDENTES

1. ARGUMENTOS DE LA DEMANDA

Con fecha 22 de diciembre de 2011, seis mil cuatrocientos treinta ciudadanos, representados por Miguel Jugo Viera, interponen demanda de inconstitucionalidad contra el Artículo Único de la Ley 29548, que otorga facultades al Poder Ejecutivo para legislar en materia militar-policial, en relación con el uso de la fuerza y sobre normas procesales y penitenciarias relacionadas a militares y policías procesados o condenados; contra los artículos 60, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 95, 96, 97, 130, 131, 132, 140 y 142 del Decreto Legislativo N.º 1094, mediante el que se aprobó el Código Penal Militar - Policial; y contra los artículos 3.f, 4.3, 5.1, 7, 8.1, 9, 13.2 y 27 del Decreto Legislativo 1095, que establece reglas de empleo y uso de la fuerza por parte de las Fuerzas Armadas en el territorio nacional.

- Alegan, en primer lugar, que la Ley N.º 29548 resulta inconstitucional por la forma y por el fondo ya que carece de motivación, contradice la naturaleza excepcional de la delegación de facultades y delega materias que no son susceptibles de ser delegadas, además de violar derechos como el debido proceso, la tutela procesal efectiva, a la verdad y a la protección judicial de las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos.

- Sostienen los demandantes que los Decretos Legislativos N. ° 1094 y N. ° 1095 violan las garantías judiciales de la cosa juzgada, el juez natural, la prohibición del avocamiento y la independencia e imparcialidad de los jueces, desnaturalizan los delitos de función y autorizan que jueces militares conozcan sobre ilícitos penales de carácter común.
- Por último refieren que el Decreto Legislativo N.° 1095 viola el carácter excepcional y restrictivo de la participación de las Fuerzas Armadas en el control del orden interno, crea nuevos supuestos de intervención y colisiona además con los artículos 45, 51, 138 y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución.

2. ARGUMENTOS DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA PRESENTADA POR EL APODERADO DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Con fecha 10 de septiembre de 2012, el Apoderado del Congreso de la República contesta la demanda y solicita que sea declarada infundada.

- Sostiene que la Ley N. ° 29548 delega facultades en ejercicio de una potestad a la que considera discrecional y toda vez que consigna claramente la materia específica (que no resulta indelegable, según concluye) y el plazo determinado, resulta claramente conforme con la Constitución.
- Aduce que en el proceso de inconstitucionalidad no se puede examinar la conveniencia u oportunidad de las medidas legislativas que se cuestionan porque el control es jurisdiccional y no político, ámbito este último donde el legislador no requiere desarrollar motivación para la validez del acto legislativo.
- En relación con la inconstitucionalidad por el fondo de la misma ley, precisa que no vulnera el derecho a la verdad porque lo delegado no impide la investigación o sanción del personal militar o policial que incurra en delitos y tampoco promueve la impunidad de los crímenes contra los derechos humanos.
- Por último, afirma que en anteriores oportunidades el Congreso de la República ha delegado facultades respecto de normas procesales (Ley N. ° 29009) y de normas penitenciarias (Ley N. ° 27913) sin que se haya objetado su procedencia. Agrega que en la STC 00024-2010-AI el Tribunal Constitucional examinó la constitucionalidad del Decreto Legislativo N. ° 1097 (aprobado a tenor de la delegación de facultades prevista en la misma norma impugnada y cuestionada en autos), y expidió un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, sin haber objetado en esa oportunidad la materia de la delegación.

3. ARGUMENTOS DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA PRESENTADA POR EL PROCURADOR PÚBLICO ESPECIALIZADO EN MATERIA CONSTITUCIONAL DEL MINISTERIO DE JUSTICIA

Con fecha 10 de septiembre de 2012, el Procurador Público Especializado en materia constitucional, en representación del Poder Ejecutivo, contesta la demanda, solicitando que la sea declarada infundada.

- Alega que las disposiciones cuestionadas del Decreto Legislativo N.º 1094 deben ser divididas en dos grupos: a) aquellas respecto de las que el demandante plantea que afectan el derecho a la cosa juzgada dado que reiterarían el contenido de normas declaradas inconstitucionales en el expediente 00012-2006-PI/TC; y b) aquellas otras respecto de las que se alega que resultarían contrarias al artículo 173 de la Constitución, sobre la definición del delito de función como competencia de la justicia militar.
- Respecto de lo primero sostiene que la cosa juzgada constitucional prevista en el artículo 82 del Código Procesal Constitucional resulta predicable de las sentencias desestimatorias y no de las estimatorias, y que por no configurarse debería declararse infundada la demanda. Sin perjuicio de ello arguye que el parámetro que debe tomarse en cuenta es el artículo 173 de la Constitución, que reconoce a la justicia militar como parte del sistema constitucional de administración de justicia.
- En relación con lo segundo sostiene que el delito de función ha sido definido como aquél que tiene tres elementos concurrentes y que determinan la competencia del fuero militar. Estos son: a) el sujeto que realiza la acción que debe ser un militar o policía en actividad, b) la conducta realizada que debe haber sido llevada a cabo con ocasión del servicio militar o policial y c) los bienes jurídicos afectados, que deben ser bienes jurídicos castrenses o policiales, que son aquellos esenciales para el cumplimiento de las funciones y competencias encomendadas por los artículos 165, 166, 169 y 171 de la Constitución.
- Por último expone que la demanda también debe ser rechazada en el extremo que cuestiona el Decreto Legislativo N.º 1095, en primer lugar porque no indica la norma constitucional afectada, y en segundo lugar porque presenta una interpretación errónea de las disposiciones cuestionadas que resultan conformes con la Constitución.

4. ARGUMENTOS DEL INFORME ESCRITO PRESENTADO POR EL PARTÍCIPE

Con fecha 24 de septiembre de 2012, el contralmirante AP (r) Carlos Enrique Mesa Angosto, en representación del Fuero Militar Policial, incorporado como partícipe por resolución del 20 de julio del 2012, presenta informe escrito, en el que insta a que la demanda sea declarada infundada.

- Sostiene que es innegable que la sanción del delito de función en el Fuero Militar Policial es fundamental para la preservación del orden y la disciplina dentro de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, así como para el cumplimiento de sus funciones constitucionales, de defensa y seguridad de la República, lo que a su vez asegura la preservación del orden constitucional.
- Alega que resulta claro que en el presente caso no se vulnera la cosa juzgada constitucional, toda vez que el parámetro de juzgamiento a utilizar en el presente caso es diferente al que se empleó en pronunciamientos anteriores y que la disposición objeto de control no es la misma.
- Afirma que en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos se ha optado por acoger la tesis funcional del delito de función, que admite en la construcción del tipo penal castrense la referencia de un elemento (objeto, sujeto, acción o resultado) previsto también en un tipo penal común, siempre que la finalidad del ilícito castrense sea la tutela de bienes jurídicos vinculados con las funciones de las Fuerzas Armadas y Policiales.
- Luego de analizar cada uno de los tipos impugnados concluye que resultan plenamente constitucionales porque tutelan bienes jurídicos vinculados a las funciones de las fuerzas del orden y guardan plena concordancia con la tesis funcional del delito de función, plasmada en la sentencia de la Corte IDH recaída en el Caso Radilla Pacheco vs. México.
- Por último, aduce que el vigente Código Penal Militar Policial contiene suficientes garantías constitucionales jurisdiccionales, procesales y penales que aseguran un juicio independiente, imparcial y respetuoso de los Derechos Humanos, en sintonía con la Constitución y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

IV. FUNDAMENTOS

1. De distinta entidad son los cuestionamientos que se han formulado con la demanda. Por ello, con el objeto de ordenar del mejor modo el pronunciamiento de este Tribunal, se ha considerado absolver las réplicas de constitucionalidad del siguiente modo:

- (i) En primer lugar, se considerarán las objeciones planteadas a la Ley N° 29548, publicada el 03 de julio de 2010 en el Diario Oficial El Peruano, mediante la cual se otorgó facultades al Poder Ejecutivo para legislar, en materia militar-policial, el uso de la fuerza y dictar normas procesales y penitenciarias relacionadas a militares y policías procesados o condenados por violación de derechos humanos.
 - (ii) En segundo lugar, se evaluará si los diferentes tipos penales que contiene el Decreto Legislativo N.º 1094, publicado el 01 de setiembre de 2010 en el Diario Oficial El Peruano, son (o no) compatibles con la Ley Fundamental;
 - (iii) En tercer lugar, se juzgará si las diversas disposiciones que forman parte del Decreto Legislativo N° 1095, publicado el 01 de setiembre de 2010 en el Diario Oficial El Peruano, que establece reglas de empleo y uso de la fuerza por parte de las Fuerzas Armadas en el territorio nacional, son conformes con la Ley Fundamental.
 - (iv) Finalmente, se precisará los efectos de la presente sentencia.
2. Un escrutinio de esta naturaleza ha de realizarse, evidentemente, a partir del modelo de jurisdicción militar que contiene la Constitución. Y puesto que diversos cuestionamientos tienen como fundamento la afectación de derechos constitucionales, tal control también ha de realizarse conforme a los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Estado, sin perder de vista la jurisprudencia que sobre ellos hubiesen emitido los tribunales internacionales, que son sus intérpretes especializados. Esta es una exigencia que se deriva de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, así como del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

A. LA LEY N.º 29548 Y LA DELEGACIÓN DE FACULTADES AL PODER EJECUTIVO

3. La primera cuestión que se ha planteado tiene que ver con la objeción realizada contra el artículo único de la Ley N°. 29548, mediante el cual se confirió al Poder Ejecutivo competencia para legislar delegadamente en diversas materias asociadas –unas más, otras menos- al derecho penal militar.
4. El artículo único de la Ley N.º 29548 establece lo siguiente:

Artículo Único.- Delégase en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar sobre las materias siguientes: a) La dación de un nuevo Código de Justicia Militar Policial y la optimización de la Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial, dentro de los parámetros constitucionales vigentes.

b) La dación de legislación sobre el empleo y uso de la fuerza por parte del personal de las Fuerzas Armadas, dentro de los parámetros constitucionales vigentes. c) La dación de normas procesales y penitenciarias relacionadas exclusivamente al personal militar y policial que ha sido procesado o condenado por delitos que implican violación de derechos humanos. La delegación a que se refiere el presente artículo es por sesenta (60) días contados a partir de la vigencia de la presente Ley.

5. El artículo 104 de la Constitución expresa que

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

6. Se ha objetado que al expedirse la ley autoritativa, ésta no respetó los límites que la Constitución le impone: ¿Está sujeta a límites la potestad de delegar en el Poder Ejecutivo la competencia de legislar mediante decretos legislativos? En la demanda se ha afirmado que sí, y que la primera de ellas sería su carácter excepcional. Ello sería así puesto que la Constitución ha conferido la titularidad de su ejercicio al Congreso de la República. En su opinión, tal configuración obedecería al hecho de que la aprobación parlamentaria de la ley está sujeta a principios y condiciones que no existen cuando esta se realiza por el Poder Ejecutivo; a saber, el carácter público del proceso legislativo, el respeto del pluralismo político, como consecuencia de que en él se encuentran representados todos los sectores de la sociedad; la deliberación y el debate democrático así como la promoción del consenso.
7. A diferencia suya, el apoderado del Congreso ha sostenido que tal excepcionalidad no está asociada al hecho de que pueda delegarse facultades legislativas sobre materias que “no pueden ser abordadas y legisladas por el Congreso”, o sobre “materias complejas que escapan al entendimiento del legislador”, sino únicamente a que el Poder Ejecutivo puede legislar aquellas materias que de manera específica se le ha delegado, y dentro del plazo que se le ha instituido para hacerlo.
8. El Tribunal es de la opinión que las objeciones planteadas carecen de relevancia constitucional. La legislación ejecutiva delegada se encuentra institucionalizada en el artículo 104 de la Constitución. Su dictado es consecuencia del ejercicio de dos tipos de competencias que corresponden, a su vez, a dos poderes del Estado distintos. Por un lado, del titular de la política legislativa del Estado —el Congreso—, al cual se ha investido de la competencia constitucional, de ejercicio discrecional, para delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de regular, mediante decretos legislativos, temas que se encuentran dentro de su ámbito de compe-

tencia. Y por otro, del Poder Ejecutivo, al cual se ha investido de la competencia normativa de dictar decretos legislativos, con rango de ley, siempre que medie la correspondiente autorización del Parlamento para expedirlos.

9. La legislación ejecutiva delegada es el resultado institucional del ejercicio de la competencia de ejercer función legislativa con que la Constitución ha investido al Poder Ejecutivo. En ese sentido, los decretos legislativos son fuentes del derecho que el Ejecutivo expide en ejercicio de una competencia que le es propia, dentro de las materias y plazos que establezca la ley de habilitación. Durante el lapso en el que el Parlamento delega al Ejecutivo la potestad de dictar legislación delegada, el primero no pierde la competencia para ejercer la función legislativa.
10. La delegación de facultades legislativas que contiene la ley autoritativa no comprende la *potestas*. No solo porque la habilitación para expedir legislación delegada está circunscrita a determinadas materias fijadas en la ley autoritativa, sino porque en un modelo de Estado constitucional y democrático de Derecho, edificado bajo el principio de separación de poderes y distribución de funciones, es inadmisibles que un poder del Estado, o alguno de sus órganos constitucionales, pueda transferir a otro una competencia que la Ley Fundamental le ha asignado.
11. Puesto que detrás de la legislación ejecutiva delegada subyacen 2 competencias constitucionales distintas son diversos, igualmente, los límites que al ejercicio de cada uno de ellas impone el artículo 104 de la Constitución.
12. Por lo que se refiere a las exigencias que han de observarse en la *habilitación* para dictarse decretos legislativos delegados, el Tribunal recuerda que ésta:
 - (a) Solo puede tener como destinatario al Poder Ejecutivo, de modo que queda excluida la posibilidad de que tal habilitación pueda realizarse a favor de otros poderes del Estado u órganos constitucionales;
 - (b) tiene que ser aprobada por una ley en sentido formal, es decir, a través de una ley ordinaria, aprobada y sancionada por el Parlamento o, en su caso, por su Comisión Permanente;
 - (c) requiere de una ley que fije o determine la materia específica que se autoriza legislar, de manera que no es admisible las delegaciones generales, indefinidas o imprecisas; y, a su vez, que ella identifique con exactitud el plazo dentro del cual podrá dictarse la legislación ejecutiva delegada; y
 - (d) no comprende lo que atañe a la reforma constitucional, la aprobación de tratados que requieran de habilitación legislativa, leyes orgánicas, la Ley del Presupuesto y la Ley de la Cuenta General de la República.

13. Por otro lado, el artículo 104 de la Constitución precisa los límites que, a su vez, el Poder Ejecutivo está en la necesidad de observar con ocasión de la expedición de la legislación ejecutiva delegada. Estos límites, además de los que vienen impuestos explícita o implícitamente por la Constitución, esencialmente están constituidos por aquellos fijados en la ley habilitante. Se tratan, a saber, de:
- (a) Límites temporales, de modo que la legislación delegada habrá de dictarse dentro del plazo con que se cuenta con habilitación para legislar; y
 - (b) límites materiales, por lo que la legislación delegada habrá de desarrollar cumplidamente las materias identificadas en la ley autoritativa.
14. En el caso de la Ley N° 29548, se ha objetado que esta no haya observado el carácter excepcional que tiene la autorización para legislarse delegadamente. Según se ha afirmado, la función legislativa

[...] solo bajo determinados supuestos y condiciones puede ser delegada al Poder Ejecutivo [...]. No tiene sentido que la Constitución le haya reconocido la misma función y facultad a dos poderes del Estado. Eso es un absurdo, en consecuencia, la diferencia entre las facultades legislativas del Congreso y del Poder Ejecutivo está en que esta última tiene carácter excepcional y es derivada, es decir, no originaria [...]. La consecuencia [de todo ello] es evidente, si no existe este carácter excepcional, la delegación de facultades y los decretos legislativos de un lado y los decretos de urgencia de otro, tendrán un problema de validez, es decir, tendrán un vicio de nulidad, pues han sido utilizados, en supuestos distintos a lo establecido en la Constitución [...].

15. Aunque no se ha precisado cuáles serían esos “supuestos y condiciones” en los que sí cabría autorizarse a dictar decretos legislativos, se ha dejado entrever que esta situación se presentaría en aquellos casos en los que existan razones por las que

[...] estas materias no pueden ser abordadas y legisladas por el Congreso. No se ha sustentado cuáles han sido los problemas y/o dificultades del Congreso para afrontar esta agenda de temas. Es más, se está delegando facultades que deberían ser discutidas por el Congreso en virtud de su carácter político y controversial.

Es decir, en opinión de la demandante, dos de los “supuestos” en los que cabría considerar legítima la delegación de facultades legislativas, son: a) que se trate de materias complejas, cuya regulación no pueda ser realizada por el Parlamento, ya sea por desconocimiento de la materia o ya por presentar problemas o di-

facultades ¿técnicas? su regulación; o, b) que se trate de medidas políticamente controversiales.

16. El Tribunal, desde luego, no comparte este criterio. No es lo complejo o políticamente controvertible que pueda tener el tratamiento legislativo de una materia lo que permite [o impide] que el Parlamento autorice se legisle mediante decretos legislativos, sino los límites constitucionales a los que está sujeto la delegación misma. Esos límites están básicamente representados por aquellas materias que, de acuerdo con la Ley Fundamental, se encuentran sujetas a una reserva de ley absoluta. Es decir, aquellos ámbitos materiales en los que, por una u otra razón la Constitución ha impuesto, por un lado, que estas se discutan, traten y regulen en forma exclusiva y directamente por el Parlamento, en cuanto órgano de representación política de todos los intereses de la sociedad; y, por otro, que tal regulación se apruebe mediante una fuente del derecho de origen parlamentario.
17. El Tribunal recuerda, en ese sentido, que la reserva de ley comporta una obligación y un mandato. La obligación del Parlamento de afrontar la deliberación y debate de la materia sujeta a reserva. Y el mandato de que la materia objeto de la reserva sea regulada exclusivamente por una ley parlamentaria. En aquellas materias sobre las que existe una reserva de ley absoluta no cabe la colaboración legislativa de ningún otro órgano dotado de competencias normativas, siendo tarea exclusiva del Congreso de la República afrontar su debate y desarrollo legislativo [*v. gr.* en materia de tratamiento tributario especial (artículo 79 *in fine* de la Constitución), regulación de materias reservadas a la ley orgánica (artículo 106) o las leyes de reforma constitucional (artículo 206)].
18. No es, pues, técnicamente correcto afirmar que el ejercicio de la potestad legislativa delegada sea excepcional porque su empleo esté sujeto a la presencia de ciertos supuestos y condiciones de índole material. Sí es cierto, en cambio, que la potestad de legislar delegadamente no constituye el ejercicio *ordinario* de una competencia jurídico-estatal, pues su ejercicio no depende de consideraciones propias, de oportunidad o conveniencia que el Poder Ejecutivo pueda tener, sino de la existencia de una autorización previa del Parlamento y, por tanto, de una circunstancia contingente y, además, cuyo desarrollo ha de circunscribirse a los límites materiales especificados en la ley autoritativa.
19. Por ello, el Tribunal considera que más que plantear la objeción de constitucionalidad en términos de excepcionalidad, como se ha hecho, el escrutinio de la ley autoritativa ha de centrarse en términos de límites. Ha de indagarse, entonces, si la delegación de facultades legislativas se concedió dentro los límites que la Constitución establece.

20. Dentro de estos límites se encuentra la obligación de especificar la materia sobre la cual recae la delegación. Una infracción a esta exigencia se presenta no solo cuando existe una delegación ‘en blanco’, sino también cuando se concretan delegaciones legislativas generales, indefinidas o imprecisas. El Tribunal no pretende que el legislador identifique los detalles de aquello que se delega [una situación que comportaría que el legislador desarrolle en sí misma la materia que se pretende delegar y torne con ello innecesaria la delegación misma], pero sí considera necesario, desde el punto de vista del artículo 104 de la Constitución, que se delimite con suficiente claridad los confines de la materia sobre la que se autoriza legislar al Ejecutivo, y que aquello que se ha delegado no caiga dentro de las materias sobre las cuales existe una reserva absoluta de ley.
21. En el caso de la Ley N.º 29548, el Tribunal observa que esta delegó facultades para legislar en tres materias: la promulgación de un nuevo Código de Justicia Militar Policial y la optimización de la Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial; la regulación del empleo y uso de la fuerza por parte del personal de las Fuerzas Armadas y, finalmente, el establecimiento de normas procesales y penitenciarias relacionadas exclusivamente al personal militar y policial que ha sido procesado o condenado por delitos que implican violación de derechos humanos.
22. El Tribunal aprecia que se ha precisado con la suficiente claridad los linderos propios de la materia cuya regulación legislativa se ha delegado y que ninguna de estas materias se encuentra sujeta a reserva absoluta de ley. No comparte, por ello, el argumento expresado en la demanda, según el cual la aprobación del Código Penal Militar-Policial estaría sujeto a reserva absoluta de ley. Las reservas de ley son siempre expresas y nunca tácitas o presuntas.
23. Una materia -derecho o instituto constitucionalmente garantizado- está sujeta a reserva legislativa en los casos en los que la Ley Fundamental expresamente ha dispuesto que su contenido, sus alcances, límites o excepciones deba realizarla el legislador mediante una fuente formal del derecho de origen parlamentario. Y no lo está cuando la Ley Fundamental no contiene una remisión expresa al legislador para que haga cualquiera de aquellas actividades.
24. De otro lado, se ha cuestionado que la ley autoritativa no contiene una explicación acerca de las razones por las cuales el Congreso no estaría en condiciones de legislar estas materias, lo que entienden “[...] ha violado la obligación de motivación del Congreso de explicar las razones de la delegación de facultades, lo cual a su vez acarrea la vulneración del principio de interdicción de la arbitrariedad”.

25. El apoderado del Congreso de la República, por su parte, ha replicado sugiriendo que, por su propia naturaleza, las leyes no requieren de motivación para su validez, y que el proceso de inconstitucionalidad “[...] no tiene la finalidad de efectuar un análisis de las razones que justificaron la aprobación de las disposiciones impugnadas”. En su opinión, si bien puede tenerse en cuenta cuales son las razones que motivaron la aprobación de una ley, estas no resultan determinantes para establecer la constitucionalidad (o no) de la norma impugnada.
26. La objeción, en estos términos, también carece de sustento constitucional. El proceso de producción normativa al que está sometido la aprobación de la ley parlamentaria no es equiparable al que es propio del proceso judicial y, por tanto, no rige para aquel los derechos y principios aplicables en este último. La ley es esencialmente un acto de autoridad, a diferencia de una resolución judicial, que es un acto de la razón y, como tal, sujeto a criterios de justificación distintos.
27. Mientras que la ley es producto del ejercicio de una función representativa, en la que sus acuerdos y decisiones se fundan en la voluntad política de las mayorías, de modo que su legitimidad descansa en la relación con la representación del cuerpo electoral; las decisiones judiciales, en cambio, se fundan en la deliberación y son, en ese sentido, el resultado del ejercicio de una función esencialmente cultural. Y en el ámbito de la cultura jurídica, como en cualquier otra manifestación cultural, las decisiones que se toman no se justifican sobre la base del principio mayoritario, sino sobre el correcto raciocinio, mediante ese instrumento que se llama “razonamiento jurídico”, que impone sujeción y respecto a ciertas reglas que disciplinan la estructura racional del proceso de interpretación y aplicación de normas.
28. Por ello, si en el ámbito de las resoluciones judiciales, el no motivar o no argumentar (o hacerlo deficientemente) invalida la decisión adoptada, en el caso de las leyes, en cambio, su validez no depende de la existencia o inexistencia de la motivación. Por ello, la exposición de motivos con que algunas de ellas vienen acompañadas no tiene en sí misma ninguna obligatoriedad, y en las democracias pluralistas su empleo en el proceso de asignación o adscripción de significados a las disposiciones legales solo puede tener un carácter ilustrativo y referencial, acerca de las diferentes razones que habrían tenido sus autores al momento de aprobarla.
29. De modo, pues, que la ausencia de exposición de motivos es un asunto irrelevante desde el punto de vista de la validez constitucional de la ley. Por lo demás, el Tribunal hace notar que el Proyecto de Ley N.º 3908/2009-PE, presentado por el Presidente de la República, mediante el Oficio N.º 057-2010-PR, de fecha 12 de marzo del 2010, y cuya aprobación dio origen a la Ley N.º 29548, contiene su exposición de motivos.

30. Finalmente, también se ha cuestionado que la Ley N° 29548 autorizó al Poder Ejecutivo la “posibilidad de amnistiar al personal militar, policial o paramilitar, responsable de crímenes contra los derechos humanos”, cuando, a su juicio,

No está permitido al gobierno a través de delegación facultades [sic] ni a través de ninguna norma, declarar la prescripción de violaciones de derechos humanos. Se trata de un límite “no disponible” por el gobierno a la hora de legislar a través de los decretos legislativos.

Por otro lado, también se ha cuestionado que mediante la tercera materia delegada, se habría autorizado al Poder Ejecutivo a declarar la “prescripción de responsabilidad penal de responsables de graves crímenes contra los derechos humanos”, lo que sería “incompatible con el derecho a la verdad y con la obligación de no promover la impunidad de los crímenes contra los derechos humanos”.

31. El Tribunal observa que las últimas objeciones que se ha efectuado contra la Ley N.º 29548 no se fundan en lo que su artículo único establece, sino a lo que a su amparo, presumiblemente, el Poder Ejecutivo podría haber regulado. Encontrarse autorizado para “declarar la prescripción de violaciones de derechos humanos” o establecer medidas que supongan la “prescripción de [la] responsabilidad penal de [los] responsables de graves crímenes contra los derechos humanos”, cuando el artículo único autoriza a legislar en

220

La dación de un nuevo Código de Justicia Militar Policial y la optimización de la Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial, dentro de los parámetros constitucionales vigentes. b) La dación de legislación sobre el empleo y uso de la fuerza por parte del personal de las Fuerzas Armadas, dentro de los parámetros constitucionales vigentes. c) La dación de normas procesales y penitenciarias relacionadas exclusivamente al personal militar y policial que ha sido procesado o condenado por delitos que implican violación de derechos humanos. La delegación a que se refiere el presente artículo es por sesenta (60) días contados a partir de la vigencia de la presente Ley,

No es sino formular conjeturas o suposiciones acerca del contenido futuro de las posibles disposiciones que el Poder Ejecutivo pueda aprobar.

32. No es ese, desde luego, el objeto del control de constitucionalidad. Como en innumerables veces se ha recordado, éste recae sobre las disposiciones que forman parte de una fuente formal del derecho que tiene en el ordenamiento rango de ley, lo que incluye sus respectivas normas. Se trata de un control sobre disposiciones y normas existentes; es decir, que forman parte del ordenamiento porque han

sido incorporadas conforme a las normas que regulan el proceso de producción jurídica que contiene la Constitución.

33. Dicho control no incluye a las disposiciones o normas hipotéticas o imaginarias. Desde la perspectiva de la justicia constitucional, una disposición que no haya sido introducida al sistema jurídico siguiendo las metanormas que regulan el proceso de elaboración de las fuentes es inexistente. Y sobre estas sucede que no solo no se puede fundar una declaración de invalidez sino, incluso, la posibilidad de su control. Por tanto, también este extremo de la pretensión debe desestimarse.

B. EL DECRETO LEGISLATIVO N. ° 1094 Y LA ALEGADA INCONSTITUCIONALIDAD DE DIVERSOS DELITOS DE FUNCIÓN

B.1 CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR Y COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL

34. Se ha denunciado la inconstitucionalidad de los artículos 60, 62, 82, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 95, 96, 97, 130, 131, 132, 140 y 142 del Código de Justicia Militar, argumentándose la afectación del principio de cosa juzgada. Y que los artículos 81, 83, 84, 85 y 86 del mismo Código son inconstitucionales porque no constituyen delitos de función. Por último, se solicita también la declaratoria de inconstitucionalidad de los artículos 63, 64, 65, 66, 67, 68 y 93, aunque no se desarrollan los argumentos o las razones de la impugnación que sostienen la pretensión de inconstitucionalidad de dichos dispositivos.
35. Según los demandantes, se afecta la garantía de la cosa juzgada constitucional y la naturaleza de los delitos de función. En primer lugar, se

[...] viola la garantía de la cosa juzgada constitucional, al volver a incorporar y tipificar en ella supuestos de delito de función que en el año 2006, fueron declarados inconstitucionales por el Tribunal Constitucional, [todo ello en vista que] el Gobierno ha atentado contra el orden constitucional al promulgar una normativa que ya había tenido un análisis de constitucionalidad por parte del TC, y que este había encontrado vicios de inconstitucionalidad.

Asimismo, afirman que el Decreto Legislativo N. ° 1094 impugnado desconoce y desnaturaliza la jurisprudencia constitucional en materia de delito de función, pues el Tribunal ha acogido una definición en las STC 0017-2003-AI/TC y 0012-2006-PI/TC, en virtud de la cual existirá delito de función cuando la conducta de un militar o policía en actividad afecte bienes jurídicos de las FFAA o de la PNP relacionados con el cumplimiento de sus fines constitucionales.

36. Desde la perspectiva del demandado, la cosa juzgada prevista en el artículo 82 del Código Procesal Constitucional se aplica a las sentencias desestimatorias mientras que en el presente caso ha existido una sentencia fundada, por lo que

La identificación de este errado parámetro de control planteado por la parte demandante sería suficiente para declarar infundada la demanda. Sin embargo, [es] necesario que el Tribunal Constitucional emita un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia, para que de esta forma se despeje toda duda sobre la constitucionalidad de las normas impugnadas.

37. De otro lado, estima que el delito de función debe ser analizado a la luz de lo resuelto en la STC 0001-2009-PI/TC, donde se expresa que comprende la tutela de bienes jurídicos como la seguridad del Estado, el orden constitucional y la disciplina, tres elementos concurrentes que determinan la competencia del fuero militar. Alega que si bien en una primera etapa, para el Tribunal Constitucional, el delito de función sólo podía estar referido a la defensa nacional (STC 0017-2003-PI/TC y STC 0012-2006-PI/TC), en una segunda, a partir de la STC 0001-2009-PI/TC, se amplía el ámbito del delito de función a la protección del orden constitucional y la disciplina de las instituciones castrenses, razón por la cual la concurrencia de un delito común y otro de función no viola el principio *ne bis in idem* (Vid. STC 1294-2007-PHC/TC)

222

38. En tanto partícipe del proceso, el representante del Fuero Militar Policial informa que no existe vulneración de la cosa juzgada, toda vez que el parámetro de juicio sobre el cual se dictó la anterior sentencia de inconstitucionalidad ha variado, por lo que los delitos impugnados del Código Penal Militar Policial deben ser sometidos a un nuevo control, toda vez que ha operado una mutación del contexto fáctico y jurídico tras la entrada en vigencia de un nuevo modelo de jurisdicción castrense con la Ley N.º 29182; y que el parámetro de control debe estar constituido por los artículos 165, 166, 169 y 171 de la Constitución y por la jurisprudencia de la Corte IDH, que plasma un nuevo concepto de delito de función.
39. De otro lado, a su entender, existen dos posturas para determinar la competencia de la justicia militar: la restrictiva, que excluye del tipo penal castrense toda referencia al previsto en un tipo penal común, aun si existiese vínculos con la función militar; y la funcional, que admite en la construcción del tipo penal castrense elementos del tipo penal común, siempre que el fin del ilícito castrense sea la tutela de bienes jurídicos vinculados con las funciones castrenses.
40. En tal línea, sostuvo que la sumisión a la tesis funcional del delito de función por el Tribunal Constitucional, a partir de la STC 0001-2009-PI/TC, se debe a la

compatibilización de lo delimitado por la Corte Interamericana, en casos como Radilla Pacheco vs. México, en el que se opta por dicha tesis y se determina que es factible que conductas punibles con origen en el fuero común sean ventiladas en la jurisdicción militar, siempre que tengan relación directa y próxima con la función y bienes jurídicos castrenses, posición asumida por la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia C-878/00, el Tribunal Constitucional Español en el Auto 440/2006 y la Corte Suprema de Canadá, en el caso *Generéux c. la Reina*.

41. Antes de proceder al análisis de constitucionalidad de cada uno de los delitos materia de cuestionamiento, es preciso determinar qué implican los dos extremos de la Constitución o del bloque de constitucionalidad que podrían verse afectados o vulnerados a partir de la regulación establecida en el Código Penal Militar Policial (Decreto Legislativo N.º 1094), como son la cosa juzgada y el delito de función.
42. Dado que varios de los tipos penales establecidos en las disposiciones impugnadas han sido materia de análisis por parte de este Tribunal Constitucional al evaluarse la constitucionalidad del Decreto Legislativo N.º 961 (básicamente en la STC 0012-2006-PI/TC), corresponde determinar, en primer lugar, si existe sustracción de la materia justiciable por cosa juzgada, lo cual tornaría en improcedente la presente demanda.
43. El derecho a que se respete una resolución que ha adquirido la autoridad de cosa juzgada posibilita que se garanticen los derechos de todo justiciable en un doble sentido: a que las resoluciones que hayan puesto fin al proceso judicial no puedan ser recurridas mediante medios impugnatorios, ya sea porque estos han sido agotados o porque ha transcurrido el plazo para impugnarla; y a que el contenido de las resoluciones que hayan adquirido tal condición, no pueda ser dejado sin efecto ni modificado, sea por actos de otros poderes públicos, de terceros o, incluso, de los mismos órganos jurisdiccionales que resolvieron el caso en el que se dictó (fundamento 38 de la STC 4587-2004-AA/TC, seguido en el fundamento 43 de la STC 0005-2007-PI/TC). Se persigue, entonces, que una cuestión litigiosa que haya sido decidida por el órgano jurisdiccional no pueda volver a serlo, en garantía de la seguridad jurídica y la finalidad pacificadora del derecho.
44. A partir de ello, debe diferenciarse la cosa juzgada formal, referida al carácter irrecorrible de la sentencia y a una proyección de sus efectos sobre el mismo proceso sentenciado, de la cosa juzgada material, que alcanza al fallo y a la *ratio decidendi*; que impide un nuevo pronunciamiento sobre el fondo e impone al órgano un *stare decisis* interno, lo que afecta el pronunciamiento que vaya a recaer en futuros procesos.

B.1.a. Cosa juzgada en las sentencias de inconstitucionalidad

45. El primer párrafo del artículo 82 del Código Procesal Constitucional establece que

[...] las sentencias del Tribunal Constitucional en los procesos de inconstitucionalidad [...] tienen autoridad de cosa juzgada, por lo que vinculan a todos los poderes públicos y producen efectos generales desde el día siguiente a la fecha de su publicación.

En el mismo sentido, el artículo 104.2 del citado Código señala expresamente que la demanda será declarada improcedente “Cuando el Tribunal hubiere desestimado una demanda de inconstitucionalidad sustancialmente igual en cuanto al fondo”.

46. A diferencia de lo que sucede en otros órdenes procesales, la determinación del efecto de la cosa juzgada material en el seno del control constitucional de una norma con rango de ley, no admite una formulación sobre la base de límites subjetivos, esto es, con relación a los sujetos que participaron en el proceso, en la medida en que se trata de un proceso objetivo, con efectos *erga omnes*, pero cuyo acceso (legitimación activa) está restringido, *ope constitutionis*, a determinados sujetos procesales (Fundamento 4 de la RTC 0003-2005-PI/TC).

224

47. En los procesos de inconstitucionalidad, el atributo de *res iudicata* corresponde tanto a las sentencias estimatorias como desestimatorias, entendiéndose por estas a toda decisión final que se pronuncie sobre el fondo de la controversia. Y por ello, este Tribunal considera indispensable realizar algunas precisiones en torno a efectos de la cosa juzgada en uno y otro caso.

B.1.b. Cosa juzgada respecto de las sentencias desestimatorias de inconstitucionalidad

48. Respecto de la cosa juzgada en las resoluciones desestimatorias recaídas en procesos de inconstitucionalidad, debe partirse de que el inciso 2 del artículo 104 del Código Procesal Constitucional establece que

[...] el Tribunal declarará improcedente la demanda cuando concurre alguno de los siguientes supuestos: [...] 2) Cuando el Tribunal hubiere desestimado una demanda de inconstitucionalidad sustancialmente igual en cuanto al fondo.

49. Este Tribunal en la resolución de admisibilidad de fecha 28 de octubre de 2005, recaída en el expediente 00025-2005-AI/TC sostuvo que

[...] debe tratarse de la desestimatoria de una demanda `sustancialmente igual' a la controversia constitucional resuelta en la sentencia desestimatoria y que ahora se plantea en la nueva demanda. A *contrario sensu*, cuando la nueva demanda no plantee una controversia constitucional `sustancialmente igual' a la resuelta en la preexistente sentencia desestimatoria, la causal de improcedencia no será de aplicación (Fundamento 5).

50. Esta identidad sustancial se presentaría cuando se impugne la misma disposición, por idénticos motivos, partiendo del mismo sentido interpretativo y sin que se demuestren supuestos concretos que impongan una solución diferente por exigencia de otros bienes constitucionales que operen en sentido contrario.
51. En consecuencia, la inmutabilidad que impone la existencia de cosa juzgada supone la prohibición de que los órganos jurisdiccionales, incluido este Tribunal Constitucional, puedan entrar a resolver sobre el fondo de las pretensiones que han sido materia de pronunciamiento.

B.1.c. Cosa juzgada en las sentencias estimatorias de inconstitucionalidad

52. Desde el punto de vista formal, la sentencia que declara la inconstitucionalidad de una disposición no puede ser impugnada por imperativo del artículo 121 del Código Procesal Constitucional, en cuanto establece que “contra la sentencias del Tribunal Constitucional no cabe impugnación alguna”.
53. La problemática surge cuando se examina la dimensión material de la cosa juzgada, y ello por dos razones. La primera porque la declaratoria de inconstitucionalidad de una disposición con rango de ley supone la expulsión de la misma del ordenamiento y parecería, *prima facie*, imposible que pueda volver a plantearse una controversia a su respecto. Y la segunda porque la declaración de inconstitucionalidad tiene eficacia negativa en el sentido de que aquella interpretación proscrita por el Tribunal Constitucional no puede volver a repetirse.
54. Respecto de lo dicho en primer término, debe tenerse presente que si bien la disposición no subsiste a la emisión de la sentencia estimatoria, ello no implica que en ningún caso pueda plantearse una nueva demanda a su respecto, si es que fue declarada inconstitucional por razones de forma. De hecho, el último párrafo del artículo 82 establece que “la declaración de inconstitucionalidad o ilegalidad de una norma impugnada por vicios formales no obsta para que esta sea demandada ulteriormente por razones de fondo, siempre que se interponga dentro del plazo señalado en el presente Código”.

55. Por otro lado, un segundo planteo de inconstitucionalidad de la disposición previamente declarada inconstitucional, pero esta vez por el fondo, tendría sentido en materia penal o tributaria en la que los efectos pueden ser retroactivos. Si por el contrario, se hubiese declarado la inconstitucionalidad de la disposición por razones de fondo, el primer párrafo del mismo artículo 82 del Código proscribía la posibilidad que pueda volver a plantearse la cuestión, por lo menos para cuestionar el mismo sentido interpretativo expulsado.
56. En opinión de este Tribunal Constitucional existe, entonces, la cosa juzgada en la sentencia estimatoria de inconstitucionalidad; por cierto, sujeta a las particulares condiciones que se acaban de describir.
57. Cabría preguntarse qué sucede en caso de que el legislador volviera a adoptar la misma disposición que fue declarada inconstitucional en la sentencia estimatoria. Una primera interpretación posible sería aquella que asuma que en el caso de la sentencia estimatoria no existiría cosa juzgada, ya que no se trata de la misma disposición porque la primera fue expulsada del ordenamiento jurídico.
58. Una interpretación de esta naturaleza debe ser descartada de plano porque supondría impedir el control y conservar en el ordenamiento una disposición o norma presumiblemente inconstitucional. Por el contrario, la dimensión material de la cosa juzgada exigiría reiterar el pronunciamiento e incluso remitirse a los fundamentos de la decisión previa.
59. La más caracterizada doctrina tiene desarrollado que
- [...] la existencia de una decisión estimatoria previa no puede operar entonces como un impedimento para el pronunciamiento sobre el fondo, tanto porque el tiempo transcurrido y, sobre todo, el nuevo marco normativo en el que el precepto se inserta pueden traducirse en una no identidad de las situaciones, porque con ello se estaría precisamente cerrando la puerta a una posible expulsión de una norma inconstitucional.¹
60. La sentencia estimatoria que expide este órgano de control de la Constitución fija una interpretación definitiva que, salvo que en el futuro pudiera ser variada por él mismo de un modo razonado, impide que el Parlamento pueda reproducir la misma fórmula legal.

1 Gómez Montoro, Ángel. “Comentario al Artículo 38”, en Requejo Pagés, Juan Luis. *Comentario a la ley orgánica del Tribunal Constitucional*. Madrid: Ed. Boletín Oficial del Estado, 2001, p. 563.

61. En este sentido, la cosa juzgada material de la sentencia estimatoria, frente a una nueva disposición de contenido igual que sea aprobada por el legislador, posee unos perfiles particulares ya que no es únicamente relevante el texto de la disposición sino que cuentan también el sentido en el que fue enjuiciada, el bloque de constitucionalidad que se hubiese conformado para decidir el caso previo y el contexto histórico en el que se hubiese expedido la resolución, entre otras razones que podrían exigir un reexamen de la cuestión.
62. El efecto de cosa juzgada material alcanza, en principio, solo al fallo, y no a los fundamentos jurídicos de la sentencia, salvo que en la parte resolutive se haya hecho una remisión específica a algunos de ellos. Sin embargo, esto no quiere decir que la *ratio decidendi* no proyecte sus efectos a todo el sistema, y en particular al Parlamento, ya que las sentencias estimatorias, por mandato del Código Procesal Constitucional, no solo poseen efecto de cosa juzgada sino que además “vinculan a todos los poderes públicos y producen efectos generales” (Artículo 82).
63. Sobre la base de lo expuesto, el legislador democrático, en ejercicio de sus atribuciones, podría expedir disposiciones que regulen el mismo aspecto cuando:
 - a. Desarrolle una disposición diferente;
 - b. desarrolle la disposición con un contenido similar al anterior pero del que puedan deducirse sentidos interpretativos diversos del que fue declarado inconstitucional; o cuando
 - c. tras el tiempo transcurrido desde la expedición de la sentencia estimatoria hubiesen operado cambios en el marco normativo o social que justifican diferentes interpretaciones partiendo de una disposición sustancialmente idéntica.
64. En todo caso, este Tribunal Constitucional podría examinar la disposición, y si se mantienen las razones que exigieron que se declarara la inconstitucionalidad de la ley anterior entonces debería volver a hacerlo.
65. Un problema jurídico de tal índole es el que se presenta a partir de lo alegado en la demanda de inconstitucionalidad *sub judice* respecto de las normas impugnadas del Decreto Legislativo N. ° 1094 y su relación con los efectos de cosa juzgada de la STC 0012-2006-PI/TC. Así, lo que deberá distinguirse es si existe o no una controversia constitucional “sustancialmente igual” entre la nueva demanda y la resuelta con anterioridad, es decir, si la nueva pretensión plantea un asunto que ya constituye la denominada “cosa juzgada constitucional” (fundamento 5 de la RTC 0025-2005-PI/TC y otro). Para este fin, en la sección B.3 *infra* se

efectuará un análisis en diversos niveles respecto de cada disposición legal impugnada; sin embargo, como paso previo se desarrollará algunas consideraciones sobre la norma constitucional parámetro de control y la variación o no de sus respectivos contenidos normativos.

B.2 JUSTICIA MILITAR POLICIAL Y DELITO DE FUNCIÓN: UNA JURISDICCIÓN ESPECIALIZADA

B.2.a. Justicia militar policial

66. El artículo 173 de la Constitución establece 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 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.

67. Siguiendo la línea del Informe Defensorial N.º 66 corresponde descartar que la justicia castrense pueda ser concebida como un “fuero personal” acordado a militares y policías atendiendo a su condición de tales (pp. 37 y ss.). El Código Penal Militar-Policial solo resultará aplicable a quienes tengan la condición de militares o policías en actividad.

228

68. Corresponde descartar asimismo criterios como los de ocasionalidad, causalidad o lugar de comisión del hecho para determinar la competencia del fuero castrense. Efectivamente, para que se configure el delito de función no basta con que el ilícito se presente cuando el agente realiza un acto de servicio, que el resultado se produzca como consecuencia del mismo o que el hecho se produzca en la zona de conflicto.

69. Debe tenerse presente también que la Corte IDH ha decidido que la condición de militar en actividad es condición necesaria pero no suficiente para ser sometido al fuero castrense, pues se requiere además que el bien jurídico afectado se relacione con “[...] la disciplina o la misión castrense” (Caso Fernández Ortega c. México, fundamento 177).

70. Al respecto la Corte IDH tiene decidido que

[...] si bien en diversas legislaciones se prevé la competencia de la jurisdicción militar sobre delitos que tengan origen en el fuero ordinario cuando son cometidos por militares en activo, es necesario que se establezca la relación directa y próxima con la función militar o con la afectación de bienes

jurídicos propios del orden militar” (Caso Radilla Pacheco contra México, Fundamento 284).

71. Resultará indispensable, en este contexto, analizar la finalidad de las FFAA y la PNP. En el artículo 165 de la Constitución se sostiene que las primeras “Tienen como finalidad primordial garantizar la independencia, la soberanía y la integridad territorial de la República. Asumen el control del orden interno de conformidad con el artículo 137 de la Constitución”. Respecto de la Policía Nacional del Perú el artículo 166 agrega que ésta “[...] tiene por finalidad fundamental garantizar, mantener y restablecer el orden interno”.
72. En buena cuenta, los institutos armados persiguen garantizar la defensa nacional entendida como salvaguarda de la estructura política y social de la comunidad que se expresa en el Estado constitucional y democrático de Derecho.
73. Naturalmente que la intervención del fuero militar será extraordinaria y limitada al juzgamiento de los delitos de función. Al respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró que

En un Estado democrático de derecho, la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados a las funciones propias de las fuerzas militares. Por ello, el Tribunal ha señalado anteriormente que en el fuero militar sólo se debe juzgar a militares activos por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar” (Caso Radilla c. México, Fundamento 272).

74. En tal contexto, el artículo II del Título Preliminar del Código Penal Militar Policial aprobado por Decreto Legislativo N.º 1094, disposición cuya constitucionalidad no ha sido puesta en tela de juicio, dispone que “El delito de función es toda conducta ilícita cometida por un militar o un policía en situación de actividad, en acto del servicio o con ocasión de él, y que atenta contra bienes jurídicos vinculados con la existencia, organización, operatividad o funciones de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional”.
75. Esta disposición resulta conforme con la definición que brinda el Informe Defensorial N.º 66 mencionado *supra*. En dicho documento se señala que

[...] estaremos frente a un delito de función, cuando la conducta de un militar o policía en actividad, afecte o ponga en riesgo la actuación de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional en el cumplimiento de sus funciones constitucionales. Ciertamente que además de ello, el delito debe estar ex-

presamente tipificado en el Código de Justicia Militar, tal como lo exige el artículo 173° de la Constitución.

76. En la STC 00002-2008-AI/TC este Tribunal agregó que se entenderá por delitos de función los tipos penales que cumplan con los siguientes elementos objetivos del tipo penal militar:
- a. Que el sujeto activo sea un militar que realice la conducta cuando se encontraba en situación de actividad: círculo de autores;
 - b. que, como circunstancias externas del hecho, que definen la situación en la que la acción típica debe tener lugar, esta se perpetre en acto de servicio, es decir, con ocasión de él; y
 - c. que se trate de conductas que afectan bienes jurídicos de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional: objeto material (Fundamento 86).

Así, la configuración del delito de función -que habilita el ámbito competencial de la jurisdicción militar- requiere la satisfacción de manera concurrente de los tres elementos que se explican a continuación.

230

B.2.b. Elementos del delito de función

77. La calificación o no de un delito como de función dependerá de que en cada caso se verifique la concurrencia de sus 3 elementos: (i) elemento subjetivo; (ii) elemento funcional; y (iii) elemento objetivo.

B.2.b.1 Elemento subjetivo

78. El elemento subjetivo está referido a la determinación del grupo de sujetos a quienes se le puede válidamente imputar la comisión de un delito de función a título de autores o partícipes. De acuerdo a la Constitución, están sujetos al fuero castrense los miembros de las FFAA y de la PNP. .
79. La competencia *ratione personae* del fuero privativo militar policial se halla limitada a personal de fuerzas de seguridad². El sujeto activo del ilícito penal -militar

² Así lo ha reconocido la STC 0017-2003-AI/TC y al igual que ella la Corte Europea de Derechos Humanos (como muestras, Sentencia de 4 de mayo de 2006, Caso Ergin c. Turquía; Sentencia de 10 de mayo de 2001, Caso Chipre c. Turquía; y, Sentencia de 21 de septiembre 2006, Caso Maszni c. Rumania) y la Comisión Africana de Derechos de las Personas y de los Pueblos (Resolución sobre el derecho a un juicio justo y a la asistencia jurídica en África, del 15 de noviembre de 1999; Decisión de 15 de noviembre de 1999, Comunicación 151/96 (Nigeria); Decisión de 7 de mayo de 2001, Comunicación 218/98 (Nigeria); entre otras).

o policía- debe encontrarse en situación de actividad³; puesto que, si la jurisdicción militar se estableció con el fin de mantener el orden y la disciplina⁴, no corresponde que el personal en retiro sea juzgado por tribunales castrenses⁵.

80. Sobre el enjuiciamiento de personas distintas a personal castrense, la Corte IDH ha establecido que “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 este carácter”⁶.

B.2.b.2 Elemento funcional

81. La conducta típica debe originarse en un acto del servicio o con ocasión de él, infracción que debe revestir cierta gravedad y justificar el empleo de una conminación y una sanción penal⁷. Los tribunales militares solo están habilitados, *ergo*, para juzgar de los asuntos constitutivos de infracciones cometidas por el sujeto activo en ejercicio de sus funciones⁸. Se requerirá que la función o servicio en el cumplimiento del cual se cometió el delito sea en sí misma una actuación legítima enmarcada en las funciones encargadas por la Constitución o las leyes a las FFAA o a la PNP
82. Asimismo, es preciso que exista una relación normativa entre la actividad del policía o militar -función encomendada- y la comisión del delito. Con esto se quiere decir que el delito de función debe ser entendido como el quebrantamiento de un deber institucional que forma parte del rol jurídico que corresponde desarrollar a militares y policías en la sociedad. Así, para que un delito sea de competencia penal militar policial debe existir un vínculo claro de origen entre

3 Fundamento 134 de la STC 0017-2003-AI/TC, seguido por fundamento 36 de la STC 0012-2006-PI/TC y fundamento 86 de la STC 0002-2008-PI/TC. De esta forma está estipulado el artículo II del Título Preliminar del Código Penal Militar Policial, línea seguida por la Corte IDH (fundamento 272 de la Sentencia del Caso Radilla Pacheco), y también el Comité de Derechos Humanos de NNUU (párrafo 15 de las Observaciones y Recomendaciones a Uzbekistán, CCPR/CO/71/UZB, de 26 abril de 2001, reiterando comentarios precedentes a Polonia, a Camerún, a Chile, a Marruecos, a Siria, a Kuwait, a Federación de Rusia y a Eslovaquia).

4 Párrafo 112 de la Sentencia de la Corte IDH del 18 de agosto de 2000 (Fondo), Caso Cantoral Benavides c. Perú, C-69; y, párrafo 128 del Caso Castillo Petruzzi.

5 Párrafo 111 de la Sentencia en el Caso Usón Ramírez.

6 Párrafo 128 de la Sentencia en el Caso Castillo Petruzzi.

7 Fundamento 134 de la STC 0017-2003-AI/TC, seguido por fundamento 36 de la STC 0012-2006-PI/TC, fundamento 86 de la STC 0002-2008-PI/TC; también igual en el artículo II del Título Preliminar del Código Penal Militar Policial.

8 Párrafo 9 de las Observaciones y Recomendaciones del Comité de Derechos Humanos de NNUU a Egipto, CCPR/C/79/Add.23, de 9 de agosto de 1993.

él y la actividad del servicio; esto es, el hecho punible debe surgir como un abuso de poder -o una extralimitación- ocurrido en el marco de una actividad ligada directamente a una función propia del cuerpo armado.

83. La inexistencia de este nexo funcional para la habilitación de la jurisdicción penal militar policial implicaría que la garantía de los bienes jurídicos más relevantes para la vida social en el Estado constitucional y democrático de Derecho no encontrarían tutela efectiva en la justicia ordinaria⁹.
84. En el caso nacional, se requiere que el sujeto activo infrinja un deber que le corresponde en virtud de su estatus de militar o policía. 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 como altamente valioso por el legislador para la vigencia de la institución a la cual se halla vinculado¹⁰.
85. En la legislación interna, se considera que la función militar policial, abarca aquel “conjunto de tareas que se realizan en tiempo de paz, o durante el régimen de excepción o conflicto armado, en cumplimiento de la Constitución Política del Perú, las leyes y los reglamentos correspondientes”, precisándose además que “el ejercicio regular de la función militar o policial, durante operaciones o acciones militares o policiales, no genera responsabilidad penal, sin perjuicio de las investigaciones institucionales a que haya lugar”¹¹. Esto quiere decir que dentro de dicho concepto debe incluirse

232

[...] el ejercicio regular en aquellas tareas, actividades, acciones u operaciones que les corresponde realizar a los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional en acto, consecuencia o con ocasión del servicio, en razón a las finalidades que la Constitución y la ley dispone para estas instituciones¹².

B.2.b.3 Elemento objetivo

86. Este último elemento descansa en el bien jurídico tutelado por cada uno de los tipos penales de delito de función.

9 Sentencia del Tribunal Constitucional boliviano 0664/2004-R, de 6 de mayo de 2004, Expediente 2004-08469-17-RAC.

10 Tal como fue fijado en el fundamento 134 de la STC 0017-2003-AI/TC, seguido en fundamento 36 de la STC 0012-2006-PI/TC.

11 Artículo VIII del Título Preliminar de la Ley 29182.

12 Artículo 11 de la Resolución Administrativa 126-2011-FMP/TSM/SG.

Bien jurídico castrense

87. El Tribunal Constitucional considera que, desde una perspectiva político-criminal compatible con la Constitución, deben entenderse como bienes jurídico-penales a todas las circunstancias y finalidades que son necesarias para el libre desarrollo del individuo, la realización de sus derechos fundamentales y el funcionamiento de un sistema estatal edificado sobre esa finalidad¹³. Razón por la cual la tutela especializada de bienes jurídicos propios de las FFAA y la PNP no puede ser contraria a tal premisa básica, esto es, la protección, a través del derecho penal común, de las circunstancias y finalidades indispensables para el desarrollo de la persona humana en la sociedad.
88. En coherencia con los elementales principios de lesividad y última ratio, consustanciales al derecho penal del Estado constitucional y democrático de Derecho, por tanto, aplicables también al derecho penal militar policial, el delito de función debe implicar la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico institucional¹⁴ y exigir un vínculo directo con las funciones constitucionales asignadas a la fuerza pública¹⁵. Debe ser, entonces, un ilícito cuya magnitud suponga un grave atentado contra un bien jurídico propio, particular y relevante para la existencia, organización, operatividad y cumplimiento de los fines de las instituciones castrenses¹⁶.
89. La centralidad del bien jurídico, en el concepto del delito de función, se sustenta en que aquel es el criterio de legitimación material sobre el cual se autorizan las competencias especializadas de los tribunales castrenses. Así, los parámetros indicados en las STC 00454-2006-HC/TC, 00002-2008-AI/TC y 00001-2009-AI/TC delimitaron los alcances del delito de función y afirmaron que, enunciativamente, este tipo de delitos se refiere a atentados contra bienes jurídicos que afecten o pongan en riesgo:
- a. La existencia de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional;
 - b. la organización de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional;
 - c. la operatividad de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional;

13 Roxin, Claus. "El concepto de bien-jurídico como elemento de crítica legislativa sometido a examen". *RECPC* 15-01 (2013) - <http://criminet.ugr.es/recpc/15/recpc15-01.pdf>

14 Sentencia de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, Comp. 15/22-2003, Consejo Supremo de Justicia Militar, 2º Juzgado Penal, Puno, del 27 de agosto de 2003.

15 Sentencia C-878/00 de la Corte Constitucional colombiana.

16 Fundamento 134 de la STC 0017-2003-AI/TC, seguido por fundamento 36 de la STC 0012-2006-PI/TC, fundamento 86 de la STC 0002-2008-PI/TC.

- d. las funciones de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional;
- e. la actuación de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional;
- f. la seguridad del estado; y
- g. la disciplina de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional.

Principios castrenses: sustrato de los bienes jurídicos castrenses

90. El Comité de Derechos Humanos ha recomendado limitar “la competencia de los tribunales militares a las cuestiones internas de disciplina y asuntos análogos” (párrafo 18 de las Observaciones y Recomendaciones a Colombia, de 5 de mayo de 1997 (reiteró lo requerido en 1992, CCPR/C/79/Add.2). Cuestiones internas de tal índole, a juicio del Tribunal Constitucional, son la unidad, la jerarquía, la subordinación, el orden, la disciplina, la acción u operación militar, entre otros, al encontrarse vinculados a concretos bienes jurídicos castrenses¹⁷.
91. Resulta, entonces, válida la inclusión de la disciplina en el Código Militar Policial como un principio castrense, puesto que esta es entendida como el conjunto de deberes que imponen al militar y al policía su permanencia en el servicio, el acatamiento y observancia fiel del orden establecido y preceptos que la reglamentan¹⁸. Sobre ella deben sustentarse gran parte de los bienes jurídicos que sean protegidos a través de los delitos de función.
92. Otros principios esenciales para la actuación de los efectivos militares y policiales, cuya vulneración puede fundamentar la tipificación de un delito de función, están válidamente reconocidos por el Código Penal Militar Policial. Tal estatuto corresponde a la subordinación; entendida, esta última, como el ejercicio de autoridad del superior sobre el inferior en grado, en el marco de la estructura orgánica de las FFAA y la PNP, a partir de la cual se configura el respeto, obediencia, acatamiento y colaboración relativo a cada grado militar o policial¹⁹. Asimismo, está el mando, entendido como el privilegio y la obligación de dar órdenes, ligado al ejercicio de la autoridad sobre los subordinados²⁰.
93. El Decreto Legislativo N.º 1094 ha reconocido también a la defensa nacional como un principio esencial militar²¹ sobre el cual la Constitución ha consagrado lo siguiente:

17 Fundamento 83 de la STC 0023-2003-AI/TC.

18 Artículo XIV.a del Título Preliminar.

19 Artículo XIV.b del Título Preliminar.

20 Artículo XIV.c del Título Preliminar.

21 Artículo XIV.d del Título Preliminar del Código Penal Militar.

El Estado garantiza la seguridad de la Nación mediante el Sistema de Defensa Nacional. La Defensa Nacional es integral y permanente. Se desarrolla en los ámbitos interno y externo [...]²².

94. Sobre este particular, el Tribunal Constitucional ha establecido que 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, garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales²³ velar por la preservación de un orden político y legitimara los poderes públicos a través de los principios democráticos²⁴.

Asimismo se ha reafirmado que la defensa nacional es integral y permanente, características que según la STC 0017-2003-AI/TC involucran un conjunto de acciones que permiten la subsistencia del Estado. Aquí se incluyen su integridad, unidad y facultad de actuar con autonomía en lo interno, y libre de subordinación en lo externo, así como la posibilidad que el proceso de desarrollo se realice en las mejores condiciones.

95. Ahora bien, se debe precisar que la defensa nacional no es únicamente un principio militar policial; puesto que de ella participan todos los miembros de la Nación. Si bien entre ellos las FFAA y la PNP juegan un rol trascendental, esto no significa que dicho sistema se circunscriba a las decisiones estatales relacionadas con prácticas castrenses; siendo, entonces, el desempeño militar o policial solo una de sus facetas²⁵. En tal sentido, la defensa nacional, como principio castrense, debe ser interpretada como un valor que exige la protección de intereses especializados y limitados a las funciones que la Constitución y las leyes asignan a las FFAA y la PNP^{26,27,28}.

96. Por razones similares a las ya expuestas respecto a la defensa nacional, tampoco resulta precisa la interpretación que hace el artículo XIV.e del Título Preliminar del Decreto Legislativo N. ° 1094 del así denominado “principio de subordinación al poder constitucional”; puesto que el deber de respetar el orden cons-

22 Artículo 163.

23 Reiterado en fundamento 14 de la STC 0002-2008-PI/TC.

24 Fundamento 2 de la STC 0005-2001-AI/TC.

25 Fundamento 31.

26 Párrafo 51 de la Sentencia de la Corte IDH del 6 de diciembre de 2001 (Fondo), Caso Las Palmeras c. Colombia, C-90.

27 Artículo 165 de la Constitución.

28 Artículo 166 de la Constitución.

titucional es un deber general que corresponde a toda persona en calidad de ciudadano del Estado constitucional y democrático de Derecho. En tal sentido, cuando el precitado dispositivo legal expresa que “el delito de función previene y sanciona todo acto de un militar o policía que atente contra el orden constitucional”, tal afirmación debe entenderse como limitada a los ilícitos que reúnan las características del delito de función.

97. En consecuencia, en lo que aquí importa, para la interpretación del los tipos de delitos de función se deberá tener en cuenta la vinculación de la conducta prohibida con los principios castrenses de disciplina, subordinación, mando, obediencia, defensa y seguridad, incorporados en el Título Preliminar del Decreto Legislativo N. ° 1094. Se requiere, en general, que la conducta prohibida en el tipo de delito de función suponga preponderantemente una afectación a la función asignada a las FFAA y a la PNP.
98. Son dos los grupos en los que se dividen los ilícitos que válidamente configuran delitos de función. El primero es el de los delitos de función *stricto sensu*, que protege exclusivamente bienes jurídicos del ámbito militar o policial. El segundo agrupa a los delitos de función *lato sensu*, referido a tipos pluriofensivos -supuestos delictivos que implican la lesión simultánea de más de un bien jurídico- que atentan contra bienes jurídico-penales castrenses y comunes.
99. Frente al segundo grupo de ilícitos, una correcta técnica de tipificación por parte del legislador determina un tipo de delito de función siempre y cuando el bien jurídico afectado sea uno castrense. Entonces, no todo delito a causa de su de naturaleza pluriofensiva debe ser excluido de la condición de delito de función²⁹. No obstante, resultará ilegítima la sanción a través del delito de función de conductas cuyo injusto reside en la lesión o puesta en peligro de bienes jurídico-penales comunes³⁰. Ello supone, además, no favorecer casos de *non bis in idem*.
100. Por tanto, de la naturaleza restrictiva y excepcional de la justicia castrense, se deriva también que en los supuestos de duda sobre la tipificación o la aplicación de los delitos de función, tal dilema debe resolverse a favor de consagrar la conducta en la legislación penal ordinaria³¹. Es decir, como enfatiza la Defensoría del Pueblo, se legitima el hecho de que la justicia ordinaria sea siempre la atrayente respecto de la justicia castrense³².

29 Fundamento 4 de la STC 1154-2002-HC/TC.

30 Fundamento 5 de la STC 1294-2007-PHC/TC.

31 Fundamento 38.a de la STC 0012-2006-PI/TC.

32 Informe Defensorial 66, de 2003.

101. Corresponde, entonces, en caso de ambigüedad sobre la relación funcional entre el hecho punible y la actividad que cumplía el miembro de las FFAA o la PNP, a la justicia ordinaria, la investigación y juzgamiento de los delitos comunes en que se hubiese incurrido³³. Es así que tiene sentido que sea la Corte Suprema de Justicia quien se encargue de dirimir una contienda de competencia entre la jurisdicción militar policial y la jurisdicción común³⁴.
102. Por ello, resulta claro que el parámetro de control a utilizarse para evaluar la constitucionalidad de las disposiciones impugnadas en el presente proceso es el establecido en el artículo 173 de la Constitución, interpretado según la jurisprudencia de este Tribunal.
103. Como se ha adelantado, los cuestionamientos por vicios de inconstitucionalidad sobre el Código Penal Militar Policial (Decreto Legislativo N. ° 1094) están referidos a la incorporación de determinados tipos penales que en el fondo –alegan los demandantes– no calificarían como delitos de función. Existe, pues, respecto de un grupo de ellos ya una sentencia de inconstitucionalidad estimativa.
104. Sobre la base de los elementos teóricos hasta aquí desarrollados, corresponde, en lo que sigue, examinar la constitucionalidad de cada uno de los dispositivos penales denunciados por los accionantes.

B.3 EXAMEN DE LOS DELITOS PREVISTOS EN EL CÓDIGO PENAL MILITAR POLICIAL

105. En adelante el Tribunal Constitucional se avocará a examinar las impugnaciones dirigidas contra el catálogo de tipos penales del Decreto Legislativo N. ° 1094, Código Penal Militar Policial. Esta labor se desarrollará en estricta aplicación de los elementos teóricos respecto a los efectos de la cosa juzgada (Sección B.1) y al concepto del delito de función (Sección B.2) desarrollados *supra*.
106. Se podrá apreciar que la constitucionalidad de los tipos delictivos de la ley penal privativa ha sido cuestionada en función de la existencia de un pronunciamiento estimativo previo de este Tribunal (STC 0012-2006-PI/TC) sobre la inconstitucionalidad de parte del Decreto Legislativo N.º 961, cuyo contenido normativo, se ha alegado, resultaría ser similar al del Decreto Legislativo

33 Sentencia C-878/00 de la Corte Constitucional colombiana.

34 Artículo 180 del Código Penal Militar Policial.

N.º 1094. Situación de la que se seguiría la configuración de un supuesto de cosa juzgada.

107. Este Tribunal debe anotar que, si bien es cierto que los tipos penales ahora impugnados ostentan un *nomen iuris* idéntico al que precedía a las normas penales expulsadas del ordenamiento jurídico en virtud de la sentencia precitada, en todos los casos la redacción de las disposiciones penales en el Decreto Legislativo N.º 1094 ha sido variada. Ello implica para los tipos penales en cuestión no solo una nueva descripción de la conducta prohibida sino, fundamentalmente, la posibilidad de una renovada semántica normativa, que deberá ser analizada caso por caso.
108. Sin perjuicio de lo anterior, conviene hacer la siguiente observación general, válida para la redacción de la mayoría de tipos penales: ahora se establece que estos delitos se configuran en el contexto de los “estados de excepción y cuando las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno”, mientras que los declarados inconstitucionales exigían la existencia de “un conflicto armado internacional o no internacional”. Tal variación resulta, sin embargo, irrelevante; puesto que, todos estos son supuestos legítimos de actuación de las FFAA y la PNP y porque, además, el estado de excepción puede coincidir con un CAI o un CANI (*Vid.* Sección C.2 *infra*).
109. A lo anterior debe sumarse que, a juicio de este Tribunal, las razones que sustentarán la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los dispositivos impugnados deben extraerse del análisis de la conducta prohibida y de su relación con el bien jurídico tutelado en cada caso. Entonces, a continuación, se analizará cada una de las normas impugnadas. Para tal fin se respetará el orden de exposición siguiente: a. Delitos contra la Seguridad Interna; b. Delitos de Inconducta Funcional durante Conflictos Armados; c. Delitos contra las Personas protegidas por el Derecho Internacional Humanitario; d. Delitos de Empleo de Métodos y Medios Prohibidos en la Conducción de Hostilidades; e. Delitos contra Operaciones Humanitarias y Emblemas; f. Delitos de Violación al Deber Militar Policial: Ejercicio de Grado, Mando o Posición en el Servicio Militar Policial; y g. Delitos contra la Fidelidad a la Función Militar Policial.

B.3.a. Delitos contra la Seguridad Interna

110. Este es el primer grupo de delitos del Código Penal Militar Policial. Incluye ocho tipos penales impugnados, incorporados en el capítulo II del Título I: rebelión militar policial (artículo 60), sedición (artículo 62), motín (artículo 63), negativa del militar o del policía a evitar rebelión, sedición o motín (artí-

culo 64), colaboración con organización ilegal (artículo 65), falsa alarma (artículo 66), derrotismo (artículo 67) y conspiración del personal militar policial (artículo 68).

B.3.a.1 Rebelión

111. El artículo 60 del Decreto Legislativo N.º 1094³⁵ a la letra señala lo siguiente:

Artículo 60.- Comete delito de rebelión y será sancionado con pena privativa de libertad no menor de quince ni mayor de veinticinco años y con la accesoria de inhabilitación, el militar o el policía que se levante en armas y en grupo para: 1. Aislar una parte del territorio de la República; 2. Alterar o afectar el régimen constitucional; 3. Sustraer de la obediencia del orden constitucional a un grupo o parte de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional; 4. Impedir la formación, funcionamiento o renovación de instituciones fundamentales del Estado. Si realiza dichas conductas empleando las armas que la Nación le confió para su defensa, la pena privativa de libertad será no menor de veinte años.

112. Se ha alegado la violación de la cosa juzgada porque el artículo 68 del Decreto Legislativo N.º 961³⁶ fue declarado inconstitucional³⁷. Es preciso, entonces, contrastar los contenidos normativos de ambos dispositivos legales entre sí.

239

113. Ambos artículos coinciden explícitamente en uno de los supuestos previstos (“Impedir la formación, funcionamiento o renovación de las instituciones fundamentales del Estado”). No obstante, cambia de “personal militar policial” a “el militar o el policía”, de “en forma colectiva” a “en grupo”, de “se alza en armas” a “se levante en armas”, de “alterar o suprimir el régimen constitucional” a “alterar o afectar el régimen constitucional”, de “separar una parte del territorio de la República” a “aislar una parte del territorio de la República”, de “sustraer a la obediencia del Gobierno” a “sustraer de la obediencia del orden constitucio-

³⁵ Tenor similar al de los delitos de rebelión en tiempo de guerra (artículo 79 de la Ley Orgánica 13/1985, Código Penal Militar español) y de rebelión militar (artículo 218 del Código de Justicia Militar mexicano).

³⁶ “Comete delito de rebelión el personal militar policial, que en forma colectiva, se alza en armas para: 1. Alterar o suprimir el régimen constitucional; 2. Impedir la formación, funcionamiento o renovación de las instituciones fundamentales del Estado; 3. Separar una parte del territorio de la República; 4. Sustraer a la obediencia del Gobierno a un grupo, fuerza o parte de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional. Será reprimido con pena privativa de libertad de cinco a quince años, con la pena accesoria de inhabilitación”.

³⁷ Fundamentos 56 a 58 de la STC 0012-2006-PI/TC.

nal” y de “a un grupo, fuerza o parte de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional” a “a un grupo o parte de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional”.

La disposición enjuiciada incluye una modalidad agravante -la realización de las conductas mediante empleo de las armas que la nación le confió para su defensa- que no se encontraba con anterioridad y se ha variado la escala de penas aplicable. Más allá de las diferencias en la redacción de los supuestos que definen la conducta prohibida en las normas mencionadas, ninguna es relevante para la conceptualización del bien jurídico tutelado.

- 240
114. Este Tribunal recuerda que declaró la existencia de vicio de inconstitucionalidad toda vez que el elemento base del delito de rebelión, como es el alzamiento o levantamiento armado por parte de militares o policías, busca tutelar el régimen constitucional, y se mantiene en ambos dispositivos. En tal sentido, se persigue garantizar el orden constitucional y la integridad del Estado democrático, reprimiendo los alzamientos armados que pueden ser llevados a cabo individual o colectivamente, por civiles o militares, y siempre que persigan “variar la forma de gobierno”, “deponer al gobierno legalmente constituido” o “suprimir o modificar el régimen constitucional”.
115. Si bien se alegó que la *ratio* del artículo 60 del Código Penal Militar Policial solo persigue la represión de la conducta de aquellos funcionarios públicos a quienes el Estado encomendó su defensa y acaban volviéndose contra él, tal argumento resulta inaceptable; puesto que el deber de fidelidad al orden constitucional legítimo, es un deber fundamental que vincula a todo ciudadano frente al Estado constitucional y democrático de Derecho, independientemente de si cumple o no la función de militar o policial.
116. Ahora bien, es cierto que los miembros de las FFAA tienen el deber de garantizar la independencia, la soberanía y la integridad territorial, mientras que los servidores de la PNP, por su parte, deben mantener, garantizar y restablecer el orden interno³⁸. Sin embargo, la subordinación de todo militar o policía, no solo respecto de sus superiores, sino del poder constitucional en su conjunto resulta un deber general inexcusable³⁹.
117. De otro lado, se ha argumentado que el carácter particular del injusto de la rebelión militar policial reside en que “solo las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional

38 Artículos 165 y 166 de la Constitución.

39 Artículo 169 de la Constitución.

pueden poseer y usar armas de guerra”⁴⁰. Sin embargo, pese a esta posición privilegiada, al igual que el resto de los ciudadanos, las FFAA y la PNP ejercen funciones bajo límites que la Constitución ha consagrado, según los cuales “el poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen. Ninguna persona, organización, Fuerza Armada, Policía Nacional o sector de la población puede arrogarse el ejercicio de ese poder. Hacerlo constituye rebelión o sedición”⁴¹.

118. Por ello, reconocer un delito de rebelión para policías y militares, distinto del aplicable al resto de ciudadanos, implicaría afirmar que policías y militares tienen un deber de diferente intensidad respecto de la fidelidad al orden constitucional; cuando en realidad la Constitución consagra tal deber como uno que corresponde a todo ciudadano en pie de igualdad. Sostener la tesis contraria lesionaría el principio de igualdad⁴².
119. De hecho, a juicio de este Tribunal, el bien jurídico establecido en el artículo 60 del Decreto Legislativo N. ° 1094 no puede considerarse como propio de las fuerzas castrenses, sino que su protección corresponde a la legislación penal común. Tarea de la cual se encarga el artículo 346 del Código Penal, recogido en el título referido a los delitos contra los poderes del Estado y el orden constitucional⁴³.
120. Además, el tipo penal cuestionado incorpora como agravante el hecho de que el sujeto activo realice la acción, empleando las armas “que la Nación le confió para su defensa”. Sobre el particular basta afirmar que el sentido normativo de la agravante se completa con cualquiera de los supuestos del tipo base. Y esto es así porque lo que se sanciona no es el uso indebido de las armas, sino la rebelión. Razón por la cual resulta innecesario abonar más razones para pronunciarse sobre su constitucionalidad.
121. Con pleno respeto de la autoridad de cosa juzgada de la STC 0012-2006-PI/TC, el Tribunal Constitucional declara que el artículo 60 del Decreto Legislativo N. ° 1094 que sanciona el delito de rebelión militar policial es inconstitucional.

40 Artículo 175 de la Constitución.

41 Artículo 45.

42 Artículo 2.2 de la Constitución.

43 “El que se alza en armas para variar la forma de gobierno, deponer al gobierno legalmente constituido o suprimir o modificar el régimen constitucional, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de veinte años”.

B.3.a.2 Sedición

122. El artículo 62 del Decreto Legislativo N.º 1094⁴⁴ presenta el siguiente tenor literal:

Artículo 62.- El militar o el policía que en grupo se levante en armas para impedir el cumplimiento de alguna norma legal, sentencia o sanción, incumplir una orden del servicio, deponer a la autoridad legítima, bajo cuyas órdenes se encuentren, impedir el ejercicio de sus funciones, o participar en algún acto de alteración del orden público, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de quince años, con la accesoria de inhabilitación. Si para realizar tales actos emplea las armas que la Nación le confió para su defensa, la pena privativa de libertad será no menor de quince años.

123. Dado que el artículo 70 del Decreto Legislativo N.º 961⁴⁵ que regulaba el antiguo delito de rebelión fue declarado inconstitucional en parte⁴⁶ también se ha alegado la violación de la cosa juzgada, siendo necesaria la comparación de los dos dispositivos involucrados.

242 124. Si bien varía la escala de penas aplicable, ambos coinciden en algunos de los supuestos previstos (“impedir el cumplimiento de alguna norma legal, sentencia o sanción; incumplir una orden del servicio; o participar en algún acto de alteración del orden público”). Por otro lado, se ha reprimido la conducta del militar o policía que, en grupo “se levante en armas”, y se ha establecido que se configura el delito cuando se “tomen las armas, en forma colectiva”.

Para el artículo impugnado el levantamiento en armas que resulta punible ya no será, como en el caso anterior, el de un mero “colectivo” sino el de un “grupo”. La disposición cuestionada señala como uno de los actos constitutivos de sedición el de “deponer a la autoridad legítima”, figura diferente a la presen-

44 Tal como se establece en el país también está reconocidos, en derecho comparado, a través de los tipos penales de *seditionous offences* (apartado 82 del Código de Servicio de Disciplina canadiense), de sedición militar (artículo 91 de la Ley Orgánica 13/1985, Código Penal Militar español y artículo 224 del Código de Justicia Militar mexicano) y de *attività sediziosa* (artículo 182 del Código Penal Militar de Paz italiano).

45 “Comete delito de sedición el militar o policía que tome las armas, en forma colectiva, para: 1) Impedir el cumplimiento de alguna norma legal, sentencia o sanción; 2) Incumplir una orden del servicio; 3) Deponer a la autoridad, bajo cuyas órdenes se encuentren o impedir el ejercicio de sus funciones; 4) Participar en algún acto de alteración del orden público. Será reprimido con pena privativa de libertad de tres a diez años, con la pena accesoria de inhabilitación”.

46 Fundamento 58 de la STC 0012-2006-PI/TC.

tada con anterioridad, que no requería que la autoridad concernida resultara “legítima”.

La disposición enjuiciada incluye también una modalidad agravante -la realización de las conductas empleando las armas que la nación le confió para su defensa-, que no se encontraba regulada en el pasado. Los cambios no son relevantes como para que este Tribunal los entienda como sustancialmente diferentes.

125. Ante todo, cabe precisar que la descripción típica contenida en el delito de sedición presenta cinco supuestos diferenciados:

- (i) Levantarse en armas para impedir el cumplimiento de alguna norma legal, sentencia o sanción;
- (ii) levantarse en armas para incumplir una orden del servicio;
- (iii) levantarse en armas para deponer a la autoridad legítima, bajo cuyas órdenes se encuentren;
- (iv) levantarse en armas para impedir el ejercicio de las funciones a la autoridad legítima, bajo cuyas órdenes se encuentren;
- (v) levantarse en armas para participar en algún acto de alteración del orden público.

243

126. Respecto del supuesto (i), cabe recordar que, en su momento, este Tribunal estableció que el artículo 70.1 del Decreto Legislativo N. ° 961, referido a “impedir el cumplimiento de alguna norma legal, sentencia o sanción”, tutelaba el régimen constitucional; y, por tanto, incurría en vicio de inconstitucionalidad al no calificar como delito de función. Inclusive, sanciona la misma conducta que ya se hallaba prohibida por la legislación penal común, a través del artículo 347 del Código Penal⁴⁷. Tales razones siguen hoy siendo válidas para que el Tribunal Constitucional reafirme la inconstitucionalidad del texto que ahora se ha reproducido en el artículo 62 de Código Penal Militar.

127. Sobre el supuesto (ii), este Tribunal confirmó la constitucionalidad solo de un extremo del artículo 70.2 del Decreto Legislativo N. ° 961. Se juzgó que tal

⁴⁷ “El que, sin desconocer al gobierno legalmente constituido, se alza en armas para impedir que la autoridad ejerza libremente sus funciones o para evitar el cumplimiento de las leyes o resoluciones o impedir las elecciones generales, parlamentarias, regionales o locales, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años”.

inciso, referido a “incumplir una orden del servicio”, protegía bienes jurídicos estrictamente castrenses, como de hecho lo son el orden y la disciplina en el accionar de las FFAA y PNP. Razón por la cual se consideró que tal extremo no resultaba inconstitucional “siempre y cuando se entienda, conforme al artículo 173 de la Constitución, que quien dicta la orden sea una autoridad militar”⁴⁸.

128. Ahora bien, en vista de que un extremo del artículo 62 del Decreto Legislativo N. ° 1094 reproduce el mismo contenido normativo, basta reiterar lo expuesto *supra* en el sentido de que, si bien se trataría de dos disposiciones legales distintas, hay una misma norma que no perdió vigencia. Dado que el parámetro de constitucionalidad del delito de función no ha variado⁴⁹, han concurrido los tres requisitos de la cosa juzgada; y, en consecuencia, ha operado la sustracción de la materia. Por ello, el Tribunal Constitucional declara la improcedente la demanda en el extremo referido a la sedición contra una “orden de servicio”.
129. En relación con los supuestos (iii) y (iv), cabe precisar que este Tribunal no se pronunció sobre la inconstitucionalidad del artículo 70.3 del Decreto Legislativo N. ° 961, que reprimía el “deponer a la autoridad, bajo cuyas órdenes se encuentren” o “impedir el ejercicio de sus funciones”, enunciados normativos reiterados en el artículo 62 ahora impugnado -permutada la expresión “autoridad” por “autoridad legítima”-.
130. Al respecto, este Tribunal considera que las autoridades a las que se hace referencia incluyen a miembros del Poder Ejecutivo, como el Presidente de la República -siempre que no se busque deponer su autoridad- y los ministros de Defensa y del Interior, así como los mandos militares y policiales de niveles alto y medio. En este sentido, las dos modalidades del tipo de sedición protegen preponderantemente el orden constitucional y la estructura funcional de los órganos del Estado, y las relaciones entre estos y los ciudadanos, bien jurídico no propio de las FFAA o la PNP. Entonces, por razones similares a las ya expuestas con relación al delito de rebelión, este extremo del delito de sedición no puede ser calificado como delito de función⁵⁰.
131. Respecto al supuesto (v), este Tribunal considera que se encuentra obligado a pronunciarse sobre el fondo; puesto que, el similar contenido del artículo 70 del Decreto Legislativo N. ° 961 fue declarado inconstitucional. Más allá de

48 Fundamento 59 de la STC 0012-2006-PI/TC.

49 Es exactamente igual al utilizado en la STC 0017-2003-AI/TC, reiterado en la STC 0012-2006-PI/TC.

50 Fundamento 58 de la STC 0012-2006-PI/TC.

la generalidad con que se halla redactada la parte en cuestión del artículo 62, resulta evidente que la acción típica de “levantarse en armas” para “participar en algún acto de alteración del orden público” lesiona un bien jurídico común como la seguridad pública, y se podría afectar la propiedad privada, medios de transporte, vías de comunicación, servicios públicos, etc. Por ello, este extremo del delito de sedición no puede ser calificado como delito de función

132. Finalmente, y al igual que en el delito de rebelión, se advierte que el enunciado normativo que contiene el delito de sedición también incorpora como agravante el hecho de que los actos descritos se lleven a cabo empleando las armas “que la Nación le confió [a militares y policías] para su defensa”. En ese sentido, a juicio de este Tribunal, esta agravante resulta constitucionalmente válida; puesto que no sanciona el recurso a las armas, ya constitutiva de la sedición, sino únicamente el mayor injusto que supone el uso de armas que han sido confiadas por el Estado. Como es lógico, tal agravante resulta aplicable solo respecto del supuesto (ii) referido a la sedición para “incumplir una orden de servicio”
133. Por todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional declara inconstitucional la expresión “deponer a la autoridad, bajo cuyas órdenes se encuentren, impedir el ejercicio de sus funciones”; y con respeto de la calidad de cosa juzgada de la STC 0012-2006-PI/TC, reafirma la inconstitucionalidad de la expresión “impedir el cumplimiento de alguna norma legal, sentencia o sanción” y “o participar en algún acto de alteración del orden público”. En consecuencia, subsiste el artículo 62 del Decreto Legislativo N.º 1094 de la siguiente forma:

245

Artículo 62.- El militar o el policía que en grupo se levante en armas para incumplir una orden del servicio, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de quince años, con la accesoria de inhabilitación. Si para realizar tales actos emplea las armas que la Nación le confió para su defensa, la pena privativa de libertad será no menor de quince años.

B.3.a.3 Motín

134. El impugnado artículo 63 del Decreto Legislativo N.º 1094⁵¹ literalmente preceptúa que:

51 Regulado de forma similar a los tipos de *ammutinamento* (artículo 175 del Código Penal Militar de Paz italiano), de *mutiny* (apartado 79 del Código de Servicio de Disciplina canadiense), y de *motim* (artículo 149 del Código Penal Militar brasileño).

Artículo 63.- Comete delito de motín el militar o el policía, que en grupo:
1. Se resiste o se niega a cumplir una orden del servicio. 2. Exige la entrega de sueldos, raciones, bienes o recursos o efectúa cualquier reclamación. 3. Ocupa indebidamente una instalación, medio de transporte o lugar sujeto a autoridad militar o policial en detrimento de una orden superior o de la disciplina. Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años, con la accesoria de inhabilitación.

135. En vista que el artículo 71 del Decreto Legislativo N. ° 961⁵², que también regulaba el delito de motín, fue confirmado en su constitucionalidad a través de la STC 0012-2006-PI/TC⁵³, se ha alegado la violación de la cosa juzgada, siendo necesario comparar ambos dispositivos.
136. El cambio más importante radica en que el artículo cuestionado establece que el delito de motín se configura mediante la realización de actos “en grupo”, mientras que el anterior establecía que el delito se configuraba “en forma tumultuaria”. Además, se ha variado el marco punitivo aplicable e incluido la pena accesoria de inhabilitación. Salta a la vista que el artículo 63, cuya constitucionalidad ha sido cuestionada, presenta un contenido bastante similar al del antiguo artículo 71.

246

En efecto, si bien se establece que el comportamiento ilícito se debe producir “en grupo” y no como anteriormente se establecía “en forma tumultuaria”, tal hecho no lo convierte en sustancialmente diferente, pues las dos disposiciones legales se refieren a un comportamiento colectivo de incumplir una orden de servicio o realizar determinadas reclamaciones.

137. Conviene comenzar el análisis por los incisos 1 y 3. Sobre el inciso 1 resultan válidos los argumentos que se han expresado *supra* respecto a la constitucionalidad del delito de sedición cuando se ejecuta contra una orden de servicio. También en el tipo de motín la “orden de servicio” circunscribe el interés lesionado al ámbito de militar o policial. Respecto del inciso 3, la referencia a una “orden superior o de la disciplina” cumple sin duda el mismo papel. Si a lo anterior se suma que para la configuración del delito se exige que el sujeto activo realice la

52 “Comete delito de motín el militar o policía, que en forma tumultuaria: 1. Se resiste o se niega a cumplir una orden de servicio. 2. Exige la entrega de sueldos, raciones, bienes o recursos o efectuar cualquier reclamación. 3. Ocupa indebidamente una instalación, medio de transporte o lugar sujeto a autoridad militar o policial en detrimento de una orden superior o de la disciplina. Será reprimido con pena privativa de libertad de uno a cinco años”.

53 A través de los fundamentos 60 y 61 de la STC 0012-2006-PI/TC.

acción como parte de un grupo, resulta razonable afirmar que el delito de motín sanciona un atentado contra bienes jurídicos de naturaleza castrense como son la subordinación y disciplina.

138. Con relación al inciso 2, se debe afirmar que este sanciona el acto de “exigir” la “entrega de sueldos, raciones, bienes o recursos o efectúa cualquier reclamación”. Si bien la amplitud con que se halla descrita la conducta típica, que hace abstracción de la legitimidad de tales demandas, pudiera resultar indebida, una norma como esta debe ser entendida en coherencia con el artículo 42 de la Constitución, que no reconoce el derecho de huelga a las FFAA y la PNP. Lo anterior permite observar que la norma sanciona el quebrantamiento de la disciplina implícito en el mero hecho de participar de reclamaciones grupales.

Por las razones expuestas, la disposición penal impugnada presenta las características básicas del delito de función.

139. Ahora bien, de lo anterior, se advierte que la disposición legal ahora impugnada que prevé el delito de motín reproduce la misma norma del artículo 71 del Decreto Legislativo 961 que fuera controlada por este Tribunal. Se reitera, entonces, lo expuesto *supra*, en el sentido que la norma -a diferencia del dispositivo- nunca ha dejado de tener vigencia.

247

140. Configurado el supuesto de sustracción de la materia por existir cosa juzgada, este Tribunal reafirma lo establecido en la STC 0012-2006-PI/TC y declara la improcedencia de la demanda en este extremo; puesto que la disposición impugnada permanece vigente en el ordenamiento jurídico.

B.3.a.4 Negativa a evitar rebelión, sedición o motín

141. Se ha cuestionado también el artículo 64 del Decreto Legislativo N.º 1094⁵⁴, cuyo tenor literal es el siguiente:

Artículo 64.- El militar o el policía que, contando con los medios necesarios para hacerlo, no evita la comisión de los delitos de rebelión, sedición o motín o su desarrollo, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de la mitad del máximo señalado para el delito que se perpetra.

142. En vista que el artículo 72 del Decreto Legislativo N.º 961⁵⁵ fue confirmado en

⁵⁴ Previsto de forma similar en los artículos 83 y 96 del Código Penal Militar español.

⁵⁵ “No evitar la perpetración de los delitos de rebelión, sedición o motín o su desarrollo, cuando se cuente con los medios necesarios para hacerlo, será reprimido con pena privativa no mayor de la mitad del máximo señalado para el delito que se perpetra”.

su constitucionalidad mediante la STC 0012-2006-PI/TC⁵⁶. Frente a la denunciada violación de la cosa juzgada respecto al artículo 64 del Decreto Legislativo N.º 1094, es necesario comparar ambas disposiciones penales.

143. Las dos disposiciones legales se refieren a un comportamiento que consisten en no evitar la comisión de determinados hechos ilícitos. Así, el artículo cuya constitucionalidad se cuestiona establece que este delito se configura cuando “el militar o el policía que, contando con los medios necesarios para hacerlo, no evita la comisión de los delitos de rebelión, sedición o motín o su desarrollo”. Mientras que antes se establecía que el delito se configuraba con el “no evitar la perpetración de los delitos de rebelión, sedición o motín o su desarrollo, cuando se cuente con los medios necesarios para hacerlo”.
144. De lo anterior, se advierte que la disposición legal ahora impugnada (artículo 64 del Decreto Legislativo N.º 1094) reproduce la misma norma que estableció el artículo confirmado en su constitucionalidad por este Tribunal. Por ello, cabe reiterar lo expuesto *supra* en el sentido de que si bien se tratarían de dos disposiciones legales distintas, también lo es, que hay una única norma, que nunca ha dejado de tener vigencia.
145. Cuando se sometió a control el artículo 72 del Decreto Legislativo N.º 961, este Tribunal afirmó que mediante esta norma penal se sanciona la conducta que atenta contra bienes jurídicos que contienen un componente estrictamente castrense y que comprometen las funciones constitucionales de las FFAA y de la PNP, consagradas en los artículos 163, 165 y 166⁵⁷. Por ello, se juzgó que la disposición penal impugnada presentaba las características básicas del delito de función y no contravenía el artículo 173 de la Constitución. Se confirmó, entonces, la constitucionalidad del delito.
146. Este Tribunal reafirma ahora, respecto al impugnado artículo 64, que la “negativa a evitar rebelión, sedición o motín” no castiga los levantamientos armados contra el orden constitucional y legal, en defensa de bienes jurídicos comunes. Tarea que corresponde a los tipos penales de rebelión y sedición, vigentes en la ley penal común. Por el contrario, el tipo penal bajo análisis penaliza el quebrantamiento de un deber solamente atribuible a militares y policías, esto es, el uso de fuerza para la defensa del orden constitucional y legal, así como de la seguridad pública y el orden interno. En tal sentido, la norma impugnada

⁵⁶ A través de los fundamentos 60 y 61.

⁵⁷ Según los artículos 163, 165 y 166 de la Constitución.

sanciona la violación de funciones típicamente castrenses, vinculadas a los principios de disciplina y defensa nacional.

147. Reiterando lo establecido en la STC 0012-2006-PI/TC, y habiéndose configurado el supuesto de sustracción de la materia por existir cosa juzgada, corresponde que el Tribunal Constitucional declare improcedente la demanda en este extremo, porque la disposición analizada continúa vigente en el ordenamiento jurídico.

B.3.a.5 Colaboración con organización ilegal

148. Además se ha objetado la constitucionalidad del artículo 65 del Decreto Legislativo N.º 1094, cuyo tenor literal es el siguiente:

Artículo 65.- El militar o el policía que instruye o dota de material bélico a cualquier grupo armado no autorizado por la ley, organización delictiva o banda, o colabora con ellos de cualquier manera, aprovechando su función militar policial, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinte ni mayor de treinta años y la accesoria de inhabilitación.

149. Se ha alegado la violación de la cosa juzgada bajo el sustento de que la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra el artículo 73 del Decreto Legislativo N.º 961⁵⁸ fue desestimada⁵⁹. Al respecto, se puede observar que el artículo impugnado agrega que uno de los supuestos del delito se configura cuando el militar “colabora con ellos de cualquier manera”, mientras que la anterior redacción establecía que para la configuración del delito bastaba con que el militar “colabore con ellos”, además de haberse agregado la pena accesoria de inhabilitación. Como se aprecia, no hay cambios significativos entre una disposición y otra.
150. Así las cosas, correspondería declarar la improcedencia de la demanda al haber operado la sustracción de la materia por cosa juzgada, pues tampoco han variado el sentido de los cuestionamientos a su constitucionalidad ni el parámetro constitucional de análisis.
151. Sin embargo, este Tribunal advierte que el referido artículo 65 incorpora como uno de los supuestos de colaboración con organización ilegal el que el sujeto ac-

58 “El militar o policía que instruye o dota de material bélico a cualquier grupo armado no autorizado por la ley, organización delictiva o banda, o colabora con ellos, aprovechando su función militar policial, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de veinte ni mayor de treinta años”.

59 Fundamento 61 de la STC 0012-2006-PI/TC.

tivo “colabore con ellos de cualquier manera”. Si bien tal fórmula indeterminada podría lesionar el principio de legalidad penal (artículo 2, inciso 24, literal d, de la Constitución); puesto que, esta norma, en su garantía de *lex certa*, supone la interdicción de las “cláusulas legales indeterminadas”⁶⁰. Una interpretación de esta índole debe ser descartada.

No escapa pues a este Tribunal que en el derecho penal del Estado constitucional y democrático de Derecho no solo los tipos de autoría, sino también los tipos de participación deben resultar cuando menos “determinables”. Razón por la cual solo pueden resultar punibles actos de “colaboración” cuando por sí mismos sean elevados a tipos de autoría –como sucede en el presente caso– o cuando puedan ser tenidos por formas de participación en otros delitos plenamente “determinados”.

152. Con relación a la frase “colabora con ellos de cualquier manera”, ella individualmente considerada, parecería tratarse de una cláusula indeterminada. Sin embargo, la propia norma permite determinar su contenido típico por dos aspectos. En primer lugar, debe tratarse de un medio equivalente a la “instrucción” o al suministro de “material bélico”. Y, en segundo lugar, tal colaboración debe ejecutarse “aprovechando su función militar policial”. En ese sentido, el Tribunal Constitucional juzga que, a partir de una interpretación contextual de la expresión en cuestión, su significado resulta plenamente determinable.

250

Siendo así, el Tribunal Constitucional declara la constitucionalidad del artículo 65 del Decreto Legislativo N.º 1094.

B.3.a.6 Falsa alarma

153. El impugnado artículo 66 del Decreto Legislativo N.º 1094⁶¹ establece lo siguiente:

Artículo 66.- El militar o el policía que cause falsa alarma, confusión o desorden entre el personal militar o policial o entre la población donde las fuerzas estuvieren presentes, y atente contra la operación militar o policial, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y la accesoria de inhabilitación.

60 Fundamento 6 de la STC 01469-2011-HC.

61 Al igual que lo regulan el artículo 129 de la Ley 1407, Código Penal Militar colombiano y el artículo 282 del Código de Justicia Militar mexicano

154. Se considera que ha existido violación de la cosa juzgada en vista de que el artículo 74 del Decreto Legislativo N.º 961⁶², sometido a control constitucional, fue confirmado en su constitucionalidad,⁶³ por considerar que protegía un bien jurídico castrense. Se hace necesario comparar el contenido normativo de ambos dispositivos.
155. En efecto, el artículo hoy impugnado prescribe que el delito se configura cuando se causa “falsa alarma”. Mientras que el derogado establecía que ello sucedía cuando se causa “falsa alarma en conflicto armado”. Se cambió también “grave daño o afectar la operación militar policial”, poniéndose “atentar contra la operación militar o policial”. Además se ha agregado la pena accesoria de inhabilitación.
156. Este Tribunal observa que ambas disposiciones persiguen sancionar a aquel militar o policía que cause falsa alarma, confusión o desorden entre sus pares o entre la población, siempre que tal conducta atente contra la operación militar o policial. Se advierte, entonces, que la norma penal castiga un grave atentado contra el principio de disciplina que compromete la operatividad de las FFAA o la PNP; por tanto, el ilícito en cuestión constituye un delito de función.
157. Como la disposición legal impugnada reproduce el mismo contenido normativo que estableció el artículo cuya constitucionalidad fue confirmada por este Tribunal, cabe reiterar lo expuesto *supra* en el sentido de que si bien se tratan de dos disposiciones legales distintas, también lo es que hay una única norma que nunca dejó de tener vigencia.
158. En consecuencia, puesto que se ha comprobado la existencia de cosa juzgada, la demanda debe ser declarada improcedente en este extremo por haber operado la sustracción de la materia. Así las cosas, el Tribunal Constitucional reafirma la constitucionalidad del artículo 66 del Decreto legislativo N.º 1094.

B.3.a.7 Derrotismo

159. El impugnado artículo 67 del Decreto Legislativo N.º 1094⁶⁴ sanciona lo siguiente:

62 “El militar o policía que cause falsa alarma en conflicto armado, confusión o desorden entre el personal militar o policial o entre la población donde las fuerzas estuvieren presentes, que cause grave daño o afecte la operación militar o policial, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de ocho años ni mayor de quince años”.

63 En el fundamento 60 de la STC 0012-2006-PI/TC.

64 Regulado de manera similar a lo establecido en el artículo 64 de la Ley Orgánica 13/1985, Código Penal Militar español.

Artículo 67.- El militar o el policía que durante un conflicto armado internacional en el que el Perú es parte realice actos, profiera palabras o haga declaraciones derrotistas, cuestione públicamente las operaciones bélicas que se llevan a cabo o la capacidad de las Fuerzas Armadas o Policiales peruanas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años, con la accesoria de inhabilitación.

160. Argumentan los accionantes que con su dación se ha violado la cosa juzgada, toda vez que el artículo 75 del Decreto Legislativo N. ° 961⁶⁵, sometido a control constitucional, fue confirmado en su constitucionalidad, por considerar que protegía un bien jurídico castrense⁶⁶. Como se ha venido haciendo hasta aquí, es preciso comparar el contenido de los dos dispositivos señalados.
161. El artículo 67 en cuestión señala que el delito se configura cuando en el contexto de un conflicto armado internacional se “realice actos, profiera palabras o haga declaraciones derrotistas, cuestione públicamente las operaciones bélicas que se llevan a cabo o la capacidad de las Fuerzas Armadas o Policiales peruanas”; mientras que el antiguo artículo 75 exigía que en el contexto de “guerra” y con el fin de “denigrarla” se “realice públicamente actos o profiera palabras de desprecio contra la misma, su condición o las operaciones bélicas o bien contra las fuerzas armadas peruanas”. Además, ahora se ha agregado la pena accesoria de inhabilitación y ya no se recoge el extremo que fue declarado inconstitucional del Decreto Legislativo N. ° 961 que establecía “y que atenten contra la integridad, independencia y poder unitario del estado”.
162. A juicio de este Tribunal, las conductas descritas en el tipo penal impugnado implican un atentado contra el principio de disciplina y ponen en peligro la operatividad de las FFAA y la PNP y las funciones de defensa nacional, todos ellos bienes jurídicos castrenses, únicamente cuando se realizan públicamente

El carácter “público” de las conductas sancionadas supone que sean realizadas ante varias personas, reunidas o separadas, pero de manera que pueda difundirse la noticia, o a través de los medios de comunicación. Además, tales acciones deben ser idóneas para producir grave desorden entre los efectivos de las FFAA

65 “El militar o policía que con el fin de denigrar una guerra en la que intervenga el Perú, realice públicamente actos o profiera palabras de desprecio contra la misma, su condición o las operaciones bélicas o bien contra las fuerzas armadas peruanas; y que atenten contra la integridad, independencia y poder unitario del estado, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de cinco años ni mayor de diez años”.

66 Fundamentos 60 y 61 de la STC 0012-2006-PI/TC.

o PNP. Solo así la norma penal impugnada resulta válida como delito de función.

163. Como la disposición legal ahora impugnada reproduce parte de la misma norma que estableció el aludido artículo 75, corresponde afirmar que, si bien se trata de disposiciones legales distintas, hay una única norma, que mantiene un *continuum*, por lo que son de aplicación los efectos de la cosa juzgada.
164. En consecuencia, ha operado el supuesto de sustracción de la materia; puesto que la disposición analizada se mantiene vigente en el ordenamiento jurídico. Corresponde, entonces, declarar la improcedencia de la demanda en este extremo. Siendo así, el Tribunal Constitucional reafirma la constitucionalidad del artículo 67 del Decreto legislativo N.º 1094 referido al delito de derrotismo.

B.3.a.8 Conspiración

165. El artículo 68 del Decreto Legislativo N.º 1094⁶⁷ que es tachado de inconstitucional presenta el siguiente texto:

Artículo 68.- El militar o el policía que tomare parte en una conspiración de dos o más personas para cometer delitos de rebelión, sedición o motín será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de la mitad del máximo de la prevista para el delito que se trataba de perpetrar.

253

166. Para analizar si existe violación de la cosa juzgada es preciso revisar tanto este dispositivo como el artículo 76 del Decreto Legislativo N.º 961⁶⁸, que tras ser sometido a control de constitucionalidad, fue confirmado en su constitucionalidad, por considerar que protegía un bien jurídico castrense⁶⁹.
167. El artículo cuya constitucionalidad se cuestiona presenta un contenido similar al del derogado, y la única diferencia es que mientras el primero en la parte de la pena utiliza la expresión “señalada”, el segundo en la misma parte utilizada la expresión “prevista”. De lo anterior se colige que la disposición legal impugnada establece el mismo contenido normativo que estableció el artículo 76 del Decreto Legislativo N.º 961, razón por la cual la norma –no el dispositivo– nunca dejó de tener vigencia.

⁶⁷ Regulado también en los artículos 81 y 94 del Código Penal Militar español y los artículos 223 y 227 del Código de Justicia Militar mexicano.

⁶⁸ “El militar o policía que tomare parte en una conspiración de dos o más personas para cometer delitos de rebelión, sedición o motín será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de la mitad del máximo de la señalada para el delito que se trataba de perpetrar”.

⁶⁹ A través de los fundamentos 60 y 61 de la STC 0012-2006-PI/TC.

168. No escapa a este Tribunal que cuando se habla de conspiración de lo que se trata es de un concierto de voluntades y de la resolución conjunta de cometer un delito concreto, siendo indispensable que no se llegue a dar comienzo a la ejecución del delito, pues en ese caso estaríamos ante una tentativa. Así, todo delito de conspiración supone el adelantamiento de las barreras de punibilidad hasta estadios previos a la lesión del bien jurídico. La conspiración resulta, pues, un delito de peligro, cuya criminalización, en el Estado constitucional y democrático de Derecho, resulta justificada en función de la protección de bienes jurídicos de particular entidad.
169. Se debe precisar que, si bien el artículo 68 no lo expresa literalmente, se entiende que los delitos de rebelión, sedición y motín a los que se refiere son los sancionados por los artículos 60, 62 y 63 del Código Penal Militar Policial y no los castigados en el Código Penal.
170. Conviene comenzar el análisis del tipo penal cuestionado por el supuesto referido a la conspiración para cometer motín. En este caso, el peligro recae sobre la disciplina y la subordinación que, al confirmarse *supra* la constitucionalidad del artículo 63, fueron calificadas como bienes jurídicos castrenses. Por ello, respecto de este extremo del artículo 68 se configura la sustracción de la materia por existir cosa juzgada, correspondiendo declarar la improcedencia de la demanda en este punto.
171. Respecto de la conspiración para cometer delitos de rebelión o sedición, este Tribunal considera que, sin afectar la calidad de cosa juzgada de la STC 0012-2006-PI/TC, respecto a las normas penales previamente controladas, el dispositivo penal ahora cuestionado, resulta susceptible de una distinta interpretación normativa que, al no haber sido advertida en la sentencia precitada, no fue sometida a control. Asimismo, el parámetro de control se muestra en algún sentido alterado; toda vez que, como fue establecido *supra*, el artículo 60 y parte del artículo 62 no protegen bienes jurídicos de naturaleza castrense, por lo que merecen un examen diferenciado.
172. En el caso de la rebelión del artículo 60, tal como se afirmó *supra*, se protege, entre otros bienes, el régimen constitucional, la integridad y el orden constitucional; por lo que resulta inconstitucional, por esta misma razón, la previsión legal que busca sancionar con la legislación penal militar la conspiración para cometer rebelión.
173. Siguiendo el mismo razonamiento, en función de lo expuesto *supra* respecto del artículo 62 el caso de la conspiración para cometer sedición también resulta

inconstitucional; puesto que tutela el orden constitucional y la estructura funcional de los órganos del Estado. No obstante, el delito de conspiración resulta constitucional cuando se halla referido al supuesto de sedición del artículo 62 que atenta contra bienes jurídicos castrenses. Este es el dirigido a “incumplir una orden del servicio” dictada por una autoridad militar.

174. Por todas las razones expuestas, el Tribunal Constitucional declara fundada la demanda en este extremo; y, en consecuencia, inconstitucional la palabra “rebelión”, del artículo 68 del Decreto Legislativo N.º 1094, quedando subsistente el texto de la disposición de la siguiente manera:

Artículo 68.- El militar o el policía que tomare parte en una conspiración de dos o más personas para cometer delitos de sedición o motín será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de la mitad del máximo de la prevista para el delito que se trataba de perpetrar.

Asimismo, se precisa que la palabra “sedición” solo se interpretará en el sentido de “levantamiento en armas de militares o policías para incumplir una orden del servicio dictada por una autoridad militar”.

B.3.b. Delitos de Inconducta Funcional durante Conflictos Armados

255

175. Dentro de este grupo de delitos del Código Penal Militar Policial, deben analizarse 7 tipos impugnados, pertenecientes al Capítulo II del Título II: devastación (artículo 81), saqueo, apropiación y destrucción (artículo 82), confiscación arbitraria (artículo 83), confiscación con omisión de formalidades (artículo 84), exacción (artículo 85), contribuciones ilegales (artículo 87) y abolición de derechos y acciones (artículo 87).

B.3.b.1 Devastación

176. El artículo 81 del Decreto Legislativo N.º 1094⁷⁰ que ha sido impugnado presenta el siguiente texto:

Artículo 81.- El militar o el policía que, en estados de excepción y cuando las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno, sin justa causa destruya edificios, templos, archivos, monumentos u otros bienes de utilidad pública, o ataque hospitales o asilos de beneficencia señalados con los signos convencionales, será sancionado con pena privativa de libertad no

⁷⁰ De forma similar, el artículo 155 de la Ley 1407, Código Penal Militar colombiano, y el artículo 209 del Código de Justicia Militar mexicano.

menor de cinco ni mayor de doce años. Si el autor incurre en el agravante del inciso 17 del artículo 33 será reprimido con pena privativa de libertad no menor de diez años.

177. Este Tribunal considera que esta disposición penal no sanciona el incumplimiento y/o inobservancia de un deber u obligación de carácter militar o policial; sino que más bien, protege bienes jurídicos comunes como la propiedad o el patrimonio particular, cultural, religioso, entre otros. De la redacción del texto se advierte que la acción típica contemplada no hace mención alguna a la disciplina castrense; por el contrario, reprime acciones de devastación o destrucción “sin justa causa”.
178. Por ello, la devastación no puede ser considerada un delito de función. En este sentido, las acciones descritas en la disposición impugnada deben ser sancionadas a través de la legislación penal común.
179. Resulta innecesario abonar más razones para pronunciarse sobre la constitucionalidad de la agravante referida al resultado de muerte, contenida en el mismo artículo 81.
- 256 180. Por las razones antes expuestas, el Tribunal Constitucional declara inconstitucional el artículo 81 del Decreto Legislativo N.º 1094, que prevé el delito de devastación como delito de función.

B.3.b.2 Saqueo, apropiación y destrucción

181. El artículo 82 del Decreto Legislativo⁷¹ N.º 1094 presenta el siguiente tenor:

Artículo 82.- El militar o el policía que, en estados de excepción y cuando las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno saquee o, de manera no justificada por las necesidades de la operación o misión militar o policial, destruya, se apropie o confisque bienes será sancionado con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años. Si el autor incurre en el agravante del inciso 17 del artículo 33 será reprimido con pena privativa de libertad no menor de diez años.

182. Se ha alegado sobre este artículo la violación de la cosa juzgada, toda vez que el Tribunal Constitucional, en su oportunidad, señaló que el artículo 97 del

⁷¹ Así como el artículo 156 de la Ley 1407, Código Penal Militar colombiano, el artículo 73 de la Ley Orgánica 13/1985, Código Penal Militar español, y el artículo 209 del Código de Justicia Militar mexicano.

Decreto Legislativo N.º 961⁷² era inconstitucional⁷³. Como se ha venido haciendo, se procederá aquí también a realizar un examen comparativo entre las dos normas.

183. Si bien ambos dispositivos coinciden en algunos extremos (“saquee o, de manera no justificada por las necesidades”), también presentan variaciones, más allá de la diferente escala de las penas aplicables. Se reitera la variación de “estados de excepción y cuando las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno” en reemplazo de “un conflicto armado internacional o no internacional”.

Además, el artículo hoy impugnado ya no se refiere a “las necesidades del conflicto armado” sino a “las necesidades de la operación o misión militar o policial”. Tampoco se dice “bienes de la parte adversa” sino “bienes” en general. Por último, con el artículo 97 bastaba el mero apoderamiento, mientras que el dispositivo cuestionado exige la apropiación. Es cierto que existen algunas variaciones en el texto pero estas no pueden ser consideradas relevantes.

184. Este Tribunal considera que esta disposición penal no sanciona el incumplimiento y/o inobservancia de un deber u obligación de carácter militar o policial; sino más bien, protege bienes jurídicos comunes como la propiedad o el patrimonio. De la redacción del texto, se advierte que la acción típica contemplada no hace mención alguna a la disciplina castrense; por el contrario, reprime acciones de apropiación, destrucción o confiscación de “manera no justificada”.
185. Por ello, tales ilícitos no pueden ser considerados un delito de función. En este sentido, las acciones descritas en la disposición impugnada deben ser sancionadas a través de la legislación penal común.
186. Resulta innecesario abonar más razones para pronunciarse sobre la constitucionalidad de la agravante referida al resultado de muerte, contenida en el mismo artículo 82.
187. Por las razones antes expuestas y respetando los efectos de cosa juzgada de la STC 0012-2006-PI/TC, este Tribunal Constitucional considera que debe declararse inconstitucional el artículo 82 del Decreto Legislativo N.º 1094, que prevé como delito de función al así denominado “saqueo, apropiación y destrucción”.

72 “El militar o policía que, en relación con un conflicto armado internacional o no internacional, saquee o, de manera no justificada por las necesidades del conflicto armado, destruya, se apodere o confisque bienes de la parte adversa será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de doce años”.

73 Fundamentos 74 y 75 de la STC 0012-2006-PI/TC.

B.3.b.3 Confiscación arbitraria

188. El artículo 83 del Decreto Legislativo N.º 1094 que ha sido impugnado presenta el siguiente texto:

Artículo 83.- El militar o el policía que, en estados de excepción y cuando las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno, de manera no justificada por las necesidades de la operación o misión militar o policial, ordene o practique confiscaciones, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años.

189. El delito de confiscación arbitraria ofrece una lógica muy similar al de saqueo, apropiación y destrucción, que acaba de ser analizado. Ambos supuestos típicos se refieren a la conducta ilícita de un militar o policía que, en estados de excepción, de manera no justificada por las necesidades de la operación o misión militar, confisca bienes. Inclusive el artículo 82 también castigaba la confiscación no justificada. Por este motivo el razonamiento para el análisis de la así denominada “confiscación arbitraria” del artículo 83 debe ser el mismo.

258 190. Este Tribunal considera que esta disposición penal no sanciona el incumplimiento y/o inobservancia de un deber u obligación de carácter militar o policial; sino más bien, protege bienes jurídicos comunes como la propiedad o el patrimonio. De la redacción del texto, se advierte que la acción típica contemplada no hace mención alguna a la disciplina castrense; por el contrario, reprime acciones de confiscación de “manera no justificada”.

191. Por ello, tal ilícito no pueden ser considerado un delito de función, por lo que la acción descrita en la norma impugnada debe ser sancionada a través de la legislación penal común.

192. En consecuencia, el Tribunal Constitucional considera que debe declararse inconstitucional el artículo 83 del Decreto Legislativo N.º 1094, que prevé como delito de función la confiscación.

B.3.b.4 Confiscación con omisión de formalidades

193. Los demandantes cuestionan también la constitucionalidad del artículo 84 del Decreto Legislativo N.º 1094, que a la letra dice:

Artículo 84.- El militar o el policía que en estados de excepción y cuando las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno confisque sin cumplir con las formalidades legales y sin que circunstancias especiales lo

obliguen a ello, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años.

194. Este Tribunal entiende que esta disposición penal –al contemplar el delito de confiscación con omisión de formalidades–, al igual que los delitos antes examinados en su constitucionalidad, no persigue proteger el orden y la disciplina propia del accionar de las FFAA y PNP, en vista que está referido al acto de incautar bienes sin compensación.
195. El delito de confiscación con omisión de formalidades presenta una lógica similar al de confiscación arbitraria, que acaba de ser estudiado en su constitucionalidad. Ambos supuestos típicos se refieren a la conducta ilícita de un militar o policía que, en estados de excepción, de manera no justificada por las necesidades de la operación o misión militar, confisca bienes.
196. Esto es así porque, si bien el artículo 84 tiene por *nomen iuris* “confiscación con omisión de formalidades”, lo que sanciona en realidad no es únicamente que el sujeto activo no adopte el procedimiento establecido para confiscar, sino que el tipo penal exige que el acto confiscatorio se realice “sin que circunstancias especiales lo obliguen a ello”. En tal sentido, a juicio de este Tribunal, de lo que se trata es de castigar una forma más de confiscación no justificada, con lo cual el injusto de la acción reside fundamentalmente en la lesión del derecho de propiedad o, en términos jurídico-penales, del patrimonio como bien jurídico.
197. Interpretar que para la consumación del delito basta con la omisión de formalidades conduciría a una ilegítima ampliación del ámbito de punibilidad. Por tales motivos, el razonamiento para el análisis de la así denominada “confiscación con omisión de formalidades” debe ser el mismo que el que se aplicó a la “confiscación arbitraria” del artículo 83.
198. Este Tribunal considera que esta disposición penal no sanciona el incumplimiento y/o inobservancia de un deber u obligación de carácter militar o policial; sino más bien, protege bienes jurídicos comunes como la propiedad o el patrimonio. De la redacción del texto, se advierte que la acción típica contemplada no hace mención alguna a la disciplina castrense; por el contrario, reprime acciones de confiscación “sin cumplir con las formalidades legales y sin que circunstancias especiales lo obliguen a ello”.
199. Por ello, tal ilícito no puede ser considerado un delito de función. Así, la acción descrita en la norma impugnada debe ser sancionada a través de la legislación penal común.

200. En consecuencia, el Tribunal Constitucional declara inconstitucional el artículo 84 del Decreto Legislativo N.º 1094, que prevé como delito de función la así denominada “confiscación con omisión de formalidades”.

B.3.b.5 Exacción

201. Se ha impugnado la validez constitucional del artículo 85 del Decreto Legislativo N.º 1094, que a la letra dice:

Artículo 85.- El militar o el policía que, en estados de excepción y cuando las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno abusando de sus funciones, obligue a una o varias personas integrantes de la población civil a entregar, o a poner a su disposición cualquier clase de bien o a suscribir o entregar documentos capaces de producir efectos jurídicos, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años.

202. Del texto de la disposición impugnada no se advierte que se haya circunscrito de manera adecuada la acción típica cuya sanción se encomienda al fuero militar policial, incluyendo referencias genéricas como “cualquier clase de bien” o “documentos capaces de producir efectos jurídicos”. Esta indeterminación torna difícil aceptar que el tipo penal bajo análisis proteja bienes jurídicos de naturaleza militar policial; por el contrario, se advierte que se hallan involucrados bienes jurídicos comunes, tales como el patrimonio o la libertad individual.
203. Además, tal como se halla sancionado el delito de exacción, no incorpora referencias directas a principios tales como el orden y la disciplina o la actuación y funciones de las FFAA o PNP.
204. Por ello, tal ilícito no puede ser considerado un delito de función. Así, la acción descrita en la norma impugnada debe ser sancionada a través de la legislación penal común.
205. Por las razones antes expuestas, el Tribunal Constitucional considera que debe declararse inconstitucional el artículo 85 del Decreto Legislativo N.º 1094, que prevé el delito de exacción como delito de función.

B.3.b.6 Contribuciones ilegales

206. El artículo 86 del Decreto Legislativo N.º 1094 que ha sido impugnado presenta el siguiente texto:

Artículo 86.- El militar o el policía que, en estados de excepción y cuando las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno, sin facultad

legal y sin justa causa establezca contribuciones, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años.

207. Este Tribunal observa que esta disposición penal no sanciona la lesión de un bien jurídico castrense, como la disciplina, sino que más bien protege bienes jurídicos comunes, incluyendo el patrimonio y el buen funcionamiento de la administración pública, frente a la conducta del militar o policía (en actividad) que, en el ejercicio de la función (en acto de servicio o con ocasión de él) durante los estados de excepción, exija o establezca contribuciones sin tener “facultad legal” ni “justa causa”.
208. Puesto que no se trata de un delito de función, los bienes jurídicos involucrados en el artículo cuestionado deben ser protegidos mediante la legislación penal común.
209. Por las razones antes expuestas, el Tribunal Constitucional declara inconstitucional el artículo 86 del Decreto Legislativo N.º 1094, que prevé el delito de contribuciones ilegales.

B.3.b.7 Abolición de derechos y acciones

210. También se objeta la constitucionalidad del artículo 87 del Decreto Legislativo N.º 1094, cuyo tenor literal es el siguiente:

Artículo 87.- El militar o el policía que, en estados de excepción y cuando las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno, disponga que los derechos y acciones de los miembros de la parte adversaria quedan abolidos, suspendidos o no sean reclamables ante un tribunal, en violación de las normas del derecho internacional, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de doce años.

211. Sobre este artículo se ha alegado la violación de la cosa juzgada dado que el artículo 98 del Decreto Legislativo N.º 961⁷⁴ fue sometido años atrás a control de constitucionalidad, siendo declarado inconstitucional⁷⁵. Siguiendo la misma lógica argumentativa que se ha venido empleando, al comparar el contenido textual de los dispositivos involucrados, se observa que únicamente se ha va-

74 “El militar o policía que, en relación con un conflicto armado internacional o no internacional, disponga que los derechos y acciones de los miembros de la parte adversa quedan abolidos, suspendidos o no sean reclamables ante un tribunal, en violación de las normas del Derecho Internacional, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de doce años”.

75 Fundamentos 74 y 75 de la STC 0012-2006-PI/TC.

riado “un conflicto armado internacional o no internacional” por “estados de excepción y cuando las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno”. Tal cambio, como se ha estudiado *supra*, no implica por sí mismo un contenido sustancialmente diferente para las normas cuestionadas.

212. En esta parte del examen de constitucionalidad se hace necesaria la delimitación del bien jurídico protegido. Cabe observar que lo que el tipo penal sanciona es el acto de “disponer” que “derechos y acciones de los miembros de la parte adversaria quedan abolidos, suspendidos o no sean reclamables ante un tribunal” en “violación de las normas del derecho internacional”.

Así las cosas, para este Tribunal resulta evidente que los derechos cuya disposición se sanciona, no son los que admiten ser suspendidos en el estado de excepción, sino fundamentalmente aquellos cuya lesión implicaría un atentado contra los derechos humanos, entre otros, los derechos a la vida, a la integridad personal, a la nacionalidad, a un recurso sencillo y rápido, etc.

213. De esta forma, el delito de abolición de derechos y acciones no protege bienes jurídicos castrenses, sino más bien la vigencia de ciertos derechos fundamentales de los adversarios, cuya lesión a manos de militares y policías, podría ser considerada inclusive como una violación de derechos humanos.

262

214. Por ello, este ilícito no puede ser considerado un delito de función, por lo que la acción descrita en la norma impugnada debe ser sancionada a través de la legislación penal común.

215. De acuerdo al respeto de la cosa juzgada de la STC 0012-2006-PI/TC, el Tribunal Constitucional declara inconstitucional el artículo 87 del Decreto Legislativo N.º 1094 que prevé el delito de abolición de derechos y acciones.

B.3.c. Delitos contra las Personas protegidas por el Derecho Internacional Humanitario

216. Este es el tercer grupo de delitos del Código Penal Militar Policial que se han impugnado. Incluye tres delitos del Capítulo III del Título II: (artículo 88) afectación a personas protegidas por el DIH, lesiones fuera de combate (artículo 89) y confinación ilegal (artículo 90).

B.3.c.1 Afectación a personas protegidas por el DIH

217. La demanda ha impugnado en primer término el tipo penal del artículo 88, cuyo tenor literal es el siguiente:

Artículo 88.- El militar o el policía que, en estados de excepción y cuando las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno, utilice a menores de dieciocho años en las hostilidades, deporte o traslade forzosamente personas o tome como rehén a una persona protegida por el Derecho Internacional Humanitario será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años.

218. Su inconstitucionalidad se sustentaría, se ha alegado, en la violación de la cosa juzgada, toda vez que el artículo 90 del Decreto Legislativo 961⁷⁶ fue sometido en su momento a control de constitucionalidad. Ante todo es preciso determinar si la configuración normativa del tipo del artículo ahora impugnado es, en esencia, la misma que la del declarado inconstitucional, más allá de que la pena conminada sea diferente.
219. Además del cambio de “un conflicto armado internacional o no internacional” por “estados de excepción y cuando las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno”, también se ha agregado la utilización de “menores de dieciocho años en las hostilidades”, pero ya no se exige que la persona objeto de deportación o traslado se encuentre “legítimamente en un territorio, desplazándola a otro Estado o territorio mediante la expulsión u otras medidas coactivas”.

263

De lo visto, ambos artículos presentan un contenido similar. Los cambios advertidos no convierten al cuestionado artículo 88 en sustancialmente diferente al del Decreto Legislativo N. ° 961.

220. Ahora bien, este Tribunal ha establecido *supra* que aún en el contexto de un CAI o un CANI, derechos como la vida, la integridad física, la libertad sexual, la libertad de tránsito, la propiedad, la tutela jurisdiccional efectiva, entre otros, no son bienes directamente relacionados con las funciones de las FFAA o la PNP, por lo que requieren ser protegidos mediante la legislación penal común. Por esta razón se declaró inconstitucional el delito contra personas protegidas por el DIH, previsto en el artículo 90 del Decreto Legislativo N. ° 961⁷⁷.

⁷⁶ “El militar o policía que, con relación con un conflicto armado internacional o no internacional:(...) 2. Tome como rehén a una persona protegida por el Derecho Internacional Humanitario será reprimido con la pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de veinte años. (...) 6. Deporte o traslade forzosamente a una persona protegida por el Derecho Internacional Humanitario, que se encuentra legítimamente en un territorio, desplazándola a otro Estado o territorio mediante la expulsión u otras medidas coactivas en violación de las reglas generales del Derecho Internacional Humanitario, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de 5 ni mayor de 10 años (...)”.

⁷⁷ Fundamentos 74 y 75 de la STC 0012-2006-PI/TC.

221. Este Tribunal mantiene lo dicho sobre el bien jurídico relevante en el delito contra personas protegidas por el DIH. Se entiende que esta disposición penal –al contemplar el delito contra personas protegidas por el DIH– no persigue proteger el orden y a la disciplina propia del accionar de las FFAA y la PNP, propias del delito de función.

La disposición analizada protege más bien, bienes jurídicos comunes, entre otros, la libertad individual y la integridad física –que no se suspenden inclusive durante los estados de excepción–, frente a la conducta del militar o policía (en actividad) que, en el ejercicio de la función (en acto de servicio o con ocasión de él), realice deportaciones, traslados forzosos o tome como rehenes a personas protegidas por el DIH.

222. Los mismos argumentos resultan aplicables al extremo en que se sanciona “la utilización de personas menores de edad en las hostilidades”; puesto que protege los bienes jurídicos de libertad personal e integridad física de los menores de edad, cuya lesión constituye el delito de exposición a peligro de menores de edad⁷⁸.

223. Como el contenido normativo del dispositivo fue declarado inconstitucional opera la autoridad de cosa juzgada de la STC 0012-2006-PI/TC, y esta obliga al Tribunal Constitucional a emitir un pronunciamiento sobre el fondo. A partir de las consideraciones expuestas, debe declararse inconstitucional el artículo 88 del Decreto Legislativo 1094, que prevé el delito contra personas protegidas por el DIH como uno de función.

264

B.3.c.2 Lesiones fuera de combate

224. El siguiente tipo penal impugnado se halla contenido en el artículo 89 del Decreto Legislativo N.º 1094⁷⁹:

Artículo 89.- El militar o el policía que, en estados de excepción y cuando las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno, lesione a un miembro de las fuerzas adversarias, después de que se haya rendido incondicionalmente o se encuentre de cualquier otro modo fuera de combate, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de diez años.

225. Los ciudadanos demandantes argumentaron la violación de la cosa juzgada sustentada en la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 92 del Decreto

⁷⁸ Artículo 125 del Código Penal.

⁷⁹ Un tipo penal similar está previsto en el artículo 69 de la Ley Orgánica 13/1985, Código Penal Militar español.

Legislativo N.º 961^{80,81}. Corresponde, por tanto, cotejar las dos normas penales (la expulsada y la actual) para concluir si, a pesar de una diferente escala penal, existe un tratamiento sustancialmente igual de la conducta prohibida.

226. Así como en el caso de afectación a personas protegidas por el DIH, se vuelve a variar el contexto de “un conflicto armado internacional o no internacional” por el de “estados de excepción y cuando las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno”; pues tal como fuese explicado *supra*, en un CAI o en CANI resultan aplicables las normas del DIH. Asimismo, hace referencia a la lesión “a un miembro de las fuerzas adversarias”, y ya no “a un miembro de las fuerzas armadas enemigas o a un combatiente de la parte adversa”, términos no iguales pero compatibles. De la confrontación entre ambos textos se observa un contenido normativo similar.
227. Ahora bien, a partir del análisis de la descripción de la conducta sancionada por la norma penal cuestionada, este Tribunal considera que esta reprime de manera directa atentados contra bienes jurídico-penales comunes: integridad y salud. Sin duda, en lo esencial, la acción típica prohibida está referida a la comisión de lesiones dolosas contra una persona que ya no está participando de las hostilidades (miembro de las fuerzas adversarias rendido o fuera de combate). Por esta razón la norma en cuestión no puede ser entendida como delito de función.
228. En suma, dado que el referido dispositivo fue declarado inconstitucional operan los efectos de cosa juzgada de la STC 0012-2006-PI/TC, estando obligado el Tribunal Constitucional a pronunciarse sobre el fondo del asunto. Por ello, se declara inconstitucional el artículo 89 del Decreto Legislativo N.º 1094, que prevé el delito de lesiones fuera de combate como delito de función.

265

B.3.c.3 Confinación ilegal

229. El último tipo penal referido a personas protegidas por el DIH, es el del artículo 90 del Decreto Legislativo N.º 1094, cuyo tenor literal es el siguiente:

Artículo 90.- Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco años ni mayor de diez años, el militar o el policía que en estados de excepción y cuando las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno:

80 “El militar o policía que, en relación con un conflicto armado internacional o no internacional, lesione a un miembro de las fuerzas armadas enemigas o a un combatiente de la parte adversa después de que el mismo se haya rendido incondicionalmente o se encuentre de cualquier otro modo fuera de combate, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de 6 ni mayor de 12 años”.

81 Fundamentos 74 y 75 de la STC 0012-2006-PI/TC.

1. Mantenga confinada ilegalmente a una persona protegida por el Derecho Internacional Humanitario o demore injustificadamente su repatriación. En los supuestos menos graves, la pena privativa será no menor de dos ni mayor de cinco años. 2. Como miembro de una potencia ocupante traslade a una parte de su propia población civil al territorio que ocupa. 3. Obligue mediante violencia o bajo amenaza de un mal grave a una persona protegida a servir en las fuerzas armadas de una potencia enemiga, u, 4. Obligue a un miembro de la parte adversa, mediante violencia o bajo amenaza de un mal grave, a tomar parte en operaciones bélicas contra su propio país.
230. En lo tocante a este supuesto también se alega la violación de la cosa juzgada sobre la base del artículo 93 del Decreto Legislativo N.º 961⁸², que fue declarado inconstitucional⁸³. El examen de tal alegación, requiere, como paso previo, establecer si la descripción de la conducta prohibida –no la pena conminada– es sustancialmente la misma. Entonces, es preciso centrarse en los cambios del texto legal.
231. Vuelve a registrarse el cambio de “estados de excepción y cuando las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno”, por “un conflicto armado internacional o no internacional”. Además, en una de las modalidades del delito se prevé mediante la confinación ilegal “a una persona protegida por el Derecho Internacional Humanitario”, mientras que antes únicamente se establecía “a una persona protegida”. De hecho, las variaciones no pueden considerarse relevantes y no convierte a una en sustancialmente diferente respecto de la otra.
232. De la disposición penal que contempla la prohibición penal de confinación ilegal se desprende que esta sanciona violaciones contra la libertad individual –bien jurídico-penal común–, que se configuran cuando el militar mantiene en confinamiento ilegal, demora la repatriación, dispone traslados, obliga a prestar servicio en las FFAA enemigas u a tomar parte en las operaciones bélicas. Tales actos ilícitos contravienen, además, directamente las obligaciones derivadas del DIH, pudiendo tratarse incluso de crímenes de guerra.

82 “Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de 5 ni mayor de 15 años, el militar o policía que en relación con un conflicto armado internacional: 1. Mantenga confinada ilegalmente a una persona protegida o demore injustificadamente su repatriación. En los supuestos menos graves, la pena privativa será no menor de 2 ni mayor de 5 años. 2. Como miembro de una potencia ocupante traslade a una parte de su propia población civil al territorio que ocupa. 3. Obligue mediante violencia o bajo amenaza de un mal grave a una persona protegida a servir en las fuerzas armadas de una potencia enemiga, u 4. Obligue a un miembro de la parte adversa, mediante violencia o bajo amenaza de un mal grave, a tomar parte en operaciones bélicas contra su propio país”.

83 Fundamentos 74 y 75 de la STC 0012-2006-PI/TC.

233. Ahora bien, como el referido dispositivo y su contenido normativo fueron declarados inconstitucionales, ha operado la cosa juzgada de la STC 0012-2006-PI/TC y el Tribunal Constitucional debe volver a pronunciarse sobre el fondo del asunto. De esta manera, siguiendo la jurisprudencia existente sobre la materia, considera que debe declararse inconstitucional el artículo 90 del Decreto Legislativo N.º 1094, que prevé el delito de confinación ilegal como delito de función, y por tanto, debe declararse fundada la demanda en este extremo.

B.3.d. Delitos de Empleo de Métodos y Medios Prohibidos en la Conducción de Hostilidades

234. Un tercer grupo de delitos que merece ser examinado incluye a los reconocidos en los Capítulos IV y V del Título II del Código Penal Militar Policial. De entre estos, han sido impugnados los delitos referidos a la actuación frente a hostilidades, tanto con relación a los métodos (artículo 91), así como a los medios (artículo 92) y la forma agravada de esos ilícitos (artículo 93).

B.3.d.1 Métodos prohibidos en las hostilidades

235. El tenor literal del artículo 91 del Decreto Legislativo N.º 1094 es el siguiente:

Artículo 91.- Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de veinticinco años, el militar o el policía que, en estados de excepción y cuando las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno: 1. Ataque por cualquier medio a la población civil, o a una persona que no toma parte directa en las hostilidades. 2. Ataque por cualquier medio objetivos civiles, siempre que estén protegidos como tales por el Derecho Internacional Humanitario, en particular edificios dedicados al culto religioso, la educación, el arte, la ciencia o la beneficencia, los monumentos históricos; hospitales y lugares en que se agrupa a enfermos y heridos; ciudades, pueblos, aldeas o edificios que no estén defendidos o zonas desmilitarizadas; así como establecimientos o instalaciones susceptibles de liberar cualquier clase de energía peligrosa. 3. Ataque por cualquier medio de manera que prevea como seguro que causará la muerte o lesiones de civiles o daños a bienes civiles en medida desproporcionada a la concreta ventaja militar esperada. 4. Utilice como escudos a personas protegidas por el Derecho Internacional Humanitario para favorecer las acciones bélicas contra el adversario u obstaculizar las acciones de este contra determinados objetivos. 5. Provocar o mantener la inanición de civiles como método en la conducción de las hostilidades, privando de los objetos esenciales para su supervivencia u obstaculizando el suministro de

ayuda en violación del Derecho Internacional Humanitario. 6. Como superior ordene o amenace con que no se dará cuartel, o 7. Ataque a traición a un miembro de las fuerzas armadas enemigas o a un miembro de la parte adversa que participa directamente en las hostilidades, con el resultado de los incisos 16 o 17 del artículo 33.

236. No varía la justificación de pedido de inconstitucionalidad, en tanto también se sustenta en la violación de la cosa juzgada, pues el artículo 95 del Decreto Legislativo N. ° 961⁸⁴ fue sometido a control de constitucionalidad, habiendo sido declarado inconstitucional⁸⁵, en virtud de lo cual debemos realizar un examen para determinar si existe pronunciamiento sustancialmente igual sobre el fondo entre la norma actual y la antigua.
237. Se hace el mismo cambio ya identificado, remplazando los “estados de excepción y cuando las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno”, por “un conflicto armado internacional o no internacional”. El artículo 95.7 sancionaba al que “mate o lesione a traición”, mientras que el artículo 91.7 se refiere al que “ataque a traición [...] con el resultado de los incisos 16) o 17) del artículo 33”, referido a muerte o lesiones. De la revisión de ambos textos se concluye que la redacción del dispositivo es sustancialmente la misma.
238. Ahora bien, sin afectar la calidad de cosa juzgada de la STC 0012-2006-PI/TC, respecto a las normas penales previamente controladas; este Tribunal considera que el dispositivo penal ahora cuestionado resulta susceptible de una distinta

84 “Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años, el militar o policía que en relación con un conflicto armado internacional o no internacional: 1) Ataque por cualquier medio a la población civil, o a una persona que no toma parte directa en las hostilidades; 2) Ataque por cualquier medio a objetos civiles, siempre que estén protegidos como tales por el Derecho Internacional Humanitario, en particular edificios dedicados al culto religioso, la educación, el arte la ciencia o la beneficencia, los monumentos históricos; hospitales y lugares en que se agrupa a enfermos y heridos; ciudades, pueblos aldeas o edificios que no estén defendidos o zonas desmilitarizadas; así como establecimientos o instalaciones susceptibles de liberar cualquier clase de energía peligrosa; 3) Ataque por cualquier medio de manera que prevea como seguro que causará la muerte o lesiones de civiles o daños a bienes civiles en una medida desproporcionada a la concreta ventaja militar esperada; 4) Utilizar como escudos a personas protegidas por el Derecho Internacional Humanitario, para favorecer las acciones bélicas contra el enemigo, u obstaculizar las acciones de éste contra determinados objetivos; 5) Provocar o mantener la inanición de civiles como método en la conducción de las hostilidades, privando de los objetos esenciales para su supervivencia u obstaculizando el suministro de ayuda en violación del Derecho Internacional Humanitario; 6) Como superior ordene o amenace con que no se dará cuartel; o 7) Mate o lesione a traición a un miembro de las fuerzas armadas enemigas o a un miembro de la parte adversa que participa directamente en las hostilidades”.

85 Fundamentos 74 y 75 de la STC 0012-2006-PI/TC.

interpretación normativa que, al no haber sido advertida en la sentencia precitada, no fue sometida a control.

239. Para este Tribunal resulta evidente que las seis disposiciones penales impugnadas no persiguen sancionar la infracción de bienes jurídicos comunes, sino la corrección en el uso de la fuerza que, estando sujeta a los principios de necesidad y proporcionalidad, limita los métodos y medios utilizados por las FFAA y la PNP cuando operan en cumplimiento de sus funciones.
240. En este sentido, los incisos 1, 2 y 3 del cuestionado artículo 91 se hallan circunscritos a la prohibición penal de “atacar”, constituyendo tipos penales de mera actividad que, por su propia redacción, no exigen para su consumación el resultado de muerte o lesiones que pudiera hacer inferir la tutela de bienes jurídico-penales comunes. Consecuencias de tal índole deberán dar origen a un proceso penal en la jurisdicción penal común. Tal razonamiento resulta aplicable también al inciso 6, cuya prohibición se limita a las acciones de “ordenar” o “amenazar” con que “no se dará cuartel” y no exige la producción de resultados lesivos concretos. Por ello, este Tribunal debe confirmar la constitucionalidad de los incisos 1, 2, 3 y 6 del artículo 91 del Decreto Legislativo N. ° 1094.
241. Por otro lado, las disposiciones de los incisos 4 y 5 que prohíben “utilizar” como “escudos a personas protegidas” y “provocar o mantener la inanimación de civiles como método de conducción de hostilidades [...]”, respectivamente, se hallan también directamente vinculadas a la tutela de la corrección en el uso de la fuerza. Tal bien jurídico se incorpora como propio del desempeño de las funciones de las FFAA y la PNP desde que estas instituciones estatales se hallan sujetas al DIH y obliga a que la utilización de métodos indebidos de combate -que implican la instrumentalización de personas que no participan del enfrentamiento armado- sea entendida como una lesión de un deber institucional. Sin embargo, la responsabilidad de esta índole será independiente de la que pueda sobrevenir por la lesión de bienes jurídico-penales comunes (vida, integridad, libertad, salud pública, etc.). Por ello, este Tribunal debe confirmar la constitucionalidad los incisos 4 y 5 del artículo 91 del Decreto Legislativo 1094.
242. Finalmente, se debe analizar el inciso 7 que contiene la prohibición penal de “atacar a traición” a un miembro de las fuerzas enemigas -participe directo de las hostilidades- causándole lesiones o la muerte. Un análisis preciso de esta norma implica distinguir que no se halla destinada a evitar las lesiones o la muerte en las fuerzas enemigas; puesto que resultados intencionales de tal índole son impunes en acciones de combate, sino, únicamente, a sancionar su producción a través de un método incorrecto.

Resultaría, pues, ingenuo sostener que la norma se halla orientada a tutelar la vida o la integridad física en contextos en que se está autorizado a lesionarlas. Esta interpretación resulta coherente con la desarrollada *supra* respecto del artículo 89 del mismo cuerpo legal. Por ello, este Tribunal debe confirmar del inciso 7 del artículo 91 del Decreto Legislativo N.º 1094.

243. En consecuencia, el Tribunal Constitucional confirma la constitucionalidad de todas las disposiciones del artículo 91 del Decreto Legislativo N.º 1094 referidas a métodos prohibidos de combate.

B.3.d.2 Medios prohibidos en las hostilidades

244. Con la denominación de “medios prohibidos en las hostilidades” el Decreto Legislativo N.º 1094 incorpora los artículos 92 y 93, tipos base y agravado, respectivamente, que contienen diversas disposiciones penales. Todas han sido impugnadas.

Tipo común

245. El artículo 92 del Decreto Legislativo N.º 1094 presenta el tenor literal siguiente:

270

Artículo 92.- Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años el militar o el policía que en estados de excepción y cuando las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno: 1. Utilice veneno o armas venenosas. 2. Utilice armas biológicas o químicas o. 3. Utilice balas que se abran o aplasten fácilmente en el cuerpo humano, en especial balas de camisa dura que no recubra totalmente la parte interior o que tengan incisiones.

246. Se solicitó la inconstitucionalidad de este tipo penal en virtud de haber violado los efectos de cosa juzgada de la STC 0012-2006-PI/TC que estimó la inconstitucionalidad del artículo 102 del Decreto Legislativo N.º 961⁸⁶ que también versaba sobre el mismo delito⁸⁷. En la misma línea argumentativa desarrollada es preciso comparar los dos tipos penales (el expulsado y el actual, impugnado).
247. Al igual que los casos anteriores, se cambia “un conflicto armado internacional o no internacional” por “estados de excepción y cuando las Fuerzas Armadas

⁸⁶ “Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años el militar o policía que en relación con un conflicto armado internacional o no internacional: 1) Utilice veneno o armas venenosas; 2) Utilice armas biológicas o químicas; o 3) Utilice balas que se abran o aplasten fácilmente en el cuerpo humano, en especial balas de camisa dura que no recubra totalmente la parte interior o que tengan incisiones”.

⁸⁷ Fundamentos 74 y 75 de la STC 0012-2006-PI/TC.

asumen el control del orden interno”, cambio que -como se ha venido señalando- no implica una variación significativa del contenido normativo.

248. Ahora bien, sin afectar la calidad de cosa juzgada de la STC 0012-2006-PI/TC, respecto a las norma penales previamente controladas; este Tribunal considera que el dispositivo penal ahora cuestionado resulta susceptible de una distinta interpretación normativa que, al no haber sido advertida en la sentencia precitada, no fue sometida a control.
249. Para este Tribunal resulta evidente que las 3 disposiciones penales impugnadas no persiguen sancionar la infracción de bienes jurídicos comunes, la corrección en el uso de la fuerza que, estando sujeta a los principios de necesidad y humanidad, limita los medios utilizados por las FFAA y la PNP cuando actúan en cumplimiento de sus funciones.
250. En este sentido, los incisos 1, 2 y 3 del cuestionado artículo 92 se hallan circunscritos a la prohibición penal de “utilizar” medios de combate altamente dañinos o crueles, como son el uso de veneno, armas biológicas o balas que provoquen heridas especialmente graves. Estas prohibiciones constituyen tipos penales de mera actividad que, por su propia redacción, no exigen para su consumación el resultado de muerte o lesiones que pudiera hacer inferir la tutela de bienes jurídico-penales como la vida o la integridad física, cuya lesión supone el quebrantamiento de normas penales comunes.
251. En consecuencia, el Tribunal Constitucional confirma la constitucionalidad de todas las disposiciones del artículo 92 del Decreto Legislativo N.º 1094 que prevé el delito de medios prohibidos en las hostilidades.

Tipo agravado

252. El texto del artículo 93 del Decreto Legislativo N.º 1094 es el siguiente:

Artículo 93.- Si el autor incurre en la figura agravante del inciso 17 del artículo 33 será reprimido con pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de treinta años. Si incurre en la figura agravante del inciso 16 del artículo 33 será reprimido con pena privativa de libertad no menor de nueve ni mayor de dieciocho años.

253. También aquí se alegó la violación de la cosa juzgada de la STC 0012-2006-PI/TC, que declaró la inconstitucionalidad⁸⁸ del artículo 103 del Decreto Legisla-

88 Fundamentos 74 y 75 de la STC 0012-2006-PI/TC.

- tivo N.º 961⁸⁹, referido igualmente a la utilización de medios prohibidos en las hostilidades con consecuencia de lesiones o muerte.
254. Al respecto, además del ya mencionado de “estados de excepción” en reemplazo de CAI y CANI, a diferencia al artículo declarado inconstitucional, el texto vigente del artículo 93 ha incorporado las agravantes de lesiones y muerte a través de una técnica legislativa distinta, esto es, mediante referencias a los incisos 16 y 17 del artículo 33. Sin embargo, el tipo penal una vez completo, es en esencia el mismo.
255. Ahora bien, sin afectar la calidad de cosa juzgada de la STC 0012-2006-PI/TC, respecto a la norma penal previamente controlada; este Tribunal considera que el dispositivo penal ahora cuestionado resulta susceptible de una distinta interpretación normativa derivada de la que ha sido desarrollada *supra* para el artículo 92, que, al no haber sido advertida en la sentencia precitada, no fue sometida a control.
256. En este sentido, si bien el tipo base del artículo 92 se halla circunscrito a la prohibición penal de “utilizar” medios de combate altamente dañinos o crueles y, por tanto, constituye un delito de mera actividad, la introducción, a través del artículo 93, de sendas agravantes cualificadas por el resultado, esto es, la causación de lesiones o la muerte, solo podría adoptar un sentido constitucionalmente válido si se las interpreta en coherencia con el principio constitucional de culpabilidad. Esto implicaría la exigencia de una relación subjetiva entre el sujeto activo del delito y el resultado lesivo.
257. Conviene que este Tribunal recuerde que la proscripción de la responsabilidad penal objetiva, como consecuencia del principio constitucional de culpabilidad, exige que solo se sancionen conductas a título de dolo o imprudencia (cfr. STC 010-2002-AI/TC, fundamento 64). Sin embargo, en el caso bajo análisis, una interpretación dolosa del tipo penal agravado se halla fuera de lugar, toda vez que la conducta sancionada es la de “utilizar” una determinada arma prohibida con consecuencia causal de muerte o lesiones y no la de “matar” o “lesionar”. En tal sentido, la interpretación restante es la de un delito agravado mediante un resultado imprudente.

89 “Si el autor causa la muerte o lesiones graves de un civil o de una persona protegida por el Derecho Internacional Humanitario mediante el hecho descrito en el artículo precedente, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de veinticinco años. Si el resultado fuere lesiones leves al autor será reprimido con pena privativa de libertad no menor de nueve ni mayor de dieciocho años. Si el autor causa la muerte dolosamente la pena privativa de libertad será no menor de veinte ni mayor de treinta años”.

258. Lo anterior implica que lo que realmente sanciona el tipo penal agravado es el quebrantamiento del deber de no utilizar un arma o medio de combate prohibido que conduce a la producción imprudente de un resultado de muerte. Tal interpretación obliga a precisar que esta norma resultaría únicamente aplicable a los casos en que la muerte o lesiones causadas sean penalmente reprochables (no justificadas), esto es, cuando puedan ser tenidas por delitos de lesiones u homicidio imprudentes, que, claro está, protegen bienes jurídicos comunes.
259. Esto obligaría a que la norma privativa deba ser aplicable solo cuando previamente la jurisdicción común ha encontrado responsable al sujeto activo del delito de lesiones u homicidio imprudentes; sin embargo, en tales casos resultaría inconstitucional agravar la pena de un delito en el fuero militar policial sobre la base de un injusto penal que ha motivado la aplicación de una pena en el fuero civil.
260. Por las razones expuestas, el Tribunal Constitucional declara inconstitucional el artículo 93 del Decreto Legislativo N.º 1094 que prevé la forma agravada del delito de medios prohibidos en las hostilidades.

B.3.e. Delitos contra Operaciones Humanitarias y Emblemas

273

261. Enseguida corresponde examinar el grupo de delitos pertenecientes al Capítulo VI del Título II del Código Penal Militar Policial: delito contra operaciones humanitarias (artículo 95), utilización indebida de signos protectores (artículo 96) y daños graves al medio ambiente (artículo 97).

B.3.e.1 Impedimento a operaciones humanitarias

262. El texto del artículo 95 del Decreto Legislativo N.º 1094 es el siguiente:

Artículo 95.- Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años, el militar o el policía que en estados de excepción y cuando las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno: 1. Ataque a personas, instalaciones materiales, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a civiles o a objetos civiles con arreglo al Derecho Internacional Humanitario, o 2. Ataque a personas, edificios materiales, unidades sanitarias o medios de transporte sanitarios que estén identificados con los signos protectores de los Convenios de Ginebra de conformidad con el Derecho Internacional Humanitario.

263. Se ha alegado la violación de la cosa juzgada de la STC 0012-2006-PI/TC que declaró la inconstitucionalidad del artículo 99 del Decreto Legislativo N.º 961⁹⁰ que también castigaba el ataque contra operaciones humanitarias⁹¹. Cabe entonces confrontar los textos del artículo 95 del Decreto Legislativo N.º 1094 y el referido artículo 99.
264. Además de realizar el cambio de “estados de excepción y cuando las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno”, por “un conflicto armado internacional o no internacional”, y de establecer un marco punitivo diferente, el artículo ahora impugnado establece que los vehículos estén “identificados”, mientras que antes se exigía los medios de transporte sanitarios estuvieran “señalados”. En esencia la disposición penal es la misma.
265. Ahora bien, sin afectar la calidad de cosa juzgada de la STC 0012-2006-PI/TC, respecto a la normas penales previamente controladas; este Tribunal considera que el dispositivo penal ahora cuestionado resulta susceptible de una distinta interpretación normativa derivada de la que desarrollada *supra* para el artículo 92 que, al no haber sido advertida en la sentencia precitada, no fue sometida a control.
266. Para este Tribunal resulta evidente que las dos disposiciones penales impugnadas no persiguen sancionar la infracción de bienes jurídicos comunes, sino disciplina y corrección en el uso de la fuerza que, estando sujeta a los principios de necesidad y distinción, debe regir el desempeño de las FFAA y la PNP cuando actúan en cumplimiento de sus funciones.
267. En este sentido, los incisos 1 y 2 del cuestionado artículo 95 se hallan circunscritos a la prohibición penal de “atacar” a personas, vehículos e instalaciones protegidas por el DIH, constituyendo tipos penales de mera actividad que, por su propia redacción, no exigen para su consumación el resultado de muerte, lesiones o daños que pudiera hacer inferir la tutela de bienes jurídico-penales comunes. Por el contrario, las prohibiciones bajo análisis se hallan también

90 “Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de quince años, el militar o policía que en relación con un conflicto armado internacional o no internacional: 1) Ataque a personas, instalaciones materiales, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a civiles o a objetos civiles con arreglo al Derecho Internacional Humanitario; o 2) Ataque a personas, edificios materiales, unidades sanitarias o medios de transporte sanitarios que estén señalados con los signos protectores de los Convenios de Ginebra de conformidad con el Derecho Internacional Humanitario”.

91 Fundamentos 74 y 75 de la STC 0012-2006-PI/TC.

directamente vinculadas a la tutela de la disciplina y el correcto uso de la fuerza en las acciones militares y policiales.

268. Como ya se ha explicado *supra*, este último bien jurídico se incorpora como propio del desempeño de las funciones de las FFAA y la PNP desde que estas instituciones estatales se hallan sujetas al DIH y obliga a que la acción de atacar a operaciones humanitarias sea entendida como una lesión también de un deber institucional. Por lo que la responsabilidad de esta índole será independiente de la que pueda sobrevenir por la lesión de bienes jurídico-penales comunes (vida, integridad, propiedad, salud pública, etc.).
269. En consecuencia, el Tribunal Constitucional confirma la constitucionalidad de las 2 disposiciones del artículo 95 del Decreto Legislativo N.º 1094 referidas al ataque contra operaciones humanitarias.

B.3.e.2 Utilización indebida de los signos protectores

270. El cuestionado artículo 96 del Decreto Legislativo N.º 1094⁹² presenta el tenor siguiente:

Artículo 96.- El militar o el policía que, en estados de excepción y cuando las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno, utiliza de modo indebido los signos protectores de los Convenios de Ginebra, la bandera blanca, las insignias militares, el uniforme o la bandera del adversario o de las Naciones Unidas, con el resultado de los incisos 16 o 17 del artículo 33, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de veinte años.

275

271. Se ha pretendido la inconstitucionalidad de este dispositivo por haber operado la cosa juzgada de la STC 0012-2006-PI/TC que se pronunció a favor de la inconstitucionalidad del artículo 100 del Decreto Legislativo N.º 961^{93,94}. Al igual que los casos anteriores, corresponde comparar los artículos (el expulsado y el actual).

92 Igual está establecido en el artículo 75.1 de la Ley Orgánica 13/1985, Código Penal Militar español.

93 El militar o policía que, en relación con un conflicto armado internacional o no internacional, mate o lesiones gravemente a una persona, utilizando de modo indebido los signos protectores de los Convenios de Ginebra, la bandera blanca, la bandera, las insignias militares, el uniforme o la bandera del enemigo o de las Naciones Unidas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de veinte años. Si el autor causa la muerte dolosamente la pena privativa de libertad será no menor de veinte ni mayor de treinta años.

94 Fundamentos 74 y 75 de la STC 0012-2006-PI/TC

272. Aparte del cambio de “estados de excepción y cuando las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno”, por “un conflicto armado internacional o no internacional”, se presentan otras modificaciones.

El antiguo texto sancionaba al que “mate o lesione gravemente a una persona” utilizando indebidamente los signos protectores, mientras que artículo impugnado sanciona la conducta de utilizar tales signos “con el resultado de los incisos 16 o 17 del artículo 33”, referido a lesiones graves o muerte. También se eliminó la agravante referida la muerte de modo doloso.

Si bien la denominación del delito se ha mantenido, en vista que los cambios en la redacción de las disposiciones penales son considerables, resulta imposible considerar esta disposición como sustancialmente igual a la previamente derogada, por lo que corresponde proceder al análisis de su contenido normativo.

273. En principio, a pesar de la nueva redacción y de la denominación asignada de “utilización indebida de los signos protectores”, se debe comenzar por desestimar que el tipo penal en cuestión se oriente a garantizar el deber utilizar de manera correcta los distintivos regulados por el DIH. Esto es así porque requiere el resultado de lesiones o muerte para su aplicación.

276

274. En este sentido, si bien el tipo penal describe la acción prohibida con el verbo “utilizar” de modo indebido los signos protectores de los Convenios de Ginebra, también exige para su configuración la producción del resultado de lesiones o muerte. Sin embargo, tal exigencia solo podría adoptar un sentido constitucionalmente válido si se las interpreta en coherencia con el principio constitucional de culpabilidad. Esto implicaría la exigencia de una relación subjetiva entre el sujeto activo del delito y el resultado lesivo.

275. Como se ha desarrollado *supra*, la proscripción de la responsabilidad penal objetiva, como consecuencia del principio constitucional de culpabilidad, exige que solo se sancionen conductas a título de dolo o imprudencia (cfr. STC 010-2002-AI/TC, Fundamento 64). Sin embargo, en el caso bajo análisis, una interpretación dolosa del tipo penal cae fuera del margen semántico de interpretación del término “utilizar”.

276. Esto es así porque la norma no prohíbe “matar” o “lesionar” valiéndose del uso indebido de los signos protectores de los Convenios de Ginebra; sino “utilizar” los signos protectores de los Convenios de Ginebra con el resultado de muerte o lesiones. En tal sentido, la interpretación restante es la que entiende al tipo penal en cuestión como uno imprudente.

277. Lo anterior implica que lo que realmente sanciona el tipo penal es la infracción de un deber de cuidado cuya titularidad es exclusiva del militar o policía y que desencadena un resultado lesivo sobre la vida o integridad de una persona. Tal interpretación obliga a precisar que esta norma resultaría únicamente aplicable a los casos en que la muerte o lesiones causadas sean penalmente reprochables (no justificadas). Por ello, el tipo penal bajo análisis no sanciona formas concretas de lesiones u homicidio imprudentes, ilícitos que atentan contra bienes jurídicos comunes y que, por tanto, deberán ser juzgados bajo competencia de la justicia ordinaria.
278. En consecuencia, el Tribunal Constitucional declara constitucional el artículo 96 del Decreto Legislativo N.º 1094, que prevé el así denominado delito de “utilización indebida de los signos protectores” como delito de función.

B.3.e.3 Daños extensos y graves al medio ambiente natural

279. Se ha objetado la constitucionalidad del artículo 97 del Decreto Legislativo N.º 1094, cuyo tenor literal es el siguiente:

Artículo 97.- El militar o el policía que, en estados de excepción y cuando las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno, ataque con medios militares desproporcionados a la concreta y directa ventaja militar esperada y sin justificación suficiente para la acción, pudiendo haber previsto que ello causaría daños extensos, duraderos e irreparables al medio ambiente, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años.

277

280. En vista de que el artículo 101 del Decreto Legislativo N.º 961⁹⁵ fue sometido a control por parte de este Tribunal y fue declarado inconstitucional⁹⁶, se ha alegado la violación de la cosa juzgada. A partir de una lectura básica de ambos dispositivos (contenidos en los Decretos Legislativos N.º 961 y N.º 1094, respectivamente) es momento de determinar si se puede distinguir los términos de variación de un dispositivo a otro.
281. Aparte del ya anotado cambio de “estados de excepción y cuando las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno” por “un conflicto armado in-

95 “El militar o policía que en relación con un conflicto armado internacional o no internacional ataque con medios militares de manera que prevea como seguro que causará daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente desproporcionados a la concreta y directa ventaja militar global esperada reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años”.

96 Fundamentos 74 y 75 de la STC 0012-2006-PI/TC.

ternacional o no internacional”, se presentan otros más. La disposición objeto de control añade que el ataque sancionable debe resultar desproporcionado y además llevarse a cabo “sin justificación suficiente para la acción”, extremo no previsto con anterioridad.

Ahora se exige que el resultado dañoso pudiera haber sido previsto, sin requerir el nivel de “seguridad” que se establecía en la disposición expulsada del ordenamiento. Ya no se reprimen los “daños graves” al medio ambiente natural como lo hacía el antiguo artículo 101, sino que ahora se exige que estos sean “irreparables”.

Por último, ahora se reprime el ataque con medios militares que resulten desproporcionados con relación a la concreta y directa ventaja militar esperada que no exige que sea “global”. Es cierto que existen diversos tipos de cambios pero estos no convierten a la disposición del artículo 97 en uno sustancialmente diferente respecto del artículo 101.

- 278
282. Ahora bien, sin afectar la calidad de cosa juzgada de la STC 0012-2006-PI/TC, respecto a la norma penal previamente controlada; este Tribunal considera que el dispositivo penal ahora cuestionado resulta susceptible de una distinta interpretación normativa derivada de la que ha sido desarrollada *supra* para el artículo 92 que, al no haber sido advertida en la sentencia precitada, no fue sometida a control.
283. Para este Tribunal no resulta evidente que la disposición penal cuestionada persiga sancionar la infracción de bienes jurídicos comunes; puesto que una opción interpretativa se halla vinculada a tutela de la corrección en el uso proporcional de la fuerza por las FFAA y la PNP cuando actúan en cumplimiento de sus funciones. Tal interpretación será descartada a continuación.
284. Ahora bien, el artículo 97 se halla circunscrito a la prohibición penal de “atacar” haciendo uso de “medios militares desproporcionados a la concreta y directa ventaja militar esperada y sin justificación suficiente para la acción”. Una lectura precisa de su texto implica distinguir que existen dos interpretaciones posibles. La primera solo exigiría que el sujeto activo estuviera en condiciones de “prever” la causación de “daños extensos, duraderos e irreparables al medio ambiente”. Mientras que la segunda requeriría para la consumación del delito que los daños previstos se hallan realmente producido.
285. Frente a las dos opciones de interpretación posibles, este Tribunal considera que, como consecuencia del principio de legalidad penal, se deberá optar por la más restrictiva posible, esto es, por aquella que no extienda el ámbito de criminalización ilegítimamente.

Entonces, al exigir la verificación de daños medioambientales para su configuración, la norma en cuestión enfatizaría la sanción por la afectación dolosa del medio ambiente y no por el quebrantamiento de un deber institucional relativo al uso proporcional de la fuerza. Así las cosas, la norma en cuestión no resulta legítima como delito de función, toda vez que se halla consagrada preponderantemente a la tutela de un bien jurídico común.

286. En consecuencia, el Tribunal Constitucional debe reafirmar la autoridad de cosa juzgada de la STC 0012-2006-PI/TC y declarar inconstitucional el artículo 97 del Decreto Legislativo N.º 1094, que prevé el delito de daños extensos y graves al medio ambiente natural.

B.3.f. Delitos de Violación al Deber Militar Policial: Ejercicio de Grado, Mandato o Posición en el Servicio Militar Policial

287. Ahora es momento de analizar otro grupo de delitos del Código Penal Militar Policial impugnados. Tales ilícitos pertenecen al Capítulo II del Título VI y son los siguientes: exceso en el ejercicio del mando, tanto en su modalidad dolosa (artículo 130) y culposa (artículo 131); y exceso en el ejercicio del mando en agravio del subordinado (artículo 132).

279

B.3.f.1 Excesos en el ejercicio del mando

Modalidad dolosa

288. El artículo del Decreto Legislativo N.º 1094 que va a ser examinado a continuación es el artículo 130, cuyo tenor literal es el siguiente:

Artículo 130.- El militar o el policía que se exceda en las facultades de empleo, mando o de la posición en el servicio, u ordenare cometer cualquier acto arbitrario en perjuicio de la función militar policial o del personal militar o policial, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de seis años y el pago de ciento ochenta días multa. Si a consecuencia de los excesos se incurre en la figura agravante del inciso 16 del artículo 33, la pena privativa de libertad será no menor de cuatro ni mayor de diez años, con la accesoria de separación absoluta del servicio y el pago de trescientos sesenta días multa. Si los excesos se cometen en enfrentamiento contra grupo hostil o conflicto armado internacional o frente al adversario o si se configura la agravante del inciso 17 del artículo 33, la pena privativa de libertad será no menor de diez ni mayor de veinticinco años.

289. Los demandantes han invocado la violación de la cosa juzgada; puesto que el artículo 139 del Decreto Legislativo N.º 961⁹⁷, que también versaba sobre el delito de exceso en el ejercicio del mando, fue declarado inconstitucional en un determinado extremo de su contenido⁹⁸. Por ello, es preciso analizar si el texto normativo se mantiene o ha variado sustancialmente.
290. El actual texto adiciona el exceso en la facultad de “empleo” a los excesos en la facultad de “mando o de la posición en el servicio” que eran los únicos supuestos previstos por el derogado. El exceso sancionable ya no será el que devenga “en grave perjuicio del personal militar o policial o de terceros” previsto en el dispositivo abolido, sino el que devenga “en perjuicio de la función militar policial o del personal militar o policial” que es lo que establece la disposición actualmente bajo análisis.

Asimismo, el artículo impugnado establece una escala de penas diferente, reemplaza la inhabilitación por la separación absoluta, y adiciona la accesoria de multa. Finalmente, se ha suprimido la referencia a “los delitos de lesa humanidad”, que fue considerado como supuesto excluido para la aplicación de la norma prevista en el artículo derogado. De lo presentado, ambos dispositivos presentan un contenido bastante similar, toda vez que en ambos casos el elemento rector del tipo es el exceso de las facultades cometida en perjuicio de la función militar, del personal militar o policial.

280

291. Ante todo, cabe distinguir que la descripción típica contenida en el delito de exceso en el ejercicio del mando presenta cuatro supuestos:
- (i) Exceso en las facultades de mando o de la posición en el servicio o el ordenar cometer cualquier acto arbitrario en perjuicio de la función militar policial o del personal militar o policial;
 - (ii) exceso en las facultades de mando o de la posición en el servicio en perjuicio de la función militar policial o del personal militar o policial causando lesiones graves;

⁹⁷ “El militar o policía, que en el ejercicio de la función, se excede en las facultades de mando o de la posición en el servicio u ordenare cometer cualquier acto arbitrario en grave perjuicio del personal militar o policial o de terceros, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de seis meses ni mayor a cinco años. Si como consecuencia de los hechos que preceden, se causare: 1) Lesiones graves, será sancionado con pena privativa de libertad de tres a diez años, con la accesoria de inhabilitación. 2) Muerte será sancionado con pena privativa de libertad de cinco a veinte años, con la accesoria de inhabilitación. Los delitos de lesa humanidad están excluidos en la aplicación de este artículo”.

⁹⁸ Fundamento 90 de la STC 0012-2006-PI/TC.

- (iii) exceso en las facultades de mando o de la posición en el servicio en perjuicio de la función militar policial o del personal militar o policial que se comete en enfrentamiento contra grupo hostil, en conflicto armado internacional, frente al adversario; y
- (iv) exceso en las facultades de mando o de la posición en el servicio en perjuicio de la función militar policial o del personal militar o policial causando la muerte.
292. Es conveniente comenzar el examen de constitucionalidad descartando la inconstitucionalidad de los supuestos (ii) y (iv)⁹⁹. Al respecto, sin afectar la calidad de cosa juzgada de la STC 0012-2006-PI/TC, respecto a la norma penal previamente controlada; este Tribunal considera que ambos supuestos del dispositivo penal ahora cuestionado resultan susceptibles de una distinta interpretación normativa que, al no haber sido advertida en la sentencia precitada, no fue sometida a control.
293. Al respecto, debe ponerse de relieve que estas disposiciones penales persiguen sancionar el “exceso en las facultades de mando o de la posición en el servicio” que causa lesiones graves o muerte. No obstante, el resultado típico exigido supone también un “perjuicio de la función militar policial o del personal militar o policial”. Así pues, las lesiones o muertes deben ser valoradas fundamentalmente en relación con la operatividad de las FFAA y el cumplimiento de la misión militar o policial, esto es, no en cuanto a la lesión de bienes jurídicos individuales (derechos a la vida y a la integridad), sino en el impacto que la muerte y las lesiones graves suponen en la baja de la capacidad militar y/o policial. Esta lectura del tipo penal de delito de función resulta coherente con la posición privilegiada que ostenta quien se halla al mando sobre sus subordinados.
294. Ahora bien, tal agravación del injusto penal por el resultado, atribuido al autor del delito, solo podría adoptar un sentido constitucionalmente válido si se las interpreta en coherencia con el principio constitucional de culpabilidad. Esto implicaría, como se ha afirmado *supra*, la exigencia de una relación subjetiva entre el sujeto activo del delito y el resultado lesivo.
295. Entonces, conviene que este Tribunal recuerde que la proscripción de la responsabilidad penal objetiva, como consecuencia del principio constitucional de culpabilidad, exige que solo se sancionen conductas a título de dolo o impru-

99 Cuando alude a la agravante del artículo 33.17.

dencia (cfr. STC 010-2002-AI/TC, fundamento 64). Sin embargo, en el caso bajo análisis, una interpretación dolosa de ambos supuestos agravados se halla fuera de lugar, toda vez que la conducta sancionada es la de “excederse” en el mando o la posición de servicio con consecuencia causal de muerte o lesiones y no la de “matar” o “lesionar”. En tal sentido, la interpretación restante es la de un delito agravado mediante un resultado imprudente.

296. Lo anterior implica que lo que realmente sanciona el tipo penal agravado es el quebrantamiento del deber de utilizar de forma razonable el mando y la posición de servicio que conduce a un resultado de muerte o lesiones que, en cuanto bajas en el personal militar-policial, perjudica el desarrollo de la misión militar o policial. Por ello, tales supuestos típicos de delitos de función resultan constitucionalmente válidos.
297. Este mismo razonamiento no puede aplicarse al supuesto (i). Al respecto cabe señalar que en la STC 0012-2006-PI/TC, este Tribunal no analizó la constitucionalidad del primer párrafo del artículo 139 del Decreto Legislativo N.º 961, de contenido similar al supuesto bajo análisis. Sobre dicha disposición, se debe entender que el excederse en la facultad de empleo, mando o posición o el ordenar cometer actos arbitrarios en perjuicio de la función militar policial o del personal militar o policial constituyen delitos de función en la medida en que se trata de conductas ilícitas que afectan al orden y la disciplina en las FFAA y PNP, poniendo en grave riesgo la organización y funciones de estas instituciones castrenses. Por ello, corresponde confirmar su constitucionalidad.
298. Siguiendo la lógica expuesta en el párrafo anterior, se debe confirmar la constitucionalidad del supuesto (iii), referido a los excesos cometidos en enfrentamiento contra grupo hostil, en conflicto armado internacional, frente al adversario. Tal como está redactado el texto, el bien jurídico protegido es el mismo que se ha analizado en el supuesto (i), cuya lesión se castiga en un contexto de especial relevancia.
299. En cualquier caso, por las razones ya expuestas, cabe subrayar que el “perjuicio [...] del personal militar o policial” al que se refieren los supuestos (i) y (iii) de la disposición en cuestión no puede en ningún caso interpretarse como la lesión de bienes jurídicos comunes, como son, entre otros, vida, integridad o patrimonio, en cuyo caso la acción no puede ser calificada como delito de función.
300. En consecuencia, con pleno respeto de la cosa juzgada de la STC 0012-2006-PI/TC, este Tribunal considera que debe confirmarse la constitucionalidad del artículo 130 del Decreto Legislativo N.º 1094.

Modalidad culposa

301. El artículo 131 del Decreto Legislativo N.º 1094 presenta el tenor literal siguiente:

Artículo 131.- El militar o el policía que por negligencia, impericia o imprudencia en el uso de las armas, medios defensivos u otro material, ocasione los resultados de los incisos 16 o 17 del artículo 33 u otros daños a un militar o policía, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de ocho años, con la accesoria de inhabilitación.

302. Sobre este dispositivo también se alega violación de la cosa juzgada sustentada en que el artículo 140 del Decreto Legislativo N.º 961¹⁰⁰, que contenía una prohibición similar, fue declarado inconstitucional¹⁰¹. Corresponde, entonces, examinar si el cambio de texto es relevante o no.

303. Así, el artículo bajo examen suprime el carácter “profesional” de la negligencia punible. También se modifica el contexto en el que se configuraría el delito, al no exigirse que la negligencia, imprudencia o impericia tuviese lugar “en acto de servicio”, sino “en el uso de las armas, medios defensivos u otro material”. De otro lado, se ha establecido una escala penal diferente y se ha adicionado la accesoria de inhabilitación.

283

En efecto, la supresión del carácter “profesional” de la negligencia o el cambio de la expresión “en acto de servicio” por la de “en el uso de las armas, medios defensivos u otro material”, no lo convierte en sustancialmente diferente una respecto de la otra, pues es claro que se refiere al ejercicio de la función (en acto de servicio o con ocasión de él) del militar o policía. Si bien el tipo penal en cuestión ha recibido el *nomen iuris* de “modalidad culposa en el ejercicio de grado, jerarquía o mando”, para este Tribunal, resulta evidente que la redacción del tipo penal se halla referida a una forma particular de lesiones o homicidio imprudente derivadas del inadecuado uso de “armas, medios defensivos u otro material”.

En tal sentido, los bienes jurídicos tutelados son la vida, integridad física y salud. Por lo demás, cabe resaltar que el tipo penal carece de cualquier referencia al “grado, jerarquía o mando” que permita argumentar la tutela adicional de al-

100 “El militar o policía, que en acto de servicio, cause la muerte, lesiones o daños a un militar o policía, por negligencia profesional, imprudencia o impericia, será sancionado con pena privativa de libertad no mayor de ocho años”.

101 Fundamentos 90 y 91 de la STC 0012-2006-PI/TC.

gún bien jurídico castrense. Así las cosas, resulta imposible calificar la conducta descrita en el artículo 131 como un delito de función.

304. Por estas razones, el respeto a la decisión del Tribunal Constitucional en la STC 0012-2006-PI/TC y a la calidad de cosa juzgada que ostenta, impone que el artículo 131 del Decreto Legislativo N.º 1094 que prevé la así denominada “modalidad culposa” del delito de “excesos en el ejercicio del mando” sea declarada inconstitucional.

B.3.f.2 Excesos en agravio del subordinado

305. Se impugna también el artículo 132 del Decreto Legislativo N.º 1094, cuyo tenor literal es el siguiente:

Artículo 132.- El militar o el policía que veje o ultraje gravemente al subordinado, impida que el subordinado presente, continúe o retire recurso de queja o reclamación, exija al subordinado la ejecución indebida o la omisión de un acto propio de su función, será sancionado con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años.

- 284 306. Se alega una vez más la violación de la cosa juzgada, puesto que el artículo 141 del Decreto Legislativo N.º 961¹⁰², referido a excesos contra el subordinado, fue declarado inconstitucional¹⁰³. Se debe examinar, por tanto, el contenido normativo de los dos artículos (el actual y el expulsado del ordenamiento). Pese a algunos cambios realizados, el contenido de ambos es sustancialmente similar. En efecto, si bien antes se establecía que este delito se configuraba en el contexto de un “acto de servicio militar o policial”, el ahora impugnado ya no se limita a tal supuesto.

307. Ante todo, cabe precisar que la descripción típica contenida en el delito de exceso en el ejercicio del mando presenta tres supuestos diferenciados:

- (i) Vekar o ultrajar gravemente al subordinado;
- (ii) impedir que el subordinado presente, continúe o retire recurso de queja o reclamación; y
- (iii) exigir al subordinado la ejecución indebida o la omisión de un acto propio de su función.

102 “El militar o policía que en acto de servicio militar o policial: 1) Vekar o ultraje gravemente al subordinado; 2) Impida que el subordinado, presente, prosiga o retire recurso queja o reclamación; 3) Exija al subordinado la ejecución indebida o la omisión de acto propio de sus funciones. Será sancionado con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años”.

103 Fundamento 91 de la STC 0012-2006-PI/TC.

308. Ahora bien, sin afectar la calidad de cosa juzgada de la STC 0012-2006-PI/TC, respecto a la normas penales previamente controladas; este Tribunal considera que el dispositivo penal ahora cuestionado resulta susceptible de una distinta interpretación normativa que, al no haber sido advertida en la sentencia precitada, no fue sometida a control.
309. Respecto al supuesto (i), este Tribunal considera que la sanción de vejámenes o ultrajes castiga directamente el quebrantamiento de un deber de respeto hacia el subordinado, en ausencia del cual resultaría mellada la autoridad con la cual el superior jerárquico ejerce las facultades de mando sobre los subordinados. Asimismo, la sanción de tal conducta se halla estrechamente vinculada al mantenimiento del orden, el mando y la disciplina al interior de personal policial o militar. Por ello, corresponde confirmar la constitucionalidad de este extremo del dispositivo penal.
310. Con relación al supuesto (ii), este Tribunal considera que la prohibición de actos que impidan al subordinado presentar, continuar o retirar recurso de queja o reclamación, se halla orientada a castigar actos lesivos para el buen funcionamiento institucional de las FFAA y la PNP. Asimismo, la sanción de tal conducta se halla estrechamente vinculada al mantenimiento de orden y la disciplina al interior de personal policial o militar. Por lo tanto, corresponde confirmar la constitucionalidad de este extremo del dispositivo penal.
311. Cabe subrayar que en los casos en los que las conductas analizadas en los supuestos (i) y (ii) lesionen bienes jurídicos de naturaleza común, como los derechos al honor, a la igualdad y no discriminación, a la tutela procesal efectiva, entre otros, se constituirían ilícitos independientes cuya responsabilidad corresponde dilucidar a través de la ley penal común.
312. Sin perjuicio de lo dicho hasta aquí, respecto al supuesto (iii), conviene precisar que en la STC 0012-2006-PI/TC este Tribunal no controló la constitucionalidad del enunciado “exija al subordinado la ejecución indebida o la omisión de acto propio de sus funciones” previsto en el artículo 141.3 del Decreto Legislativo N.º 961.

Al respecto, este Tribunal entiende que el exigir al subordinado la ejecución indebida o la omisión de actos propios de la función militar o policial efectivamente constituyen delitos de función en la medida en que se trata de conductas ilícitas que afectan al orden y la disciplina en las FFAA y PNP, poniendo en riesgo la organización y funciones de las mencionadas instituciones castrenses. Razón por la cual, corresponde confirmar su constitucionalidad.

313. En consecuencia, sin afectar la autoridad de cosa juzgada de la STC 0012-2006-PI/TC, debe declararse constitucional el artículo 132 del Decreto Legislativo N. ° 1094, que prevé el delito de excesos en el ejercicio del mando en agravio del subordinado como delito de función.

B.3.g. Delitos contra la Fidelidad a la Función Militar Policial

314. Finalmente, toca analizar el grupo de delitos correspondientes al Capítulo Único del Título VIII del Código Penal Militar Policial relacionados al quebramiento de los principios esenciales militares o policiales: certificación falsa sobre asuntos del servicio (artículo 140) y destrucción de documentación militar policial (artículo 142).

B.3.g.1. Certificación falsa sobre asuntos del servicio

315. El cuestionado artículo 140 del Decreto Legislativo N.° 1094¹⁰⁴ incorpora el siguiente texto:

Artículo 140.- El militar o el policía que expida certificación falsa sobre asuntos del servicio, en provecho propio o de otro militar o policía, sobre hechos o circunstancias que habiliten a alguien para obtener cargo, puesto, función o cualquier otra ventaja o lo exima de ellos, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años, con la accesoria de inhabilitación.

286

316. Los ciudadanos accionantes han alegado la violación de la cosa juzgada en vista que el artículo 147 del Decreto Legislativo N. ° 961¹⁰⁵ fue declarado inconstitucional por este Tribunal¹⁰⁶. A partir de una lectura de ambos dispositivos es momento de distinguir si los términos variados de un dispositivo a otro son relevantes o no.

317. El artículo hoy impugnado establece que la certificación falsa debe vincularse con los “asuntos del servicio”, dejando de lado la frase “en razón de la función o profesión”. También el sujeto beneficiado ha sido modificado, incluyendo

104 Tal como lo establecen los tipos penales previstos en el artículo 228.iv del Código de Justicia Militar mexicano y artículo 311 del Código Penal Militar brasileño.

105 “El militar o policía que expida certificación falsa en razón de la función o profesión en provecho propio o de terceros, sobre hechos o circunstancias que habiliten a alguien a obtener cargo, puesto o función o cualquier otra ventaja, siempre que el hecho atente contra la administración militar o policial, o el servicio, será sancionado con pena privativa de la libertad no menor de dos ni mayor de ocho años, con la accesoria de inhabilitación”.

106 Fundamento 100 de la STC 0012-2006-PI/TC.

exclusivamente a otro militar o policía, y ya no a cualquier persona: “terceros”. Se añade también como conducta típica la expedición de certificaciones falsas para eximir al militar o policía destinatario de un puesto o función, extremo que no se encontraba previsto con anterioridad. Finalmente, se determina una escala penal aplicable diferente.

318. En esta oportunidad los cambios en el dispositivo han circunscrito la adecuadamente la acción. Ahora la comisión del delito debe vincularse con los “asuntos del servicio” y no como se establecía “en razón de la función o profesión”; asimismo, la restricción a militares y policías de los sujetos beneficiados como consecuencia del delito le otorga un cariz institucional a la acción típica. Tales variaciones permiten afirmar que el bien jurídico protegido es propio de las FFAA y PNP.
319. A pesar de que la STC 0012-2006-PI/TC expresó que el bien jurídico tutelado era la fe pública, ello no obsta para que en la configuración actual del delito la prevalencia del injusto recaiga en la fidelidad a la función castrense. Razón por la cual debe considerarse que se trata de un delito de función *lato sensu*. El fin perseguido se encuentra en los asuntos del servicio que realiza el militar o policía en actividad, tiene como sujeto beneficiado a otro igual que él, e incluso permite eximir al oficial castrense de un puesto o función. Elementos objetivos del tipo que describen una afectación al principio de disciplina, el cual resulta fundamental para las funciones de las FFAA o PNP.
320. Es cierto que, como afirma la STC 0012-2006-PI/TC, también está en juego el bien jurídico fe pública. Sin embargo, el bien jurídico prevalente, dentro de este delito pluriofensivo, es particular de las FFAA o PNP, por estar en juego la disciplina castrense y las funciones de los cuerpos armados.
321. Por las razones expuestas, este Tribunal considera que el artículo 140 del Decreto Legislativo N.º 1094, que prevé el delito de certificación falsa sobre asuntos del servicio como delito de función, debe ser confirmado en su constitucionalidad.

B.3.g.2 Destrucción de documentación

322. El artículo 142 del Decreto Legislativo N.º 1094¹⁰⁷ presenta el siguiente tenor:

Artículo 142.- El militar o el policía que destruya, suprima u oculte, documentación, en beneficio propio o de otro militar o policía, poniendo en peligro el servicio o la operación militar o policial, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de un año ni mayor de cuatro años.

107 Tal como lo establece, entre otros, el artículo 85 del Código Penal Militar de Paz italiano.

323. En vista que el artículo 149 del Decreto Legislativo N.º 961¹⁰⁸, que también versaba sobre el delito de destrucción de documentación militar policial, fue sometido a control de constitucionalidad, se ha alegado la violación de la cosa juzgada, máxime si dicho dispositivo fue declarado inconstitucional¹⁰⁹. Se requiere realizar una lectura de los artículos mencionados.
324. El artículo impugnado modifica al sujeto beneficiado, exigiendo que se trate de otro militar o policía y se elimina la referencia a “terceros”. Además, suprime la exigencia de perjuicio respecto de terceros. También se modifica la acción típica, sancionando ahora la conducta de aquel que “pone en peligro el servicio o la operación militar o policial” y no como se establecía el hecho que atente contra la administración militar o policial o el servicio. La destrucción, supresión u ocultamiento recaerá sobre “documentación” sin que se requiera, a los efectos del delito previsto, que sea verdadera o que no se pudiese disponer de la misma como era establecida. Finalmente, se fija un nuevo marco punitivo.
325. La exigencia de que la acción ponga en peligro el servicio o la operación militar o policial, sumada a la precisión de la condición del sujeto beneficiado, a juicio de este Tribunal, son trascendentes para catalogar el bien jurídico tutelado como uno de naturaleza militar policial. En concreto, el tipo penal castiga la violación del principio de disciplina, el cual resulta fundamental para las funciones de las FFAA o PNP.
326. Es cierto que, como afirma la STC 0012-2006-PI/TC, también está en juego el bien jurídico fe pública. Sin embargo, el bien jurídico prevalente, dentro de este delito pluriofensivo, es particular de las FFAA o PNP, por estar en juego la disciplina castrense y las funciones de los cuerpos armados.
327. Por las razones expuestas, el Tribunal Constitucional considera que el artículo 142 del Decreto Legislativo N.º 1094 que prevé el delito de destrucción de documentación militar policial como delito de función, debe ser confirmado en su constitucionalidad.

108 “El militar o policía que destruye, suprime u oculte, en beneficio propio o de terceros o en perjuicio ajeno, documento verdadero del que no podía disponer, siempre que el hecho atente contra la administración militar o policial, o el servicio, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de seis meses ni mayor a cuatro años”.

109 Fundamentos 100 y 101 de la STC 0012-2006-PI/TC.

C. EL DECRETO LEGISLATIVO N. ° 1095 Y LA ALEGADA INCONSTITUCIONALIDAD DE DIVERSAS NORMAS SOBRE EL USO DE LA FUERZA POR LA FFAA

C.1 PAUTAS PARA EL USO DE LA FUERZA DE CONFORMIDAD CON LA CONSTITUCIÓN Y LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

328. Conforme se desprende de los artículos 1.1 y 2.4 de la Carta de las NNUU¹¹⁰, el derecho internacional proscribire -en principio- el uso de la fuerza por parte de los Estados en sus relaciones internacionales, al disponer que

[l]os Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas.

Ello no implica que el derecho internacional prohíba, en cualquier supuesto, que los Estados empleen la fuerza.

329. En efecto, la normativa internacional admite, de manera excepcional, el uso de la fuerza en situaciones de legítima defensa frente a un ataque armado¹¹¹ o cuando el propio Consejo de Seguridad decide su uso frente a una amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión¹¹². Bajo la misma lógica de excepcionalidad, a nivel interno de un Estado, será su propia legislación la encargada de regular aquellas situaciones de insurgencia que ameriten un uso legítimo de la fuerza, habilitándola -en nuestro caso para la “defensa del orden constitucional”¹¹³-, o prohibiéndola, como actos que afrontan la ley y el orden interno.

330. La regulación de la fuerza empleada por los Estados originó el reconocimiento de dos grandes ordenamientos a nivel internacional¹¹⁴.

De un lado, se encuentra el denominado *ius ad bellum*, consagrado en la Carta de las NNUU, o derecho que prohíbe la guerra o uso de la fuerza en las relaciones entre los Estados, salvo las excepciones referidas *supra* y que implica la plena vigencia del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH).

110 Ratificada por el Perú el 31 de octubre de 1945.

111 Artículo 51.

112 Capítulo VII.

113 Como se advierte del artículo 46 de la Constitución.

114 Informe preparado por el Comité Internacional de la Cruz Roja, El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos, XXXI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, noviembre-diciembre de 2011.

De otro, se presenta el denominado *ius in bello*, o derecho de la guerra y de los conflictos armados, que tiene su base en la aplicación del DIH, consagrado en los cuatro Convenios de Ginebra¹¹⁵ y sus tres Protocolos Adicionales¹¹⁶ que no prohíben tales conflictos, sino que, frente a su desencadenamiento, se aboca al fin de humanizarlos. La aplicación del DIH a cada Estado es ineludible en virtud del carácter de normas de *ius cogens*.

331. Así, el DIH implica un conjunto de normas de origen convencional o consuetudinario que tienen como fin la solución de los problemas de carácter humanitario generados por los conflictos armados, a través del establecimiento de límites respecto de los métodos o medios de combate, protegiendo a las personas que no participan o que ya no participan en los combates, y actuando a través de la atención y cura de heridos, el trato digno a los prisioneros, la cautela de los bienes indispensables para la supervivencia, entre otras acciones.

Por ello, los principios, directrices y prohibiciones que establece deben ser respetados por los gobiernos, sus militares, así como por los grupos armados en oposición o por cualquier otra parte que se encuentre en situación de conflicto.

- 290 332. El DIH busca establecer una especie de núcleo de derechos fundamentales¹¹⁷, de tal forma que los actos de violencia contra las personas civiles y los bienes de carácter civil resultan ilícitos para este derecho (principio de distinción), que proscrib, en ese sentido, cualquier ataque indiscriminado o desproporcionado. Las operaciones militares en principio son conducidas por las FFAA, sin embargo, también pueden participar en ellas las fuerzas policiales o de seguridad, las cuales mantienen la responsabilidad de garantizar el orden¹¹⁸.

333. De esta forma, si bien el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el DIH comparten un objetivo común, que es el de proteger la dignidad y la humanidad de la persona, existe un marcado consenso en afirmar que ambos cuerpos normativos son aplicables en situaciones de conflicto armado, aunque en tales contextos el segundo constituye la *lex specialis*.

115 Aprobados mediante Resolución Legislativa 12412, del 31 de octubre de 1955, y promulgada el 5 de noviembre de 1955.

116 Los dos primeros aprobados mediante Resolución Legislativa 25029, del 31 de mayo de 1989, y promulgados el 1 de junio de 1989.

117 Recogido en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y a nivel regional en el artículo 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

118 Folleto Violencia y Uso de la Fuerza del Comité Internacional de la Cruz Roja, de septiembre de 2008.

334. En Conclusión, las normas del DIH conforman nuestro ordenamiento jurídico -como parte del bloque de constitucionalidad internacional-, convirtiéndose en parámetro normativo y de interpretación para el desarrollo del derecho interno y el control de los actos o decisiones que tienen lugar en las situaciones de conflicto y que afectan a las personas que no participan en las hostilidades o que han dejado de hacerlo, así como en lo relativo a los medios y métodos de los enfrentamientos.

C.2 ACERCA DE LA JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA DEL FUERO MILITAR PARA EXAMINAR CONDUCTAS ILÍCITAS

335. El artículo 27 del Decreto Legislativo N.º 1095 dispone lo siguiente

Artículo 27.- Las conductas ilícitas atribuibles al personal militar con ocasión de las acciones realizadas, en aplicación del presente Decreto Legislativo o en ejercicio de su función, son de jurisdicción y competencia del Fuero Militar Policial, de conformidad al artículo 173 de la Constitución Política.

336. A juicio de los ciudadanos recurrentes, el dispositivo precitado atenta contra la naturaleza del delito de función, pues no toda conducta ilícita cometida por militares y policías atentaría bienes jurídicos castrenses, máxime si se trata de contravenciones a los derechos fundamentales, comprometiendo seriamente la independencia e imparcialidad del juzgamiento.

291

337. A criterio del *amicus curiae*, tal dispositivo contraviene los principios establecidos en diversos pronunciamientos de la Corte y Comisión IDH, así como de organismos de derechos humanos de las NN.UU, quienes han establecido claramente que las violaciones de derechos humanos no deben ser juzgadas en el sistema de justicia militar y que la aplicación de la jurisdicción militar debería ser excepcional y limitada.

338. El accionado, por su parte, solicita que la demanda sea declarada infundada, porque en el pasado el Tribunal Constitucional se pronunció sobre una norma de similar contenido a la impugnada, y corresponde seguir el razonamiento precedente¹¹⁹.

339. Según se ha dicho *supra*, la jurisdicción penal militar, por su alcance restrictivo y excepcional, sólo puede regular y conocer de aquello que pertenece al ámbito estrictamente castrense. En tal línea, la configuración del delito de función -que

119 STC 0002-2008-PI/TC.

habilita la competencia de la jurisdicción militar- requiere el cumplimiento de manera concurrente de los tres requisitos desarrollados. Por tanto, no son susceptibles de protección mediante el Código Penal Militar Policial los bienes jurídicos comunes en general -y los derechos humanos en especial- cuando no están vinculados al ámbito castrense a través del sujeto activo y el ejercicio de la función militar-policial.

340. Conviene precisar que, en una anterior oportunidad, este Tribunal ha emitido pronunciamiento con relación al artículo 13 de la Ley N.º 29166, el cual regulaba el juzgamiento de las conductas ilícitas del personal militar por el Fuero Militar Policial, optando por ratificar su constitucionalidad siempre que se interprete de conformidad con la noción de delito de función. En efecto, se estableció que “la presunción de los delitos de función establecida en el artículo 13 de la Ley N.º 29166, originados por la aplicación de las disposiciones de esta norma será constitucional en la medida que se interprete y aplique el concepto de delito de función”¹²⁰.
341. Sobre esta base, y teniendo en cuenta que el demandado aduce que el artículo 27 impugnado, al igual que la disposición anterior,¹²¹ contempla una referencia al delito de función, este Tribunal debe reiterar el mismo criterio establecido a fin de evitar la expulsión de dicha disposición del ordenamiento jurídico. El artículo 13 establecía que todas las conductas ilícitas del militar en el ejercicio de su función (en el marco de dicha ley) que se presuman delito de función serán de competencia del fuero militar policial, razón por la cual fue convalidada en su constitucionalidad siempre que sea interpretada de conformidad con el delito de función.
342. Esta misma lógica debe aplicarse en el artículo 27, ahora impugnado. Sin perjuicio de de ello, y a fin de superar la supuesta indeterminación de su texto, este Tribunal considera necesario interpretar que las conductas ilícitas cometidas -por el personal militar o policial- con ocasión de las acciones realizadas en aplicación del Decreto Legislativo N.º 1095 o en ejercicio de sus funciones, a que hace referencia la disposición impugnada, solo resultan constitucionales en tanto busquen penalizar acciones que puedan ser calificadas como delito de función, de acuerdo con los requisitos señalados *supra*. Máxime si en el artículo 27 *in fine* se establece que dicho juzgamiento se realizará “de conformidad al artículo 173 de la Constitución Política”.

120 Fundamento 87 de la STC 0002-2008-PI/TC.

121 Artículo 13 de la Ley 29166.

343. En ese sentido, a juicio de este Tribunal corresponde mantener la constitucionalidad de dicho dispositivo legal, e interpretar que las “conductas ilícitas atribuibles al personal militar con ocasión de las acciones realizadas, en aplicación del presente Decreto Legislativo o en ejercicio de su función” hacen referencia a delitos de función. Además, vale reiterar que los delitos que eventualmente cometan las FFAA en el marco del Decreto Legislativo N. ° 1095 serán de competencia del fuero castrense que establece la ley respectiva.

C.3 USO DE LA FUERZA Y CONTROL DEL ORDEN INTERNO

344. Los demandantes han alegado que los artículos 5.1, 7, 8.1, 9 y 13.2 del Decreto Legislativo N. ° 1095 son inconstitucionales. Estas disposiciones establecen lo siguiente:

Artículo 5.- Cada una de las situaciones consideradas en el presente artículo, se rige por los principios señalados y definidos en el Título correspondiente del presente Decreto Legislativo. 5.1. Cuando la actuación de las Fuerzas Armadas en Estado de Emergencia se orienta a conducir operaciones militares para enfrentar la capacidad de un grupo hostil o elemento de éste, rigen las normas del Derecho Internacional Humanitario [...].

Artículo 7.- Los principios rectores que rigen antes, durante y después del empleo de la fuerza son los reconocidos por las normas del Derecho Internacional Humanitario, y son los siguientes: a. Humanidad.- Las personas puestas fuera de combate y aquellas que no participan directamente de las hostilidades son respetadas, protegidas y tratadas con humanidad. En el mismo sentido, las personas que participan directamente de las hostilidades no son objeto de sufrimientos innecesarios. B. Distinción.- Es la diferenciación que se debe realizar entre quienes participan y quienes no participan directamente de las hostilidades. La población civil no puede ser objeto de ataque. Debe distinguirse entre los objetivos militares y aquellos que no lo son. Sólo los objetivos militares pueden ser objeto de ataque. c. Limitación.- Los medios y métodos de empleo de la fuerza en el enfrentamiento no son ilimitados, El Derecho Internacional Humanitario prohíbe el empleo de aquellos que pudiesen causar daños o sufrimientos innecesarios. d. Necesidad militar.- Es aquella que justifica el empleo de la fuerza y que permite obtener la legítima y concreta ventaja militar esperada. Este principio no constituye excusa para conducta alguna que esté prohibida por el Derecho Internacional Humanitario. e. Proporcionalidad.- Autoriza una operación militar cuando sea previsible que no causará daños

incidentales entre la población civil o daños a bienes de carácter civil, que sean excesivos en relación con la ventaja militar concreta y prevista.

Artículo 8.1.- Los miembros de las Fuerzas Armadas que intervienen en las operaciones militares desde su planeación, decisión, conducción, y con posterioridad a ellas, en las situaciones previstas en el artículo 5.1 del presente Decreto Legislativo, se sujetan a las normas del Derecho Internacional Humanitario y a las del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que sean aplicables [...].

Artículo 9.- La aplicación del Derecho Internacional Humanitario no surte efectos sobre el estatuto jurídico de quienes intervienen en las hostilidades.

Artículo 13.2.- El empleo de la fuerza por las Fuerzas Armadas contra un grupo hostil durante el Estado de Emergencia se sujeta a las reglas de enfrentamiento, ejecutándose las operaciones de conformidad con el Derecho Internacional Humanitario.

345. A criterio de los recurrentes, los artículos antes citados son inconstitucionales debido a que, de su lectura literal, se sugiere que, en caso que las fuerzas armadas asuman el control del orden interno, estará permitida la suspensión y la derogación parcial de la fuerza normativa de la Constitución, de los tratados internacionales sobre derechos humanos, así como del ordenamiento jurídico.
346. Por su parte, a criterio de la parte recurrida, la demanda no busca la expulsión de las normas impugnadas del ordenamiento jurídico, sino la determinación de una interpretación acorde con el marco constitucional, y ello no debe ser objetado en el marco de un proceso de control abstracto de normas jurídicas.
347. Al respecto, el Tribunal advierte que los ciudadanos accionantes expresan su “temor” porque las disposiciones cuestionadas pudieran suponer una suspensión global de los derechos o de la vigencia de la propia Constitución durante los supuestos de estados de excepción. En ese sentido, corresponde que este Tribunal determine si es que, como se sostiene en la demanda, las disposiciones impugnadas suspenden la vigencia normativa de la Constitución y de las demás disposiciones que sean aplicables.
348. Con relación a la suspensión del ejercicio de derechos, regulada en el artículo 137 de la Constitución, se ha sostenido que se trata de una atribución propia

de una situación excepcional, según la cual “resulta lícito para el gobierno aplicar determinadas medidas restrictivas a los derechos y libertades que, en condiciones normales, están prohibidas o sometidas a requisitos más rigurosos”¹²².

Se estableció que tal suspensión de derechos no comporta la suspensión temporal del Estado de derecho o una autorización a los gobernantes a apartar su conducta a la que en todo momento deben ceñirse, toda vez que “el principio de legalidad, las instituciones democráticas y el Estado de Derecho son inseparables”¹²³. Esto se advierte en mayor medida considerando que el artículo 8.1, que hace referencia a la intervención de las fuerzas armadas en los operativos militares, hace explícita referencia al DIDH.

349. De este modo, y de conformidad con lo establecido en la jurisprudencia de este Tribunal respecto del uso de la fuerza, las disposiciones cuestionadas no excluyen la interpretación y aplicación de la Constitución y, a partir de ella, del DIDH, ya que estos cuerpos normativos también resultan plenamente aplicables, según corresponda, a las situaciones en las que la ley autoriza a efectuar, en el contexto de operaciones militares en estado de emergencia, en contra de un grupo hostil. De hecho, en la contestación de la demanda también se ha precisado que la referencia al DIH “no significa que en tales supuestos no corresponda aplicar la Constitución o el derecho internacional de los derechos humanos”¹²⁴.
350. Sin perjuicio de lo expuesto, el Tribunal nota que los diversos instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos no fueron elaborados específicamente para regular las situaciones de conflicto armado, por lo que no contienen normas específicas que rijan el uso de la fuerza y los medios y métodos de guerra en situaciones de conflicto armado. Por ello, el DIH puede servir como *lex specialis* a fin de interpretar y aplicar los instrumentos internacionales de derechos humanos¹²⁵.
351. Por último, los principios rectores contenidos en el artículo 7 tampoco importan una exclusión de la aplicación de la Constitución, de su Cuarta Disposición Final y Transitoria, o de los tratados sobre derechos humanos. Es más, este

122 Fundamento 26 de la STC 0002-2008-PI/TC, siguiendo la doctrina fijada por la Corte IDH.

123 *Ibidem*.

124 Escrito de contestación de la demanda, página 33.

125 Párrafo 61 del Informe de la Comisión IDH sobre Terrorismo y Derechos Humanos, del 22 de octubre del 2002.

Tribunal aludió anteriormente a la posibilidad de un control jurisdiccional en los estados de excepción.

Se precisó que un control de tal índole se halla 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”¹²⁶.

352. En consecuencia, cualquier ciudadano presuntamente afectado de un modo desproporcionado en sus derechos por la declaración de alguno de los estados de excepción o por la decisión del presidente de la República de autorizar la actuación de las FFAA para el mantenimiento del control del orden interno, podría recurrir a la vía del proceso constitucional de amparo -o de hábeas corpus si existe conexión con la libertad individual- a fin de que se lleve a cabo el control de constitucionalidad pertinente.

296 Ello será viable en el contexto de un proceso de tutela de derechos que examine cada situación particular, pero no es algo que corresponda ser dilucidado en el contexto de un control abstracto de normas, como ocurre en un proceso de inconstitucionalidad.

Por los fundamentos expuestos, este extremo de la demanda debe ser declarado infundado.

C.4 USO DE LA FUERZA FRENTE A GRUPOS HOSTILES

353. Como una cuestión preliminar, el Tribunal aprecia que, aun cuando los demandantes cuestionan la validez constitucional de los artículos 5.1, 7, 8.1 y 13.2 del Decreto Legislativo N. ° 1095, en realidad sólo impugnan el artículo 5.1, en relación con el 3.f, toda vez que las demás disposiciones sólo expresan un desarrollo de dichos dispositivos. En consecuencia, el examen de validez constitucional que efectuará este Tribunal se centrará en relación con el artículo 5.1 en conexión con el Decreto Legislativo N. ° 1095.
354. El aludido inciso 1 del artículo 5 expresa que:

126 Fundamento 18 de la STC 0017-2003-AI/TC.

5.1. Cuando la actuación de las Fuerzas Armadas en Estado de Emergencia se orienta a conducir operaciones militares para enfrentar la capacidad de un grupo hostil o elemento de este, rigen las normas del Derecho Internacional Humanitario [...].

El grupo hostil ha sido definido por el literal f del artículo 3, en los siguientes términos:

- f. Grupo hostil.- Pluralidad de individuos en el territorio nacional que reúnen tres condiciones: (i) están mínimamente organizados; (ii) tienen capacidad y decisión de enfrentar al Estado, en forma prolongada por medio de armas de fuego, punzo cortantes o contundentes en cantidad; y, (iii) participan en las hostilidades o colaboran en su realización.
355. Según la parte demandante, el DIH no se aplica a los disturbios y conflictos sociales, por lo que la imprecisión de la definición de 'grupo hostil' constituiría una amenaza cierta e inminente al ejercicio de los derechos que la Constitución garantiza a la participación (artículos 2.17 y 31) y de libertad de reunión (artículo 2.12), pues permite que las FFAA puedan ser utilizadas para reprimir protestas sociales. Otorgarse supuestos de actuación como los que refiere dicho artículo respecto al apoyo de las FFAA a la PNP en otros casos constitucionalmente justificados trasgrediría y desnaturalizaría el carácter excepcional y necesario por el que se le otorga a las FFAA el uso de la fuerza en un CANI.
356. El accionado, por su parte, sostiene que la norma impugnada estaría siendo interpretada de forma aislada y fuera del contexto, toda vez que las reglas del DIH excluyen de su ámbito de aplicación los disturbios y tensiones internas.
357. El Tribunal aprecia que, con la finalidad de examinar la validez constitucional de las disposiciones impugnadas, resulta indispensable hacer referencia al ámbito de aplicación del Derecho Internacional Humanitario.

C.4.a. El Derecho Internacional Humanitario y sus supuestos de aplicación

358. El DIH constituye el marco jurídico que regula las cuestiones humanitarias en tiempo de conflicto armado. Su finalidad es proteger a las personas que no participan o han dejado de participar en las hostilidades y definir los derechos y obligaciones de todas las partes en un conflicto con respecto a la conducción de las hostilidades.

Esta rama del derecho implica un conjunto de normas de origen convencional o consuetudinario que tienen como fin la solución de los problemas de carácter

humanitario generados por los conflictos armados, a través del establecimiento de límites respecto de los métodos o medios de combate, protegiendo a las personas que no participan o que ya no participan en los combates, y actuando a través de la atención y cura de heridos, el trato digno a los prisioneros, la protección de los bienes indispensables para la supervivencia entre otras acciones.

Por ello, los principios, directrices y prohibiciones que establece deben ser respetados por los gobiernos, sus militares, así como por los grupos armados en oposición o por cualquier otra parte que se encuentre en situación de conflicto.

359. Teniendo en cuenta que la violencia dirigida contra los objetivos militares del adversario no está prohibida por el DIH, independientemente de que sea ocasionada por un Estado o una parte no estatal en un conflicto armado, el DIH busca establecer una especie de núcleo de derechos humanos¹²⁷, de tal forma que los actos de violencia contra las personas civiles y los bienes de carácter civil resultan ilícitos para este derecho (principio de distinción), que proscribire en ese sentido cualquier ataque indiscriminado o desproporcionado.

Las operaciones militares en principio son conducidas por las FFAA, sin embargo, también pueden participar en ellas las fuerzas policiales o de seguridad, las cuales mantienen la responsabilidad de garantizar el orden¹²⁸.

298

360. Según lo ha establecido el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, un conflicto armado se configura cuando “se recurre a la fuerza armada entre Estados o se desarrolla un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos en el seno de un Estado”¹²⁹. Los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales I y II de 1977, reconocen la existencia de dos tipos de conflictos armados -en función de su carácter internacional o no internacional- en los que es posible recurrir a las FFAA para su enfrentamiento.
361. Un conflicto armado internacional (CAI) tendrá lugar cuando se recurre al uso de las fuerzas armadas: en el enfrentamiento entre dos o más Estados, en casos

127 Recogido en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y a nivel regional en el artículo 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

128 Folleto Violencia y Uso de la Fuerza del Comité Internacional de la Cruz Roja, de septiembre de 2008.

129 Párrafo 70 de *Prosecutor vs. Dusko Tadic*, Caso IT-94-1-AR72, fallo relativo al recurso de excepción prejudicial de incompetencia presentado por la defensa, 2 de octubre de 1995 (Sala de Apelaciones del TPIY).

de ocupación total o parcial del territorio de una alta parte contratante¹³⁰, o frente a la lucha de un pueblo contra la dominación colonial y/o la ocupación extranjera¹³¹. El marco jurídico aplicable en este contexto está integrado por los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, el Protocolo Adicional I, el artículo 3 común a los Convenios, los principios del DIH y las Reglas de la Haya sobre medios y métodos de combate.

362. Un conflicto armado no internacional (CANI) -que es el que interesa a la luz de los cuestionamientos de la parte accionante al Decreto Legislativo N. ° 1095-, presupone un enfrentamiento entre grupos de un mismo Estado, sea que se trate de luchas entre las propias FFAA (por rebelión en su seno), o de éstas contra grupos armados o de grupos de población que se enfrentan entre sí.
363. La determinación de un CANI no pasa por el acuerdo de las partes en conflicto ni por la decisión de un órgano internacional determinado, sino que debe hacerse en atención a la constatación previa de hechos de violencia armada de intensidad y duración suficientes (operaciones militares sostenidas y concertadas) entre partes identificables (fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados) con organización y capacidad suficientes (mando responsable) para desarrollar hostilidades militares en el territorio de un Estado contratante (control territorial).
364. En tal contexto, la doctrina ha diferenciado 2 tipos de CANI, según su intensidad y marco jurídico aplicable, a saber:
- (i) El CANI regulado por el artículo 3 común, que precisa dos elementos para su configuración: el uso de violencia armada que presenta un carácter colectivo y cierto nivel de organización; y, que el conflicto se desarrolle en el territorio de un Estado parte de los Convenios de Ginebra;
 - (ii) el CANI regulado por el Protocolo Adicional II, que requiere de varios elementos para su configuración: debe involucrar entre sus actores a las fuerzas armadas de un Estado parte, las cuales pueden enfrentarse con fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados; el grupo adverso debe tener un mando responsable, es decir, un nivel no poco importante de organización y disciplina; un control territorial en el Estado parte; debe realizar operaciones militares sostenidas y concertadas; y, tener capacidad de aplicar este Protocolo.

130 Artículo 2 común a los Convenios de Ginebra.

131 Artículo 1.4 del Protocolo I de los Convenios de Ginebra.

365. Cabe precisar además que el referido Protocolo Adicional II establece una distinción entre los CANI y las situaciones de tensiones internas y de disturbios sociales disponiendo su inaplicabilidad “a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados”¹³². Sobre este tema este tema se regresará *infra* cuando se analice el concepto de grupo hostil.
366. Tomando en cuenta este marco general, es preciso examinar algunos supuestos del uso de la fuerza por parte de las FFAA. A modo de premisa, para este Tribunal es claro que la intervención de las FFAA en el mantenimiento del control del orden interno no es habitual, pues para ello se requiere de una previa declaratoria del estado de emergencia por parte del Presidente de la República, toda vez que dicha labor le corresponde fundamentalmente a la PNP, aunque también se admite una intervención adicional al referido supuesto de régimen de excepción.
367. Al respecto, la Cruz Roja ha entendido que estas tensiones y disturbios sociales hacen alusión a aquellas situaciones de violencia interna que involucran a diferentes actores sociales más o menos organizados en una revuelta de carácter esencialmente temporal¹³³. Si bien pueden dar lugar a actos de violencia de cierta gravedad o duración, e incluso un cierto nivel de enfrentamiento, no alcanzan -en sentido estricto- un nivel de organización suficiente como para ser considerados un CANI.
368. Para que el actor de un CANI sea calificado como grupo armado debe cumplir determinados requisitos, tales como:
- (i) Estar conformado por un número suficiente de personas;
 - (ii) tener un grado suficiente de organización y estar bajo la dirección de un mando responsable identificable;
 - (iii) el tipo de armas u otro material militar utilizado, así como el tipo de fuerza empleado, deben ser idóneos para generar hostilidad militar;
 - (iv) debe ejercer control sobre alguna parte del territorio nacional;
 - (v) tener capacidad suficiente para planificar, coordinar y llevar a cabo hostilidades militares; y,

132 Artículo 1.2, reiterado en el artículo 2.d del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

133 Revista Internacional de la Cruz Roja. *Un minimum d'humanité dans les situations de troubles et tensions internes: proposition d'un Code de conduite*, 70 (769), de 1988.

- (vi) tener capacidad para expresar una posición común, negociar y concertar acuerdos tales como el cese del fuego o el acuerdo de paz.
369. Lo mencionado implica que los grupos armados organizados comprenden a las FFAA de una parte no estatal, integrados por personas cuya función es participar en las hostilidades y que asumen una función continua y de participación directa en las mismas. Se requiere, para que se repute de estos grupos una participación directa en las hostilidades:
- (i) La existencia de un umbral de daño (probabilidades de que el acto generado tenga efectos adversos sobre las operaciones militares o sobre la capacidad militar de una parte en un conflicto armado o bien de que cause muerte, heridas o destrucción a las personas o a los bienes protegidos contra los ataques directos);
 - (ii) la causalidad directa del acto y daño generado (vínculo directo entre el acto y el daño que pueda resultar de tal acto o de la operación militar coordinada de la que el acto constituya parte integrante); y,
 - (iii) el nexa beligerante (el propósito específico del acto es causar directamente el umbral exigido de daño en apoyo de una parte en conflicto y en menoscabo de otra).

C.4.b La constitucionalidad de la expresión “grupo hostil”

370. En tal contexto, para este Tribunal resulta evidente que si bien la definición de grupo hostil, establecida en el artículo 3.f del decreto legislativo impugnado, no reconoce de forma explícita todos los elementos que configuran un grupo armado, ello sí se desprende de una interpretación sistemática de los artículos impugnados¹³⁴, y es que al reconocer la vigencia de las normas del DIH “[c]uando la actuación de las Fuerzas Armadas en Estado de Emergencia se orienta a conducir operaciones militares para enfrentar la capacidad de un grupo hostil o elemento de éste [...]”, se concluye un fin de adecuación de la definición nacional de grupo hostil a aquella establecida en el ámbito internacional.

Siendo así, resulta necesario reiterar que las operaciones militares de las FFAA, en un contexto excepcional de estado de emergencia, con el objetivo de enfrentar a un “grupo armado” sólo tendrá lugar luego de verificar que dicho grupo

134 Artículos 3.f y 5.1.

cumple con las condiciones precisadas *supra*.

371. Los disturbios sociales y tensiones internas deben, *prima facie*, regularse por las disposiciones del propio Derecho interno -que prevén situaciones de estados de excepción- en consonancia con el DIDH.

Sin perjuicio de ello, y ante eventuales situaciones de insuficiente protección internacional de las víctimas de los disturbios interiores y las tensiones internas, toda vez que las autoridades del poder recurren a cuantiosas fuerzas policiales e incluso a las FFAA para restablecer el orden, resulta admisible que dicho marco jurídico sea complementado con las disposiciones fundamentales del DIH a fin de enriquecer y clarificar el estándar de protección al ser humano (principio de humanidad)¹³⁵.

372. Es así que la sola participación de las FFAA no convierte una situación de tensión doméstica en un conflicto armado, conforme ha sido establecido por el Tribunal Penal para Ruanda, al precisar que “Los disturbios y tensiones internas caracterizadas por actos de violencia aislados o esporádicos no constituyen conflictos armados incluso si el gobierno se ve forzado a recurrir a las fuerzas policiales o a las fuerzas armadas con el fin de restablecer el Derecho y el orden”¹³⁶.

302

373. El criterio expresado hasta aquí resulta acorde con lo establecido en el Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra¹³⁷ y excluye de su ámbito material a otras formas de violencia como las tensiones y disturbios internos.

Se debe resaltar que en ningún caso las protestas sociales, manifestaciones masivas y otras expresiones públicas de protesta contra las políticas de Estado, los motines o los actos de bandidaje, podrán ser considerados como supuestos de conflicto armado no internacional. Por ello, los colectivos que participen en este tipo de protestas tampoco podrán ser considerados como un grupo hostil que merezca un enfrentamiento militar por parte del Estado.

En consecuencia, en todos estos supuestos será inconstitucional dar por supuesta la existencia de un CANI¹³⁸.

135 Tal como se advierte de la Declaración sobre las Normas Humanitarias Mínimas -o Declaración de Turku-, de 1990.

136 Párrafo 248 de la Sentencia de 27 de enero de 2000, Prosecutor c. Musema, caso ICTR-96-13-A.

137 Específicamente, artículo 1.2.

138 Artículo 1.2 del propio Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra.

374. Si bien la interpretación de la expresión “grupo hostil” depende de que esta sea concordada a la luz de las exigencias del concepto de “grupo armado”, tal como ha sido desarrollado por el DIH, este Tribunal advierte cierta parte del literal f del artículo 3 del Decreto Legislativo N.º 1095, por la forma en que ha sido redactada, resulta imposible de conciliar con la citada normatividad internacional.

En concreto, a juicio de este Tribunal, el enunciado dispositivo “punzo cortantes o contundentes en cantidad” resulta incompatible con la exigencia del DIH según la cual “el tipo de armas u otro material militar utilizado, así como el tipo de fuerza empleado, deben ser idóneos para generar hostilidad militar”. Así pues, resulta evidente que armas de tipo “punzo cortantes” o “contundentes” no reúnen las características que permitirían dotar a quienes las portasen de una potencia armada objetivamente superior a la de la policía, puesto que estos están autorizados a portar armas de fuego y cuentan con entrenamiento.

375. Si a lo anterior se le suma, como se ha desarrollado *supra*, la lógica de excepcionalidad y temporalidad que caracteriza a cualquier uso de la fuerza, resulta desde todo punto de vista desproporcionado autorizar el recurso a las FFAA para reprimir a un grupo de personas que, en función de los medios que emplean, son incapaces de representar “hostilidad militar”. En tales casos será siempre la PNP la encargada del control del orden interno.

303

376. Por las razones expuestas, este Tribunal considera que se debe estimar este extremo de la demanda de autos y, en consecuencia, declarar inconstitucional el enunciado normativo que se refiere a armas de tipo “punzo cortantes o contundentes en cantidad” contenido en el artículo 3.f del Decreto Legislativo N.º 1095. Subsiste la disposición con el siguiente contenido:

Grupo hostil.- Pluralidad de individuos en el territorio nacional que reúnen tres condiciones: (i) están mínimamente organizados; (ii) tienen capacidad y decisión de enfrentar al Estado, en forma prolongada por medio de armas de fuego; y, (iii) participan en las hostilidades o colaboran en su realización.

Además, se reafirma que los artículos 3.f y 5.1 del Decreto Legislativo N.º 1095, en el extremo que se refieren al “grupo hostil”, deben ser interpretados de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.1 del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra y el artículo 3 común respecto de la regulación del “grupo armado”.

C.4.c. La libertad de reunión y los derechos de participación

377. Por último, con relación a los artículos impugnados antes presentados, se ha alegado la presunta contravención de los derechos de participación y libertad de reunión de aquellos colectivos que participen en cualquier tipo de protesta social.

378. Se garantiza por la Constitución el derecho de toda persona

[...] a reunirse pacíficamente sin armas. Las reuniones en locales privados o abiertos al público no requieren aviso previo. Las que se convocan en plazas y vías públicas exigen anuncio anticipado a la autoridad, la que puede prohibirlas solamente por motivos probados de seguridad o de sanidad públicas¹³⁹.

En efecto, y como lo dijera el Tribunal Europeo de Derechos Humanos “la protección de las opiniones y la libertad de expresarlas constituyen uno de los objetivos de las libertades de reunión y de asociación consagrado en el artículo 11”¹⁴⁰.

304 379. Por su parte, este Tribunal ha establecido que el contenido constitucionalmente protegido del derecho de reunión se configura por la conjunción de elementos subjetivos (identidad básica de la intención de quienes se congregan, es decir, el factor volitivo común de los agrupados); temporales (manifestación efímera de su ejercicio, incluso en los supuestos en los que tal manifestación sea periódica); finalistas (licitud de su finalidad y la de los medios utilizados); reales o espaciales (ejercicio en un lugar de celebración concreto); y de eficacia inmediata (ausencia de autorización previa de algún representante gubernativo pese al anuncio previo)¹⁴¹.

380. De otro lado, el derecho a la participación política¹⁴² también tiene un carácter fundamental y constituye un presupuesto indispensable para que se garantice el máximo respeto a todos los derechos constitucionales, al encontrar su justificación en la noción de Estado social y democrático de derecho. De esta manera, se protege en las personas la libertad de intervención en los procesos y toma de

139 Artículo 2.12.

140 Fundamento 37 del Caso del Partido de la Libertad y la Democracia c. Turquía.

141 Fundamento 15 de la STC 4677-2004-AA/TC.

142 Regulado en el artículo 2.17 de la Constitución. También reconocido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 25).

decisiones en la vida política, económica, social y cultural de la Nación y en los diversos niveles de organización, público y privado¹⁴³.

381. Este derecho se materializa con las distintas formas de representación que dicta el artículo 31 de la Constitución, al establecer que los ciudadanos pueden participar mediante

[...] referéndum, iniciativa legislativa, remoción o revocación de autoridades, demanda de rendición de cuentas, así como ser elegidos y elegir libremente a sus representantes observando las formas establecidas en las leyes orgánicas. Además, parte importante del contenido del derecho a la participación política recae en el reconocimiento a la participación asociada¹⁴⁴.

382. A la luz de lo expuesto, este Tribunal considera pertinente precisar que los cuestionados artículos 3.f y 5.1 del Decreto Legislativo N.º 1095 no regulan ni se refieren al ejercicio legítimo o arbitrario de los derechos determinados supra, sobre todo si se examina el contenido que la Constitución le ha otorgado a cada uno de ellos, sino que, bien entendidas las cosas, solo regulan los elementos básicos y/o configuradores del grupo hostil definido supra, término que conforme fue establecido con anterioridad, no cubre dentro de su ámbito de regulación a las protestas sociales o disturbios interiores, entre otros.

305

383. Por las razones antes expuestas, este Tribunal Constitucional considera que debe declararse infundada la demanda en este extremo.

C.5 EL USO DE LA FUERZA FUERA DE UN ESTADO DE EXCEPCIÓN

384. Una segunda posibilidad para el uso de la fuerza de parte de las FFAA se encuentra en los casos en que la capacidad de la PNP haya visto sobrepasada. Se requeriría la intervención de aquéllas supuestamente por ser imprescindibles para el mantenimiento del orden interno.

385. Al respecto, se ha cuestionado la constitucionalidad del artículo 4.3 del Decreto Legislativo N.º 1095, que a la letra dice:

Artículo 4.3.- La intervención de las Fuerzas Armadas en defensa del Estado de Derecho y protección de la sociedad se realiza dentro del territorio nacional con la finalidad de: [...] Prestar apoyo a la Policía Nacional, en

143 Fundamento 3 de la STC 5741-2006-AA/TC.

144 Expresada en el artículo 35 de la Constitución, a través de organizaciones políticas.

casos de tráfico ilícito de drogas, terrorismo o protección de instalaciones estratégicas para el funcionamiento del país, servicios públicos esenciales y en los demás casos constitucionalmente justificados cuando la capacidad de la Policía sea sobrepasada en su capacidad de control del orden interno, sea previsible o existiera peligro de que ello ocurriera.

386. Afirman los recurrentes que dicho dispositivo modifica en los hechos la Constitución al considerar un nuevo supuesto de participación de las FFAA en el control del orden interno, añadiendo que la extrema imprecisión y vaguedad del nuevo supuesto ‘capacidad sobrepasada’ no es compatible con el carácter restrictivo de su participación, desnaturalizando y vaciando de contenido la voluntad del constituyente, lo que contraviene además lo establecido por la Corte IDH.
387. El accionado, a su turno, argumenta que en la demanda no queda claro cuál es exactamente el cuestionamiento de constitucionalidad, y en todo caso el Tribunal ya estableció un criterio, al precisar que en los supuestos de narcotráfico, terrorismo y protección de instalaciones estratégicas era posible dicha intervención¹⁴⁵.
388. El Tribunal advierte, en la disposición impugnada, dos fragmentos cuya validez debe ser analizada. El primero, relacionado con la posibilidad de la intervención de las Fuerzas Armadas en defensa del Estado de Derecho con la finalidad de prestar apoyo a la Policía Nacional en los casos de “de tráfico ilícito de drogas, terrorismo o protección de instalaciones estratégicas para el funcionamiento del país, servicios públicos esenciales”. El segundo se relaciona con si la expresión “esenciales y en los demás casos constitucionalmente justificados” resulta válida según los parámetros desarrollados en la jurisprudencia de este Tribunal.

306

C.5.a. Constitucionalidad de la expresión relacionada con la participación de las FFAA en apoyo de la PNP en los casos de tráfico ilícito de drogas, terrorismo o protección de instalaciones estratégicas para el funcionamiento del país, servicios públicos esenciales

389. En la lógica de excepcionalidad y temporalidad que caracteriza a cualquier uso de la fuerza, es legítimo considerar la facultad de las FFAA de apoyar en la restauración o restablecimiento del control del orden interno en las zonas que no han sido declaradas en estado de emergencia y sólo cuando se supere la capacidad de control del orden interno de la PNP. En este caso, se le reconoce a

145 En la STC 0002-2008-PI/TC.

las FFAA funciones de policía para preservar la paz y la seguridad en situaciones de apremio, que no son consideradas de emergencia, pero que requieren de una respuesta rápida por parte de los elementos de la fuerza pública ante la imposibilidad de la PNP de contrarrestar esta situación por sus propios medios.

390. Así lo estableció este Tribunal en la STC 0002-2008-PI/TC, al examinar la constitucionalidad del artículo 7 de la Ley N. ° 29166, que permitía el apoyo de las FFAA en el mantenimiento del control del orden interno en zonas no declaradas en estado de emergencia. En dicha oportunidad, se estableció que

[...] una interpretación de los artículos 8 y 44 de la Constitución permitiría que en casos de especial gravedad y de forma restrictiva, las Fuerzas Armadas puedan apoyar a la Policía Nacional en el mantenimiento del orden interno, pero circunscribiendo esto única y exclusivamente para las siguientes situaciones: narcotráfico; terrorismo; y, la protección de instalaciones estratégicas para el funcionamiento del país, tales como puertos, aeropuertos, centrales hidroeléctricas y de hidrocarburos, yacimientos petrolíferos o represa¹⁴⁶

391. Además, se instó al legislador a que en el legítimo ejercicio de sus competencias, precise el alcance de dicha disposición, y defina:

307

- a) Las situaciones referidas al narcotráfico, terrorismo y la protección de instalaciones estratégicas para el funcionamiento del país bajo las cuales las Fuerzas Armadas pueden intervenir en apoyo de la Policía Nacional;
- b) los elementos para determinar cuando la Policía Nacional se encuentra sobrepasada en sus atribuciones;
- c) la determinación de la autoridad competente para llamar a las Fuerzas Armadas en situaciones no contempladas bajo el estado de emergencia;
- d) el plazo, tanto mínimo como máximo, durante el cual las Fuerzas Armadas pueden apoyar a la Policía Nacional;
- e) cuáles son los mecanismos de control político y jurisdiccionales aplicables a estas situaciones; y,
- f) los mecanismos para asegurar la vigencia y respeto a los derechos fundamentales¹⁴⁷.

146 Fundamento 46.

147 Fundamento 52.

De lo hasta ahora expuesto, se tiene que la disposición cuestionada recoge algunos de los supuestos que este órgano de control de la Constitución desarrollara como legítimos en términos constitucionales, por lo que correspondería confirmar la constitucionalidad de ellos. Esta conclusión resulta aplicable a la parte de la disposición impugnada que se refiere al apoyo de las FFAA en el mantenimiento del control del orden interno en zonas no declaradas en estado de emergencia con la finalidad de

[...] prestar apoyo a la Policía Nacional, en casos de tráfico ilícito de drogas, terrorismo o protección de instalaciones estratégicas para el funcionamiento del país, servicios públicos esenciales [...] cuando la capacidad de la Policía sea sobrepasada en su capacidad de control del orden interno, sea previsible o existiera peligro de que ello ocurriera,

de acuerdo con el artículo 4.3 del Decreto Legislativo N.º 1095.

Ahora bien, cabe indicar en este punto que si bien la parte accionada se refiere a los “servicios públicos esenciales” como un supuesto independiente al de la “protección de instalaciones estratégicas para el funcionamiento del país”, cuando este Tribunal desarrolla este último supuesto¹⁴⁸, se fundamenta en el hecho de que “a pesar de la existencia de una situación de tensión interna”, el Estado debe ser capaz de garantizar su funcionamiento esencial así como “la prestación básica de los servicios públicos a la ciudadanía”¹⁴⁹.

Precisamente en esa lógica, el artículo 3.g del decreto legislativo impugnado define a las instalaciones estratégicas como aquellas entidades “públicas o privadas, necesarias para el funcionamiento del país y la prestación de los servicios públicos”¹⁵⁰.

C.5.b. Constitucionalidad de la expresión “y en los demás casos constitucionalmente justificados”

392. Otro extremo del impugnado artículo 4.3 del Decreto Legislativo N.º 1095, introduce un nuevo supuesto, cuando refiere: “y en los demás casos constitucionalmente justificados”, supuesto normativo que además se encuentra previsto en el artículo 23.d del Decreto Legislativo objeto de impugnación. Al respecto, este Tribunal hace notar el carácter abierto e impreciso de este extremo de la

148 En la STC 0002-2008-PI/TC.

149 Artículo 44 de la Constitución.

150 Esta lógica también se advierte en su artículo 23.c.

disposición impugnada, y que ello puede resultar contrario, *prima facie*, a la lógica de excepcionalidad y temporalidad que rige la intervención de las FFAA en zonas que no han sido declaradas en estado de emergencia.

393. Sin embargo, el Tribunal considera que existen situaciones concretas en que a veces se impondría como razonable el apoyo de las FFAA a la PNP a fin de garantizar una serie de bienes constitucionales que puedan encontrarse comprometidos, como ha sido en el caso de la minería ilegal¹⁵¹. Tales situaciones excepcionales, sin embargo, deben armonizarse con las restricciones impuestas desde el ordenamiento internacional, especialmente el DIH conforme se precisó antes, pues este impide avalar, sin más, normas indeterminadas como la cuestionada.

A juicio del Tribunal, la indeterminación en que incurre podría llevar a una aplicación arbitraria e inconstitucional, pues ello podría dar lugar a que las FFAA actúen en apoyo de la PNP bajo cualquier situación o circunstancia, como el bloqueo de una carretera, el control de una huelga, la toma y control de una entidad pública, entre otras, donde al libre criterio de la autoridad se haya sobrepasado la capacidad de la PNP.

394. Por ello, el Tribunal considera necesario precisar que las FFAA solo pueden apoyar a la PNP en el mantenimiento del orden interno –además del supuesto de un estado de emergencia– en las siguientes situaciones: narcotráfico¹⁵²; terrorismo¹⁵³; protección de instalaciones estratégicas –públicas o privadas– que resulten necesarias para el funcionamiento del país y la prestación de los servicios públicos esenciales¹⁵⁴; y que en virtud de la expresión “y en los demás casos constitucionalmente justificados”, tal apoyo también comprende aquellos casos extremos en los que se ponga en peligro la vida, integridad, salud o seguridad de las personas, de toda o parte de una población¹⁵⁵.
395. De otro lado, cabe resaltar¹⁵⁶ que el Decreto Legislativo N. ° 1095 establece al Presidente de la República como la autoridad competente para permitir la

151 Analizada entre muchas decisiones de este Tribunal en STC 0316-2011-PA/TC.

152 Artículo 8.

153 Artículo 44.

154 También, artículo 44.

155 Fundamento 21 de la STC 0026-2007-PI/TC. Se encuentran legalmente establecidos en el artículo 83 del Decreto Supremo 010-2003-TR, Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo.

156 De conformidad con los criterios expuestos en la STC 0002-2008-PI/TC.

actuación de las FFAA en cualquiera de las situaciones referidas *supra*. Éste procede mediante resolución suprema -debidamente motivada-, refrendada por los Ministros de Defensa e Interior y a pedido de este último, previa solicitud de la autoridad política o policial del lugar en que se producen los hechos¹⁵⁷.

Asimismo, y siguiendo la lógica de la excepcionalidad de la intervención de las FFAA en estos supuestos, se reconoce como principios que rigen el uso de la fuerza a los antes reseñados principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad¹⁵⁸.

396. Si bien la norma no precisa un plazo mínimo ni máximo para la intervención de las FFAA en estos casos, ni los elementos a tener en cuenta para determinar cuándo la PNP se encuentra sobrepasada en sus atribuciones, resulta evidente que tales aspectos deben ser establecidos en la resolución suprema por la que se autoriza dicha intervención. El plazo no puede superar los sesenta días previstos en el artículo 137 de la Constitución para el estado de emergencia, pues de requerirse un plazo mayor, se ha previsto recurrir al estado de emergencia.

310 397. Asimismo, los demandantes o cualquier otro ciudadano, presuntamente afectados de un modo desproporcionado en sus derechos por la decisión del presidente de la República de autorizar la actuación de las FFAA para el mantenimiento del control del orden interno en zonas no declaradas en estado de emergencia, podrían recurrir a la vía del proceso constitucional de amparo -o de hábeas corpus si existe conexión con la libertad individual- a fin de que se lleve a cabo el control de constitucionalidad pertinente.

Por todas las razones expuestas, este Tribunal considera que se debe desestimar este extremo de la demanda y, en consecuencia, interpretarse el enunciado normativo que se refiere a “y en los demás casos constitucionalmente justificados” del artículo 4.3 del Decreto Legislativo N.º. 1095 que están referidos a aquellos casos extremos en los que se ponga en peligro la vida, integridad, seguridad o la salud de las personas en toda o parte de la población.

Además, debe interpretarse esta disposición en el sentido que cuando se decrete esta intervención, la resolución suprema debe respetar los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad.

157 Artículo 25.

158 Artículo 22.

398. Asimismo, dado que el artículo 23 del Decreto Legislativo impugnado tiene conexidad con el extremo del artículo 4.3, puesto que reproduce el mismo contenido normativo¹⁵⁹, los fundamentos señalados *supra* deben extenderse al enunciado normativo contenido en el literal “d” del artículo 23.

D. EFECTOS DE LA PRESENTE SENTENCIA

399. Dadas las circunstancias especiales del presente caso, y teniendo en cuenta que el Tribunal Constitucional, en su condición de órgano de control de la Constitución, tiene que cumplir funciones esenciales tales como valoración, pacificación y ordenación, se deben subrayar las siguientes dos consecuencias que acarrea la expulsión de las normas del ordenamiento constitucional.

D.1. EFECTOS SOBRE LOS PROCESOS PENALES

400. Respecto de las disposiciones previstas Decreto Legislativo N.º 1094 que son declaradas inconstitucionales por afectar el artículo 173 de la Constitución, se debe precisar los efectos nulificantes de la presente sentencia. Es decir, corresponde a la jurisdicción militar disponer el archivo de los respectivos procesos penales en trámite, así como comunicar de este hecho al Ministerio Público para que este actúe conforme a sus atribuciones constitucionales.
401. En el caso de los procesos penales concluidos, el Tribunal Constitucional debe exhortar al Congreso de la República para que en el ejercicio de sus atribuciones constitucionales, y dentro de un plazo razonable, regule un cauce procesal que permita organizar de forma racional la eventual realización de un nuevo proceso penal. En cualquiera de los dos supuestos, esta sentencia no genera automáticamente derechos de excarcelación para los procesados y condenados por la aplicación de las disposiciones ahora inconstitucionales.

D.2. MEDIDA REFERIDA AL ÓRGANO EMISOR

402. Tal como se ha reafirmado en la presente sentencia, la vinculación a los poderes públicos y los efectos generales que producen las sentencias de inconstitucionalidad, implican la existencia de un mandato imperativo constitucional y legal de que las sentencias de del Tribunal Constitucional sean cumplidas y ejecutadas en sus propios términos, de modo que no pueden ser dejadas sin

159 De conformidad con el artículo 78 del Código Procesal Constitucional.

efecto ni modificadas por actos de otros poderes públicos o incluso por particulares¹⁶⁰.

403. En ese sentido, cabe reiterar que el legislador, en ejercicio de sus atribuciones, únicamente puede expedir normas que regulen el mismo aspecto declarado inconstitucional, cuando desarrolle una disposición diferente o similar a la anterior, pero de la que puedan deducirse sentidos interpretativos no inconstitucionales. De emitirse una disposición posterior en los mismos términos, es decir, que contravenga o distorsione el contenido de las sentencias del Tribunal Constitucional, los poderes públicos¹⁶¹ tienen el deber de no cumplirla¹⁶².

V. FALLO

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

HA RESUELTO

1. Declarar **INFUNDADA**, en parte, la demanda y, por consiguiente:

312

- 1.1. Reafirmar como **CONSTITUCIONALES** los artículos 91 (métodos prohibidos en las hostilidades), 92 (medios prohibidos en las hostilidades), 95 (impedimento a operaciones humanitarias), 96 (utilización indebida de signos protectores), 130 (excesos en el ejercicio del mando), 132 (exceso en el mando en agravio del subordinado), 140 (certificación falsa sobre asuntos del servicio) y 142 (destrucción de documentación militar policial) del Decreto Legislativo N.º 1094, disposiciones que mantienen su plena vigencia en el ordenamiento jurídico.
- 1.2. Reafirmar como **CONSTITUCIONALES** los artículos 5.1, 7, 8.1, 9, 13.2 del Decreto Legislativo N.º 1095, disposiciones que mantienen su plena vigencia en el ordenamiento jurídico.
- 1.3. Con los votos de los magistrados Urviola Hani y Ramos Nuñez a favor de la constitucionalidad y los votos de los magistrados Miranda Canales, Blume Fortini, Ledesma Narváz y Espinosa-Saldaña Barrera en contra, y de conformidad con segundo párrafo del artículo 5 de la Ley 28301, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional:

160 Fundamento 2 de la RTC 0002-2011-PI/TC

161 En observancia de los artículos VI y 82 del Código Procesal Constitucional.

162 Fundamento 36 de la STC 0019-2011-PI/TC.

Reafirmar como **CONSTITUCIONALES** los artículo 4.3 y 23, inciso d), del Decreto Legislativo N. ° 1095, debiendo interpretarse el enunciado normativo “y en los demás casos constitucionalmente justificados” que se emplean en ambas disposiciones, que están referidos a aquellos casos extremos en los que se ponga en peligro la vida, integridad, salud y seguridad de las personas, de toda o una parte de la población.

2. Declarar **FUNDADA**, en parte, la demanda y, por consiguiente:
 - 2.1. Declarar **INCONSTITUCIONALES** en su totalidad los artículos 60 (rebelión), 81 (devastación), 82 (saqueo), 83 (confiscación arbitraria), 84 (confiscación sin formalidades), 85 (exacción), 86 (contribuciones ilegales), 87 (abolición de derecho), 88 (afectación de personas protegidas), 89 (lesiones fuera de combate), 90 (confinación ilegal), 93 (medios prohibidos en las hostilidades), 97 (daños graves al medio ambiente), y 131 (excesos en el mando – tipo imprudente) del Decreto Legislativo N.º 1094, Código Penal Militar Policial, por no constituir delitos de función, según lo establecido en el artículo 173 de la Constitución, por lo que deben ser expulsados del ordenamiento jurídico.
 - 2.2. Declarar **INCONSTITUCIONAL** parte del artículo 62 (sedición) del Decreto Legislativo N. ° 1094, en los extremos en los que se expresa “impedir el cumplimiento de alguna norma legal, sentencia o sanción, [...], deponer a la autoridad legítima, bajo cuyas órdenes se encuentren, impedir el ejercicio de sus funciones, o participar en algún acto de alteración del orden público, [...]”. Subsiste el mencionado artículo de la siguiente forma: “El militar o el policía que en grupo se levante en armas para incumplir una orden del servicio, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de quince años, con la accesoria de inhabilitación. Si para realizar tales actos emplea las armas que la Nación le confió para su defensa, la pena privativa de libertad será no menor de quince años”.
 - 2.3. Declarar **INCONSTITUCIONAL** parte del artículo 68 del Decreto Legislativo N.º 1094, en el extremo que incluye la palabra “rebelión”. Queda subsistente el mencionado artículo de la siguiente forma: “El militar o el policía que tomare parte en una conspiración de dos o más personas para cometer delitos de sedición o motín será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de la mitad del máximo de la prevista para el delito que se trataba de perpetrar”; e, **INTERPRETAR** la palabra “sedición” en el único sentido de que ésta busca proteger bienes jurídicos estrictamente castrenses.
 - 2.4. Declarar **INCONSTITUCIONAL** el enunciado normativo “punzo cortantes o contundentes en cantidad” del artículo 3.f del Decreto Legislativo N. ° 1095.

- 2.5. Con los votos de los magistrados Urviola Hani, Ramos Nuñez y Ledesma Narváez a favor de la constitucionalidad y los votos de los magistrados Miranda Canales, Blume Fortini y Espinosa-Saldaña Barrera en contra, y de conformidad con segundo párrafo del artículo 5 de la Ley 28301, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional:

Declarar que subsiste el artículo 3.f del Decreto Legislativo N.º 1095 con el siguiente contenido: “Grupo hostil.- Pluralidad de individuos en el territorio nacional que reúnen tres condiciones: (i) están mínimamente organizados; (ii) tienen capacidad y decisión de enfrentar al Estado, en forma prolongada por medio de armas de fuego; y, (iii) participan en las hostilidades o colaboran en su realización”.

- 2.6 Con los votos de los magistrados Urviola Hani, Ramos Nuñez y Ledesma Narváez a favor y los votos de los magistrados Miranda Canales, Blume Fortini y Espinosa-Saldaña Barrera en contra, y de conformidad con el artículo 10-A del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional:

INTERPRETAR los artículos 3.f y 5.1 del Decreto Legislativo N.º 1095, en el extremo que se refieren al “grupo hostil”, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.1 del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra y el artículo 3 común respecto de la regulación del “grupo armado”.

- 2.7. **INTERPRETAR** los artículos XIV.e y XIV.d del Título Preliminar del Decreto Legislativo N.º 1094, referidos a los principios de “defensa y seguridad de la República” y de “subordinación al poder constitucional”, respectivamente, de conformidad con el artículo 173 de la Constitución y los elementos del delito de función desarrollados en los fundamentos de esta sentencia y en la jurisprudencia de este Tribunal.

- 2.8. **INTERPRETAR** la frase “las conductas ilícitas atribuibles al personal militar con ocasión de las acciones realizadas”, establecida en el artículo 27 del Decreto Legislativo N.º 1095, de conformidad con el artículo 173 de la Constitución, y los elementos del delito de función desarrollados en los fundamentos de esta sentencia y en la jurisprudencia de este Tribunal.

3. Declarar **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo único de la Ley N.º 29548.

4. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda de inconstitucionalidad, por existir cosa juzgada; y, por tal razón, reafirmar como **CONSTITUCIONALES** los ar-

títulos 63 (motín), 64 (negativa a evitar rebelión, sedición o motín), 66 (falsa alarma) y 67 (derrotismo) del Decreto Legislativo N. ° 1094, disposiciones que mantienen su plena vigencia en el ordenamiento jurídico.

Publíquese y notifíquese.

SS.

URVIOLA HANI

MIRANDA CANALES

BLUME FORTINI

RAMOS NÚÑEZ

LEDESMA NARVÁEZ

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

EXP. N.º 00022-2011-PI/TC

LIMA

MÁS DE 5000 CIUDADANOS CONTRA EL CONGRESO DE LA
REPÚBLICA Y EL PODER EJECUTIVO

VOTO DEL MAGISTRADO MIRANDA CANALES

Mi voto es en el mismo sentido que el emitido por la magistrado Espinosa Saldaña en el extremo que declara **FUNDADA** la demanda respecto de los artículos 3,f, y 13 del Decreto Legislativo 1095 y respecto de la expresión “y en los demás casos constitucionalmente justificados” contenida en los artículos 4,3 y 23,d del Decreto Legislativo 1095.

S.

316

MIRANDA CANALES

EXP. N.º 00022-2011-PI/TC

LIMA

MÁS DE 5000 CIUDADANOS CONTRA EL CONGRESO DE LA
REPÚBLICA Y EL PODER EJECUTIVO

VOTO DEL MAGISTRADO BLUME FORTINI

Mi voto es en el mismo sentido que el emitido por el magistrado Espinosa-Saldaña en el extremo que declara FUNDADA la demanda respecto de los artículos 3f y 13 del Decreto Legislativo 1095 y respecto de la expresión “y en los demás casos constitucionalmente justificados” contenida en los artículos 4,3 y 23d del Decreto Legislativo 1095.

S.

BLUME FORTINI

EXP. 00022-2011-PI/TC

LIMA

MÁS DE 5000 CIUDADANOS C. EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA Y EL PODER EJECUTIVO

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO ELOY ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Con el debido respeto a lo manifestado en el voto de la mayoría en el presente proceso, debo aquí expresar mi discrepancia con lo señalado en dos aspectos de la ponencia. El primero de ellos tiene que ver con el uso de la denominación “grupo hostil”, y los alcances que la normativa impugnada otorga a la misma. El segundo se encuentra vinculado con la postura asumida en los fundamentos 389 y 395 y el punto resolutivo 1.3 de la sentencia, donde se declara constitucional la expresión “y en los demás casos constitucionalmente justificados”, recogidos en los artículos 4.3 y 23.d del Decreto Legislativo 1095. A continuación paso a exponer las razones en las cuales sustentó ambas discrepancias.

318

En lo referido al uso de la denominación “grupo hostil”, si bien es cierto que a nivel convencional no existe una definición expresa de grupo hostil, sin embargo, cuando los tratados se refirieren a “hostilidades”, lo hacen siempre refiriéndose a conflictos armados. Un conflicto armado, como se sabe, implica una acción violenta persistente, e implica la lucha armada entre dos o más partes en el conflicto con intención hostil.

En este sentido, la expresión “grupo hostil” se encuentra referido a los llamados conflictos armados no internacionales (“conflicto interno”, “guerra civil”), que aluden a enfrentamientos, dentro del territorio de un Estado, entre las fuerzas armadas regulares y fuerzas armadas disidentes o grupos armados rebeldes. Así considerada, la denominación “grupo hostil” hace alusión a los “grupos armados” organizados e identificables, que cometen actos hostiles como parte de ataques permanentes dirigidos contra una de las partes en un conflicto armado interno (no uno internacional).

En este orden de ideas, un grupo hostil sería una parte beligerante que abiertamente en pugna con el Estado, de manera organizada y sostenida. Puede entonces considerarse como una suerte de “fuerzas armadas” de una parte no estatal en un conflicto, las cuales están formadas por individuos (“combatientes”) cuya función continua es

“participar directamente en las hostilidades”. Al tratarse de una parte beligerante, se les tiene por objetivos militares lícitos.

De esta manera, la noción de grupo hostil nos pone en un contexto de conflicto armado no internacional (y no otro tipo de conflictos, sin importar si en ellos exista manifestaciones o expresiones de violencia. Siendo así, resultaría aplicable a ese grupo el “artículo 3 común” a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo Adicional II de 1977, referidos a la protección a víctimas en conflictos armados no internacionales (y, por ende, implica que es posible tratar a los grupos hostiles como combatientes de un conflicto armado, objetivos legítimos de ataque militar).

Conviene además tener presente que el Tribunal Constitucional, en la Sentencia recaída en el Expediente N° 0002-2008-AI/TC, señaló que era inconstitucional el segundo párrafo del artículo 7 de la Ley N.º 29166 (Ley que establece reglas de empleo de la fuerza por parte del personal de las fuerzas armadas en el territorio nacional), pues “confunde instituciones propias del Derecho Internacional Humanitario, relativo a la conducción de hostilidades en conflictos armados, con el uso de la fuerza en situaciones de disturbio o tensiones internas, en la cual es el Derecho Internacional de los Derechos Humanos el marco jurídico aplicable”.

En el caso del Decreto Legislativo N° 1095, se señala que es “grupo hostil” (artículo 3, literal f) la “[p]luralidad de individuos en el territorio nacional que reúnen tres condiciones: (i) están mínimamente organizados; (ii) tienen capacidad y decisión de enfrentar al Estado, en forma prolongada por medio de armas de fuego, punzo cortantes o contundentes en cantidad; y, (iii) participan en las hostilidades o colaboran en su realización.”

Los estándares aquí planteados no aluden a un conflicto armado (“guerra civil”) ni a un grupo beligerante que realice directa y sostenidamente actos hostiles, conforme al Derecho Internacional Humanitario. Sin embargo, lo indicado a continuación en el mismo Decreto Legislativo 1095 es sumamente peligroso, pues en el artículo 13, inciso 2 de la norma impugnada se prescribe que “El empleo de la fuerza por las Fuerzas Armadas contra un grupo hostil durante el Estado de Emergencia se sujeta a las reglas de enfrentamiento, ejecutándose las operaciones de conformidad con el Derecho Internacional Humanitario”. En este sentido, la norma parece señalar que cualquier grupo humano mínimamente organizado, que proteste violentamente contra el Estado, incluso de forma precaria (a través de piedras, hondas o flechas), puede considerarse como un objetivo militar legítimo, aplicándose al enfrentamiento las reglas de la guerra (*ius bellium*). Debe además tomarse en cuenta que la norma impugnada no solo incluye a quienes participan del enfrentamiento violento, sino incluso a todo aquel que “colabora”. No veo forma de comprender este tipo de disposiciones

de manera acorde con los principios, valores y preceptos recogidos en nuestro texto constitucional vigente.

De otro lado, y si hay un principio central dentro del Estado Constitucional, éste es el del reconocimiento y cabal tutela de los derechos ciudadanos. Por ende, cualquier actuación o norma que deba restringir el ejercicio de alguno de estos derechos debe ser entendido como una situación excepcional que debe ser comprendida de manera acotada y no extensiva.

Junto a lo recientemente señalado, y en tanto el ejercicio incontrolado del poder puede involucrar violaciones a esos derechos que justamente se quiere tutelar, la limitación del poder es también un aspecto de innegable relevancia dentro de un Estado constitucional. Es por ello que, aun cuando existen supuestos en donde el Estado Constitucional habilita a las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales a adoptar acciones que impliquen restricciones al ejercicio de derechos fundamentales, estos únicamente deben ser comprendidos como situaciones excepcionales, a las cuales solamente puede recurrirse luego de asumir ciertos recaudos, y cuyos alcances nunca pueden ser comprendidos en forma abierta o amplia.

320

Conviene entonces tener presente que, de acuerdo con la Carta de 1993, el escenario en el cual se habilita la mayor restricción del ejercicio de algunos derechos fundamentales, así como del uso de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales para restablecer el orden constitucional es el de los Estados de Excepción recogidas en el artículo 137 de nuestra Constitución actualmente vigente. Sin embargo, y de acuerdo con lo dispuesto por algunos artículos del Decreto Legislativo 1095, por delegación legislativa se abren posibilidades de uso de las Fuerzas Armadas que van bastante más allá de lo que el constituyente había previsto en el caso de los Estados de Excepción, con el subsiguiente riesgo de vulneración de importantes derechos ciudadanos.

Nadie niega la necesidad de restablecer el principio de autoridad en ciertas situaciones que todavía no alcanzan los estándares exigidos para la declaratoria de un Estado de Excepción. Eso es sin duda lo que se busca con la dación del Decreto Legislativo 1095. Sin embargo, este valioso objetivo no puede, si se trata de actuar dentro de los parámetros del Estado Constitucional, buscar materializarse de cualquier manera, y sin tomar ciertos necesarios recaudos.

Es pues ahora cuando corresponde analizar lo señalado en el artículo 4.3 del Decreto Legislativo 1095. Allí, como es de conocimiento general se habilita que las Fuerzas Armadas pueden actuar colaborando con el restablecimiento del orden interno, sin que se haya declarado un Estado de Emergencia (la posibilidad menor gravosa dentro de los Estados de Excepción comprendidos en la Constitución de 1993), para enfren-

tar no solamente algunos supuestos específicamente establecidos, sino también para “los demás casos constitucionalmente justificados”.

Este supuesto, cuya indeterminación es a todas luces evidente, es además recogido en el artículo 23 del mismo Decreto Legislativo 1095.

Fácilmente puede apreciarse que aquí lo excepcional y lo actuado ha dejado de serlo, muy a despecho de las buenas intenciones que puedan motivar esta alternativa. La colaboración de las Fuerzas Armadas siempre será bienvenida, pero su participación en el restablecimiento del orden público interno no puede habilitarse.

Mediante un supuesto redactado de una manera tan abierta o indeterminada como aquella a la cual acaba de hacerse referencia. Aceptar ello implicaría reconocer que el Legislador por delegación puede habilitar un escenario restrictivo del ejercicio de derechos ciudadanos bastante más intenso que aquel que el constituyente ha reconocido como únicamente invocable en situaciones extremas y dentro de pautas debidamente especificadas. Tampoco veo aquí como puede hacerse una interpretación de este aspecto del Decreto Legislativo 1095 que sea conforme con los principios, valores y preceptos incluidos o que se desprenden de la Constitución peruana actual.

Es pues en mérito a lo expuesto que estimo que la demanda debe declararse FUNDADA frente al equivocado uso que en el Decreto Legislativo 1095 se hace de la denominación “grupo hostil” (artículos 3F y 13 del Decreto Legislativo 1095), así como de la expresión “y en los demás casos constitucionalmente justificados” (artículos 4.3 y 23 del Decreto Legislativo 1095), supuestos que en mi opinión no son factibles de ser interpretados conforme con la Constitución y los tratados internacionales existentes sobre la materia.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

EXP. N.º 00022-2011-PI/TC

LIMA

MÁS DE 5000 CIUDADANOS CONTRA EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA
Y EL PODER EJECUTIVO

VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

El presente voto se divide principalmente en dos partes: la *primera*, en la que no coincido con lo expuesto en los fundamentos 392 al 398, así como el punto resolutivo 1.3 del fallo, sobre la expresión “y en los demás casos constitucionalmente justificados” del artículo 4.3 del Decreto Legislativo N.º 1095, también regulada en el artículo 23.d del aludido decreto, pues considero que resultan inconstitucionales y por tanto, debe declararse **FUNDADA** la demanda en este extremo; y, la *segunda*, en la que si bien coincido en parte con lo expuesto en los fundamentos 353 al 376, sobre el control de constitucionalidad de los artículos 3.f, 5.1, 7, 8.1, 9, 13.2 del Decreto Legislativo 1095, relativo a las reglas de empleo y uso de la fuerza, considero que deben realizarse algunas precisiones sobre tales fundamentos, por lo que, siendo sólo una discrepancia en cuanto a específicos fundamentos y no respecto del respectivo fallo, considero que debe declararse **INFUNDADA** la demanda sobre tales extremos.

322

Análisis de la expresión “y en los demás casos constitucionalmente justificados” del artículo 4.3 del Decreto Legislativo N.º 1095

1. Considero que dicha expresión, también regulada en el artículo 23.d del mencionado decreto, resulta **INCONSTITUCIONAL** en la medida que desnaturaliza y contraviene el artículo 137 de la Constitución, al generar una nueva excepción, notoriamente indeterminada, respecto de la excepción ya prevista en la Norma Fundamental, pudiendo generar con ello un uso político arbitrario de la fuerza militar. Mis razones son las siguientes:
2. La Constitución establece en el artículo 137 que, el Presidente de la República, con acuerdo del Consejo de Ministros, puede decretar, por plazo determinado, en todo el territorio nacional, o en parte de él, y dando cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente, los estados de excepción que en tal artículo se contemplan:

1. Estado de emergencia, en caso de perturbación de la paz o del orden interno, de catástrofe o de graves circunstancias que afecten la vida de la Nación. En esta eventualidad, puede restringirse o suspenderse el ejercicio de los derechos constitucionales relativos a la libertad y la seguridad personales, la inviolabilidad del domicilio, y la libertad de reunión y de tránsito en el territorio comprendidos en los incisos 9, 11 y 12 del artículo 2 y en el inciso 24, apartado f del mismo artículo. En ninguna circunstancia se puede desterrar a nadie.

El plazo del estado de emergencia no excede de sesenta días. Su prórroga requiere nuevo decreto. En estado de emergencia las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno si así lo dispone el Presidente de la República.

2. Estado de sitio, en caso de invasión, guerra exterior, guerra civil, o peligro inminente de que se produzcan, con mención de los derechos fundamentales cuyo ejercicio no se restringe o suspende. El plazo correspondiente no excede de cuarenta y cinco días. Al decretarse el estado de sitio, el Congreso se reúne de pleno derecho. La prórroga requiere aprobación del Congreso.
3. De la revisión de dicho artículo, es evidente que su contenido normativo alude a determinadas situaciones de excepcionalidad, es decir, situaciones que por su trascendencia y graves consecuencias que se pudieran producir sobre la vigencia del Estado Constitucional, justifican que se restrinjan o suspendan determinados derechos fundamentales y que, si así lo dispone el Presidente de la República, las Fuerzas Armadas puedan asumir el control del orden interno.
4. Pese a que la Norma Fundamental reguló expresamente las dos situaciones de excepción permisibles en un Estado Constitucional (Estado de Emergencia y Estado de Sitio), y por ejemplo, estableció que en el supuesto de Estado de Emergencia “las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno si así lo dispone el Presidente de la República”; el Legislador, por delegación, mediante el Decreto Legislativo 1095, ha previsto (artículo 4.3) otras formas de participación de las Fuerzas Armadas, sin declarar el Estado de Emergencia: i) tráfico ilícito de drogas; ii) terrorismo; y iii) protección de instalaciones estratégicas para el funcionamiento del país y servicios públicos esenciales. Dichos extremos, conforme se ha expresado en la sentencia de autos y antes en el Exp. 00002-2008-PI/TC, en un esfuerzo que pone a prueba los límites interpretativos de las disposiciones constitucionales (artículos 8 y 44), pueden resultar compatibles con la Norma Fundamental, únicamente, si se refieren a tales supuestos.

5. Como es de público conocimiento, se han producido en nuestro país diversos tipos de violencia que no sólo han generado la lamentable pérdida de vidas humanas (ya sea de ciudadanos civiles o de ciudadanos policías), sino también la afectación de los derechos fundamentales de otros ciudadanos, incluido el bloqueo de carreteras, la toma de instituciones públicas, la interrupción de servicios públicos esenciales o el daño a la propiedad privada, entre otros. Tales supuestos, que se presentan en distintos grados y de diferentes formas, pueden configurar ya sea los supuestos de “perturbación de la paz o del orden interno” o de “graves circunstancias que afecten la vida de la Nación”, justificando la declaratoria del Estado de Emergencia, o los también supuestos excepcionales de graves situaciones de lucha contra el tráfico ilícito de drogas y terrorismo, o de protección de instalaciones estratégicas (puertos, aeropuertos, centrales hidroeléctricas y de hidrocarburos, yacimientos petrolíferos o represas) y servicios públicos esenciales, justificando la actuación de las Fuerzas Armadas en apoyo de la Policía Nacional, sin que se declare el Estado de Emergencia.
6. Sin embargo, lo que de ninguna forma puede resultar compatible con la Constitución, es el extremo “y en los demás casos constitucionalmente justificados”, contenido en el artículo 4.3 del Decreto Legislativo N.º 1095, también regulado en el artículo 23.d del aludido decreto, pues, de un lado, contienen un grado no permisible de indeterminación en cuanto a la identificación de los supuestos de hecho que puedan configurar los “casos constitucionalmente justificados”; y de otro, confieren un ilimitado poder de discreción en el órgano estatal que debe autorizar la actuación de las Fuerzas Armadas.
7. Es importante que tanto los ciudadanos y principalmente los operadores jurídicos comprendan la importancia que tienen preceptos constitucionales como aquellos que regulan el uso excepcional de la fuerza militar (artículo 137). Nadie duda que los problemas de violencia antes mencionados exigen una inmediata respuesta del Estado a efectos de imponer el principio de autoridad y proteger los derechos de todos aquellos que directa o indirectamente se encuentran afectados. Una de dichas respuestas ha sido la del Legislador, que, por delegación, ha asumido en el mencionado artículo 4.3 que las Fuerzas Armadas pueden intervenir, sin declarar el Estado de Emergencia, en cualquier “caso constitucionalmente justificado”. No obstante, resulta indispensable preguntarse si dicha normatividad legal es compatible con la Constitución, pues precisamente allí se encuentran los límites de cualquier ley o norma infralegal. Y es que la Constitución no sólo es la norma de mayor jerarquía en nuestro ordenamiento jurídico, sino una que garantiza determinados contenidos (los derechos fundamentales,

la división de poderes, las principales competencias de dichos poderes, de los órganos constitucionales u otros órganos, etc.), que deben quedar “fuera de la agenda política cotidiana y, por lo tanto, del debate público y del debate legislativo –de la regla de mayoría, que sólo vale para la agenda política del resto de cuestiones”¹. Nuestra Constitución ya ha previsto cómo un Estado Constitucional debe responder “excepcionalmente” (mediante la declaración del Estado de Emergencia), ante situaciones excepcionales como son aquellas de “perturbación de la paz o del orden interno” o “que afecten la vida de la Nación”, de modo tal que dicha respuesta excepcional no puede ser extendida por el Legislador de modo ilimitado al regular la intervención de las Fuerzas Armadas, sin declarar el Estado de Emergencia, a “casos constitucionalmente justificados”.

8. Por lo expuesto, estimo que debe declararse **FUNDADA** la demanda en el extremo “y en los demás casos constitucionalmente justificados”, contenido en el artículo 4.3 del Decreto Legislativo N.º 1095, también regulado en el artículo 23.d del aludido decreto y expulsarlos del ordenamiento jurídico.

Análisis de la fundamentación de los artículos 3.f, 5.1, 7, 8.1, 9, 13.2 del Decreto Legislativo 1095, relativo a las reglas de empleo y uso de la fuerza

325

a) Sobre el Derecho Internacional Humanitario (DIH) como bloque de constitucionalidad en el ordenamiento peruano

9. Un primer punto de partida para abordar la constitucionalidad de los dispositivos impugnados (5.1, 8.1, 9 y 13.2 del Decreto Legislativo 1095) es el análisis del extremo en el que se hace referencia a la aplicación del Derecho Internacional Humanitario cuando las Fuerzas Armadas enfrentan a un grupo hostil. La aplicación de esta rama del derecho, permitirá determinar si en un conflicto armado hubo o no una correcta aplicación del DIH; si se han producido violaciones de derechos fundamentales de los civiles o de quienes han dejado de participar en las hostilidades de un conflicto armado u otras víctimas potenciales protegidas por el DIH; si las partes del conflicto han incumplido con las obligaciones que esta rama les impone.
10. El DIH, en específico, tiene por objeto *la protección de las personas que no participan o que han dejado de participar de hostilidades en el marco de un conflicto armado a los enfermos y heridos y a los prisioneros y las personas civiles, y definir los*

1 MORESO, José Juan. *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*. 2ª Ed. Lima, Palestra, 2014, p.144.

*derechos y las obligaciones de las partes en un conflicto en relación con la conducción de las hostilidades.*² En líneas generales, el DIH pretende *disminuir las hostilidades, minimiza sus efectos sobre la población civil y sus bienes y busca un trato humanitario para los combatientes, heridos o prisioneros.*³

11. Ahora bien, el DIH impone obligaciones a las partes en los conflictos armados, como el deber de cumplir sus reglas y el de hacer que se respeten los límites del enfrentamiento (es decir, las conductas no permitidas en el marco de un conflicto). En ese sentido, el incumplimiento del DIH por parte de uno de los adversarios no habilita al otro a no tomar en cuenta las reglas y principios de dicha disciplina jurídica, ya que esta tiene naturaleza de carácter no sinalagmático.
12. Sin embargo, los demandantes han alegado que la aplicación del DIH involucra el desconocimiento de la fuerza normativa de la Constitución y de la vinculatoriedad de los tratados de derechos humanos. Sin embargo, debe precisarse que dicha perspectiva pierde de vista que la aplicación del DIH comparte principios y converge con el fin último del Estado Constitucional y con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos que tiene por objeto la protección de los derechos de las personas humanas.
13. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha señalado que las normas humanitarias aplicables a los conflictos armados, internos o internacionales, son complementarias al Derecho Internacional de los Derechos Humanos⁴ y en todo caso dicho tribunal puede interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos de conformidad con el DIH:

De acuerdo a las consideraciones anteriores la Corte reitera que, si bien la Convención Americana sólo le ha atribuido competencia para determinar la compatibilidad de las acciones y omisiones o de las normas de los Estados con la propia Convención y no con las disposiciones de otros tratados o normas consuetudinarias, en el ejercicio de dicho examen puede, como lo ha hecho en otros casos (*supra* párr. 22), interpretar a la luz de otros tratados

2 COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. <https://www.icrc.org/spa/war-and-law/overview-war-and-law.htm>, revisado el 10 de agosto de 2015.

3 COMISIÓN PARA EL ESCLARECIMIENTO HISTÓRICO DE GUATEMALA. Informe 1996. Capítulo II, volumen II, parágrafo 36. Citado por SALMÓN GÁRATE, Elizabeth. *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*, Lima: IDEHPUCP-CICR, 2012, p. 28.

4 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso de las Hermanas Serzano Cruz Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de marzo de 2005. Serie C No. 120, párrafo 112.

las obligaciones y los derechos contenidos en la misma Convención. (...).⁵

14. Igualmente, en el caso Cruz Sánchez y otros vs. Perú, la CIDH ha establecido los alcances del artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que señala que nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente. Así, el tribunal interamericano ha concluido que dicho dispositivo debe interpretarse a la luz del DIH, en específico para determinar cuándo es que se ha generado o no una privación arbitraria del derecho a la vida en el marco de conflicto armado:

[...] la Corte nota que el derecho internacional humanitario no desplaza la aplicabilidad del artículo 4 de la Convención, sino que nutre la interpretación de la cláusula convencional que prohíbe la privación arbitraria de la vida en razón de que los hechos sucedieron en el marco de un conflicto armado y con ocasión del mismo.

[...] Por lo tanto, dado que la Convención Americana no define en forma expresa el alcance que debe otorgarle la Corte al concepto de arbitrariedad que cualifica una privación de la vida como contraria a dicho tratado en situaciones de conflicto armado, es pertinente recurrir al *corpus iuris* de derecho internacional humanitario aplicable (*supra* párr. 270) a fin de determinar el alcance de las obligaciones estatales en lo que concierne al respeto y garantía del derecho a la vida en esas situaciones.⁶

327

15. Esta es la posición que se ha adoptado en el ordenamiento peruano, ya que en la sentencia recaída en el Expediente 02798-2004-HC/TC ha señalado que los Convenios de Ginebra y los Protocolos Adicionales ratificados por el Perú no necesitan validación formal alguna, y son aplicables en tanto se produzca un hecho contrario a las normas mínimas de humanidad, es decir, no requieren de la incorporación de las normas de DIH a través de una ley nacional, toda vez que el artículo 55 de la Constitución indica que los tratados ratificados por el Perú forman parte del ordenamiento jurídico.⁷ De otro lado, el fallo recaído en el Expediente 0002-2008-PI/TC ha señalado que los principios de proporciona-

5 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C No. 259, **párrafo 24**.

6 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Cruz Sánchez y otros Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de abril de 2015. Serie C No. 292, párrafos 272-273.

7 Pero ello no quita que las normas de DIH, aunque vinculantes, no precisen de implementación, dada su naturaleza no ejecutiva. SALMÓN GÁRATE, Elizabeth. Óp. Cit, p. 42.

lidad, necesidad, legitimidad y humanidad aplicables en contextos de uso de la fuerza deben interpretarse a la luz de los tratados internacionales sobre derechos humanos y del derecho internacional humanitario ratificados por el Perú, según el artículo IV de la Disposición Final y Transitoria de la Constitución.⁸

16. En consecuencia, el DIH y las normas relativas a la protección de los derechos fundamentales y/o humanos se guían por las reglas de la complementariedad; por ello, no debe perderse de vista que el objeto de dicha rama del derecho, al igual que el caso del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, es tutelar a los individuos en el marco de un conflicto armado. Ahora bien, la implementación del DIH en el ordenamiento peruano en contextos en los que se origina un conflicto armado involucra que este sea aplicable y exigible tanto a miembros de las Fuerzas Armadas como a los miembros de los grupos armados, es decir, las partes deben cumplir y hacer cumplir el DIH.
17. Sin embargo, el hecho de que los miembros de un grupo armado tengan la obligación de hacer cumplir el DIH, no significa que estos tengan el estatus de combatiente o que los civiles que han participado directamente de las hostilidades gocen de inmunidad frente a los actos o ataques cometidos contra el adversario. En efecto, se debe resaltar que en un conflicto armado no internacional las personas que pertenecen a los grupos armados no gozan del estatus de combatiente ni de ningún estatuto especial. Por su parte, los civiles que participan directamente en las hostilidades tampoco son protegidos por el principio de distinción (entre civiles y las partes en conflicto). En ambos casos, los miembros del grupo armado o los civiles que participan directamente en las hostilidades pueden ser sometidos a juicio penal interno si han participado en las hostilidades.⁹
18. No debe perderse de vista que la aplicación de DIH no deroga ni modifica la ley penal del Estado donde se llevan a cabo las hostilidades entre los adversarios. En efecto, el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra señala que no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las partes en conflicto; igualmente, el inciso 1 del artículo 3 del Protocolo Adicional II establece que no podrá invocarse disposición alguna de dicho Protocolo con el objeto de menoscabar la soberanía de un Estado o la responsabilidad que incumbe al gobierno de mantener o restablecer la ley.

8 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Expediente 0002-2008-PI/TC, FJ. 2.

9 *La pertinencia del DIH en el contexto del terrorismo*. En: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/6fsjl7.htm>, revisado el 07 de agosto de 2015.

19. En ese sentido, el artículo 9 del Decreto Legislativo 1095 se articula con tales reglas del DIH, pues establece que la aplicación de tal disciplina no surte efectos sobre el estatuto jurídico de las partes en conflicto. De ese modo, *un grupo armado organizado no puede pretender sustraerse del ejercicio regular de la justicia invocando el estatuto de beligerante, ni sus integrantes invocando el estatuto de prisionero de guerra.*¹⁰
20. A mayor abundamiento, se debe resaltar que el hecho de que el DIH sea aplicable en los conflictos armados que involucran a los grupos terroristas no significa que el Estado no pueda legítimamente velar por el orden interno y su permanencia a través de mecanismos de orden penal. Al respecto, se ha señalado lo siguiente:

[...] en el Derecho de los conflictos armados (o en el Derecho de los derechos humanos) el que algo no esté prohibido no significa que esté permitido, resulta necesario trazar una línea entre el control de la actividad criminal y terrorista, que se rige por el Derecho interno del Estado concernido, y la función de plasmar límites a la violencia, propia del DIH.

Y es que si bien es cierto que la violencia contra personas y destrucción de la propiedad son inherentes al conflicto, el DIH ni otorga una *carta blanca* a las partes para recurrir a cualquier forma concebible de violencia (como, por ejemplo, *aterrorizar* a la población civil), ni pretende sustraer la competencia estatal de preservar el orden al interior de un Estado.

Por ello, si la situación equivale a un CANI, se aplican las disposiciones normativas nacionales y también el Derecho internacional humanitario [...].¹¹

21. Asimismo, la incorporación del DIH en el ordenamiento nacional impone la aplicación de diversos principios, entre los que se encuentran: el de distinción entre civiles y los individuos que pertenecen a las partes en conflicto, ya que aquel es piedra angular de esta disciplina jurídica; el principio de proporcionalidad en el ataque a fin de evitar muertos y heridos entre la población civil; el principio de imprescriptibilidad de los crímenes de guerra; la prohibición de los actos de terrorismo; la protección de bienes culturales; los medios de guerra admitidos y prohibidos (por ejemplo, los que causan daños superfluos), entre otros

10 HERNÁNDEZ PASTOR, Juan. «La Persecución Penal de las Graves Violaciones del Derecho Internacional Humanitario». En MACEDO, Francisco (Coord.). *Los Caminos de la Justicia Penal y los Derechos Humanos*. Lima: IDEHPUCP, 2007, p. 67.

11 SALMÓN GÁRATE, Elizabeth. Óp. Cit., p. 146.

principios y reglas que se encuentran consagrados en los Convenios de Ginebra, los Protocolos Adicionales y las normas consuetudinarias, toda vez que el DIH tiene un origen basado en la costumbre como norma jurídica.¹² Algunos de estos principios han sido recogidos en el artículo 7 del Decreto Legislativo 1095, pero a su vez estos se complementan con las normas que se derivan de las fuentes del derecho internacional antes mencionadas.

22. Una mención relativa a los actos de terrorismo se hace necesaria, pues el DIH establece de manera expresa la prohibición de medidas o actos que configuran como tal. Así, el Convenio de Ginebra IV (artículo 33) señala que “están prohibidos los castigos colectivos, así como toda medida de intimidación o de terrorismo”; y en el Protocolo adicional II (artículo 4) se indica de manera expresa que “están prohibidos los actos de terrorismo contra las personas que no participen directamente en las hostilidades o que hayan dejado de participar en ellas”. Por ello, los actos de terrorismo deberán ser condenados de conformidad con la legislación penal sobre la materia, en la justicia ordinaria, ya que se trata de un ilícito prohibido en épocas de paz y de conflicto armado.
23. Igualmente, el Decreto Legislativo 1095 incorpora los principios de humanidad y necesidad militar (art.7), ya que ambos influyen toda la estructura normativa del DIH. La incorporación de estos criterios en el Decreto Legislativo 1095 permite hacer expresos el tipo y grado de fuerza admisibles en los ataques contra objetivos militares legítimos. Así, de acuerdo con el artículo 7 que recoge las normas y principios del DIH, el grado y tipo de fuerza permitidos en un ataque o una hostilidad solo deben ser los necesarios para lograr el objetivo legítimo del conflicto. Asimismo, desde la perspectiva del principio de humanidad, se prohíbe causar sufrimientos y destrucción que no sean necesarios para el logro de tal objetivo, lo que se encuentra en plena concordancia con el DIH.
24. En suma, los argumentos expuestos desvirtúan los alegatos de los demandantes, que señalan que la aplicación del DIH involucra la suspensión de los derechos reconocidos en la Constitución y los Tratados de Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Así, el contenido de los artículos 5.1, 8.1, 7, 9 y 13.2 del Decreto Legislativo 1095, se debe interpretar de acuerdo con los principios rectores del DIH que es el marco normativo especial en aquellas situaciones de conflicto armado interno generado por acciones de un grupo hostil en zonas declaradas en estado de emergencia.

12 HENCKAERTS, Jean-Marie y Louise DOSWALD-BECK. *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, volumen 1. Normas, Buenos Aires, 2007, pp. XXIX y ss.

b) Sobre el concepto de Conflicto Armado No Internacional

25. Como paso previo al análisis del concepto de grupo hostil, la sentencia desarrolla los conceptos de conflicto armado internacional y conflicto armado interno, para lo cual toma como sustento las normas del Derecho Internacional Humanitario. En relación con el concepto de conflicto armado no internacional o conflicto armado interno, la sentencia explica la definición del artículo 3 común y del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra; de ese modo, plantea algunos principios o reglas generales que de alguna manera engloban los desarrollos normativos, pero también jurisprudenciales respecto del concepto de conflicto armado no internacional.
26. Al respecto, se debe señalar que el artículo 3 común no contiene una definición específica del concepto de conflicto armado, pero a nivel jurisprudencial se han construido definiciones sobre la materia. En efecto, la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia se estableció que un conflicto armado como una situación en la que haya una violencia armada prolongada entre autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre esos grupos en el territorio de un Estado.¹³
27. Igualmente, el Protocolo Adicional II, se aplica a los conflictos armados entre fuerzas armadas estatales y fuerzas armadas disidentes u otros grupos armados organizados; los grupos deben tener un mando responsable; deben poder ejercer control territorial; deben poder realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y deben estar en capacidad de aplicar el Protocolo II. En concreto, se debe señalar que el Protocolo II no se aplica a los casos de conflictos que involucran únicamente a los grupos armados organizados.
28. Ahora bien, tanto el Protocolo Adicional II como el artículo 3 común son aplicables a cada uno de los supuestos que encajan dentro de su estructura, es decir, el Protocolo Adicional II desarrolla y completa lo establecido en el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra, pero no modifica las condiciones de aplicación de este último. La diferencia entre ambos tipos de regulación se basa en la intensidad del conflicto, aparentemente el conflicto que se define en el Protocolo II se refiere a uno de mayor intensidad en comparación con el que desarrolla el artículo 3 común el cual solo hace referencia a la existencia de un conflicto armado no internacional.

13 TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, *The Prosecutor v. Dusko Tadic*. Case No. IT-94-1-T, 1997.

29. En líneas generales, se podría afirmar que el conflicto armado no internacional (CANI), es aquel en el que se llevan a cabo “*enfrentamientos armados prolongados que ocurren entre fuerzas armadas gubernamentales y fuerzas armadas disidentes, entre fuerzas armadas gubernamentales y las fuerzas de uno o más grupos armados, o entre estos grupos. El enfrentamiento armado debe alcanzar un nivel mínimo de intensidad y las partes que participan en el conflicto deben poseer una organización mínima*”.¹⁴
30. Un elemento que también debe desarrollarse es el relativo al concepto de intensidad. Al respecto, se ha señalado que este es un criterio fáctico que determina en cada caso en concreto cuando se ha alcanzado el umbral de violencia que da lugar a un CANI. Algunos aspectos que permiten definir cuando es que ha alcanzado el umbral de violencia de un conflicto armado son los que se refieren *al número de enfrentamientos y la duración e intensidad de cada uno de ellos, el tipo de armas y de otros material militar utilizado, el número y el calibre de las municiones utilizadas, el número de personas y los tipos de fuerzas que participan en los enfrentamientos, el número de bajas, la extensión de la destrucción material y el número de civiles que huyen de las zonas de combate*.¹⁵
31. Ahora bien, el concepto relativo al CANI es un presupuesto para la aplicación del DIH. Es decir, el artículo 5.1 del Decreto Legislativo 1095 se aplicará en el caso en que se hubiese configurado un conflicto armado interno, de lo contrario el propio artículo 5, en los numerales 2 y 3, indica que las Fuerzas Armadas se guiarán por las reglas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, por ejemplo en situaciones relativas a los disturbios o tensiones (ambos casos son distintos a los de un CANI). En el mismo sentido, el artículo 8.1 de dicho decreto tiene como presupuesto la configuración de un conflicto armado no internacional y deberá interpretarse en función de dicho criterio, en vistas de la constitucionalidad de su aplicación.

332

c) *Sobre el concepto de grupo hostil*

32. En la sentencia de fondo, el artículo 3.f y el artículo 5.1 del Decreto Legislativo 1095 que hacen referencia al concepto de grupo hostil han sido reinterpretados

14 COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. *¿Cuál es la definición de “conflicto armado” según el derecho internacional humanitario?* Documento de opinión, marzo de 2008.

15 XXXI Conferencia Internacional del Comité Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja. *El Derecho Internacional Humanitario y los Desafíos de los Conflictos Armados Contemporáneos*, Ginebra, 2011, p. 10. Disponible en: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/ihl-30-international-conference-101207.htm>, revisado el 10 de agosto de 2015.

a la luz del concepto “grupo armado organizado” que encuentra su desarrollo a nivel del DIH y de la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales. Por ello, la constitucionalidad de dichos dispositivos se resuelve a través de la incorporación de los criterios que se han desarrollado en el ámbito internacional respecto del concepto de grupo armado.

33. Al respecto, es necesario plantear las características de los grupos armados. En tal sentido, la construcción que ha hecho el Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico 368 respecto del concepto de grupo armado recoge los estándares derivados del artículo 3 común y el Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra; ello significa que este Colegiado ha realizado una interpretación de la ley conforme con el DIH, de ahí su constitucionalidad.
34. Sin embargo, debo precisar que las características planteadas en el fundamento jurídico 368, no necesariamente son concurrentes, lo que se confirma cuando en el fundamento 376 el Tribunal Constitucional establece que “*se reafirma que los artículos 3.f y 5.1 del Decreto Legislativo N.º 1095, en el extremo que se refieren al ‘grupo hostil’, deben ser interpretados de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.1 del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra y el artículo 3 común respecto de la regulación del ‘grupo armado’*”. Así, por ejemplo, en mi opinión el Tribunal Constitucional no ha perdido de vista que el concepto de grupo armado no se define necesariamente por su capacidad de control efectivo sobre alguna parte del territorio nacional en el que un conflicto armado interno tiene lugar, sino esencialmente por su capacidad de organización, de ataque y de respuesta al adversario.
35. En particular, debe recordarse que el requisito relativo al control sobre el territorio, corresponde a la definición de conflicto armado que se deriva del Protocolo Adicional II. Sin embargo, como ya se ha afirmado, los conflictos armados no internacionales no solo se regulan por dicho tratado sino también por el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra. Ello se confirma con el hecho de que el propio Estatuto de la Corte Penal Internacional reconoce en el artículo 8.2.f que el conflicto armado no internacional tiene lugar en el territorio de un Estado Parte cuando existen ataques prolongados entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos; no obstante, no se exige que tales grupos armados ejerzan control sobre el territorio del Estado. Igualmente, ya se ha explicado que la definición a la que se refiere el Protocolo Adicional II, en realidad no restringe el concepto de conflicto armado que se deriva del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra, de modo que ambos tienen un ámbito de aplicación en el ordenamiento peruano.

36. A mayor abundamiento, el conflicto entre las fuerzas armadas y los miembros de Sendero Luminoso calificó como un conflicto armado interno o no internacional, aun cuando, oficialmente, este último no tenía el control respecto de una zona geográfica del país en específico.

[...] La Comisión de la Verdad y Reconciliación considera imprescindible, para la calificación de ciertos actos como crímenes y violaciones a los derechos humanos, la aplicación concurrente del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario. En efecto, los hechos examinados — decenas de miles de personas muertas en un contexto de violencia armada y varios otros miles de heridos o mutilados— no pueden explicarse sino por la existencia de un conflicto armado interno regido sin duda alguna por el artículo 3 común precitado.

El Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra —en vigor para el Perú desde el 14 de enero de 1990—, establece para su aplicación determinados requisitos (inter alia, un cierto tipo de control territorial por los insurgentes). La CVR en consecuencia, no siendo un órgano que debe resolver una tal cuestión, ha considerado que el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra constituye el marco normativo adecuado para la determinación del núcleo inderogable de derechos vigentes durante un conflicto armado interno.¹⁶

334

37. Por su parte, en el proceso penal relativo a la masacre de Lucanamarca, la Sala Penal Nacional ha establecido que el conflicto entre las Fuerzas Armadas y Sendero Luminoso se regía por las reglas del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra, y no por las reglas de Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra. En concreto, señaló:

[...] no sería de aplicación al tipo de conflicto armado desarrollado en el país el Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra, dado que no concurren todos sus presupuestos; entre ellos, la existencia de un mando responsable en Sendero Luminoso capaz de hacer cumplir el Derecho Internacional Humanitario, antes bien los integrantes de su cúpula asumieron la estrategia de no conducirse conforme al mismo y violar sistemáticamente el artículo 3º común.¹⁷

16 COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN. *Informe Final*, Tomo I, *La dimensión jurídica de los hechos*, Lima, 2003, p. 205.

17 SALA PENAL NACIONAL. Expediente acumulado N° 560-03, Caso Lucanamarca.

38. En ese sentido, considero que el concepto de grupo armado (al igual que los Estados que participan en un conflicto armado), en una definición mínima, debiera comprenderse como aquella entidad identificable que pretende alcanzar fines por medios violentos, que posee una fuerza militar organizada¹⁸ y que además ejerce control y autoridad sobre sus miembros.¹⁹ En consecuencia, debo reiterar, que el requisito del control sobre un territorio no es exigible, es decir, no debe ser concurrente junto con los otros criterios planteados en el fundamento 368.
39. Por ello, la conceptualización del grupo hostil se define tanto por las reglas del artículo 3 común como por las que se derivan del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra, sin que la segunda norma soslaye a la primera.
40. Dicha interpretación necesariamente tendrá un efecto en la calificación de los futuros o presentes conflictos armados que enfrenta el país. En efecto, cabría señalar que el conflicto armado en la zona del VRAE, es uno de naturaleza no internacional que reúne dos condiciones: la intensidad de las hostilidades y la existencia de un grupo armado organizado en conflicto con las fuerzas armadas del país.²⁰ Al respecto, la Defensoría del Pueblo ha señalado que las reglas relativas a la organización de una de las partes en conflicto y a su capacidad para realizar operaciones concertadas deben tenerse en cuenta para interpretar el concepto de grupo hostil que se recoge en el Decreto Legislativo 1095, a fin de aplicar las reglas del DIH relativas a los conflictos armados no internacionales. Así, dicho órgano ha señalado que el DIH se aplica en casos de conflictos armados internos, ya que “(...) se trata de que el Estado enfrente el nivel máximo de agresión violenta interna, como sería el caso, por ejemplo, de los grupos narcoterroristas que actúan en la zona de los Valles del Río Apurímac y Ene (VRAE)”.²¹
41. En líneas generales, el concepto de grupo hostil que se ha previsto en el artículo 3, literal f del Decreto Legislativo 1095, define a los requisitos de la organización y la capacidad de enfrentar al Estado como elementos propios del concepto del grupo hostil, lo que significa que en dicho extremo, el dispositivo

18 KLEFFNER, Jann. «La aplicabilidad del derecho internacional humanitario a los grupos armados organizados». En: *Revista Internacional de la Cruz Roja*, N° 82, 2011, p. 9

19 Tribunal Penal Internacional para la Ex-Yugoslavia. *Caso Boškoski & Tarčulovski*, IT-04-82.

20 No debe perderse de vista que la zona del VRAE se encuentra en Estado de Emergencia de manera permanente, debido a la renovación periódica de la declaratoria de estado de excepción por el Presidente de la República.

21 DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Informe Defensorial N° 156, Violencia en los conflictos sociales*, Lima, 2012, p. 82.

en mención se articula con la noción de grupo armado derivada del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra, pero también debe interpretarse de conformidad con el Protocolo Adicional II. Sin embargo, a fin de salvar su constitucionalidad, el mencionado artículo también debe interpretarse a la luz de los otros elementos o requisitos que el DIH ha construido respecto del concepto de grupo armado.

d) Sobre los miembros del grupo hostil y los colaboradores

42. El artículo 3.f *define al grupo hostil como el grupo de individuos que entre otras características, (...) participan en las hostilidades o **colaboran en su realización***. Al respecto, considero que dicho extremo del artículo bajo análisis debe interpretarse a la luz del principio de distinción que es determinante para otorgar protección a los civiles contra los ataques directos de las partes en combate; pero también desde los supuestos que legitiman las acciones de combate en contra de aquellos civiles que no siendo miembros de un grupo armado participan directamente en las hostilidades.²²

43. En principio, en el aparatado del artículo 3, literal f que viene siendo objeto de comentario debe distinguirse entre los siguientes sujetos: i) miembros del grupo hostil, ii) civiles que no siendo parte del grupo hostil participan directamente de las hostilidades, y iii) aquellos que colaboran o participan indirectamente a favor del grupo hostil. Esta diferenciación se realiza sobre la base del principio de distinción antes mencionado; ahora bien, la pertenencia de un individuo a las dos primeras categorías involucra que se conviertan en blancos legítimos. De hecho un civil que participa (colabora) directamente de las hostilidades pierde la protección que reciben los civiles por el DIH en el marco de un conflicto armado, de modo que no se encuentra protegido contra los ataques directos del adversario durante las hostilidades en las que toma parte. Por su parte, aquellos que encajan dentro del tercer supuesto no pierden la condición de civiles y por ende están protegidos contra los ataques directos.

44. Respecto de la pertenencia de un individuo a un grupo armado (grupo hostil en la terminología del Decreto Legislativo 1095) se puede señalar que ello se define sobre la base del principio de «función continua de combate». Este último concepto se refiere a la labor o cargo constante en el tiempo que asume cada

22 De acuerdo con el Comité de la Cruz Roja Internacional, la noción de participación directa en las hostilidades se refiere a los actos ejecutados por personas como parte de la conducción de hostilidades entre las partes en conflicto, participan directamente de las hostilidades los miembros de un grupo armado, de las fuerzas armadas, o los propios civiles.

miembro del grupo, lo cual se corresponden con la tarea que todo el conjunto ejerce de forma colectiva, es decir, la acción de conducir hostilidades en nombre de una parte no estatal en conflicto.²³

45. A su vez, la «función continua de combate» involucra que el miembro del grupo armado tenga una participación duradera en el marco de un conflicto armado, es decir, que participe en la propia preparación y, realización de actos u operaciones de hostilidad. Asimismo, debe indicarse que la «función continua de combate» se configura incluso antes de que se cometa un acto hostil o un ataque de manera efectiva,²⁴ por ejemplo, ello ocurre en el caso de las personas que han sido reclutadas, entrenadas y equipadas para participar en las hostilidades.
46. Ahora bien, los miembros de los grupos armados podrán ser un objetivo militar legítimo del adversario (las fuerzas armadas, de conformidad con el D.L 1095) siempre que se mantengan ejerciendo una «función continua de combate». En el caso que cesen su participación directa en las hostilidades, se les debe aplicar las reglas de protección que otorga el DIH a los civiles y a las personas que se encuentran fuera de combate. En específico, entonces, perderán la protección contra los ataques directos que brinda el DIH mientras ostenten la calidad de miembros de un grupo armado.
47. Por otro lado, en el fundamento jurídico 369, este Tribunal ha definido la participación directa en las hostilidades de los miembros de los grupos armados a partir de criterios que en realidad son aplicables para la determinación de los supuestos en los que un civil participa de modo directo en los ataques contra el adversario y deja de ser protegido contra tales ataques (no para los miembros de los grupos armados): i) la existencia de un umbral de daño; ii) la causalidad directa del acto y el daño generado; y, iii) el nexu beligerante. Es decir, se aplican criterios que son ajenos o inadecuados para definir la función continua de combate.
48. Por ello, considero que la aplicación de dichos principios en realidad es inadecuada para definir la forma en que los grupos armados actúan o ejercen sus actos contra el adversario. No obstante, desde mi punto de vista, estos sí son útiles para desarrollar la segunda de las categorías expuestas (participación directa de los civiles). En la medida que los efectos de esta sentencia son vinculantes pues tiene carácter *erga omnes*, tales estándares deben reconducirse y convertirse en

23 COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el derecho internacional humanitario, Ginebra, 2010, p. 33.

24 *Ibidem*, p. 34.

criterios destinados a fortalecer el principio de distinción entre los civiles —a quienes se les protege de las hostilidades— de aquellos otros civiles que participando directamente pierden tal protección y se convierten en blancos legítimos del adversario.

49. Respecto los civiles que participan directamente de las hostilidades, conviene ejemplificar algunos de los supuestos que implicarían la pérdida de la condición de civil. Por ejemplo, en relación con el criterio de causalidad directa, se puede señalar que la conducción de un camión que transporta armamento para entregarlo a un individuo en combate, durante el desarrollo de un acto de hostilidad en específico, involucra la pérdida de protección contra los ataques directos. En el mismo sentido, sobre el nexo beligerante, se puede indicar que si se bloquea una carretera para retardar la llegada de una de las partes en conflicto (fuerzas armadas) y **facilitar la retirada de un grupo armado**, también se pierde la protección de los civiles contra los ataques directos.
50. Por otro lado, se debe establecer que la pérdida de protección de los civiles contra los ataques del adversario solo ocurre en función de cada acto que califique como participación directa en las hostilidades y únicamente tiene lugar cuando hay un nexo o causalidad directa. Asimismo, cabe señalar que aquellos civiles que participan en el conflicto como “escudos humanos” no pierden la protección que el DIH les brinda.
51. El tercer supuesto de la clasificación se refiere a la participación indirecta. Estos sujetos, como ya se mencionó, no pierden el estatus de civiles y deben ser protegidos contra los ataques directos de los adversarios. En concreto, algunos ejemplos de participación indirecta son los casos relativos a los reclutadores, ya que la preparación para el combate no involucra una acción de ataque directa contra el adversario (salvo que se trate de la preparación para un acto hostil en específico); los que realizan propaganda a favor de un grupo armado; los que llevan a cabo el transporte de armas o municiones, siempre que ello no sea parte de una operación militar específica; los que brindan financian o suministran víveres para una de las partes en conflicto.
52. En todo caso, en relación con el tercero de los supuestos que se han comentado, el artículo 3.f debe interpretarse en el sentido que aquellos colaboradores que participan indirectamente en las hostilidades son protegidos por el DIH de los ataques directos contra civiles. Ello no obsta a que eventualmente el Estado tanga la potestad de sancionar penalmente a los colaboradores indirectos, sin embargo, de acuerdo con el DIH, se encuentran protegidos por el principio de distinción.

53. Por lo tanto, estimo que deben precisarse los fundamentos 353 al 376, sobre el control de constitucionalidad de los artículos 3.f, 5.1, 7, 8.1, 9, 13.2 del Decreto Legislativo 1095, en el sentido expuesto en los párrafos precedentes, específicamente en que tales artículos deberán interpretarse de conformidad con los estándares internacionales relativos al concepto de CANI, grupo armado organizado y el principio de distinción como piedra angular del DIH. En consecuencia, existiendo tan solo una falta de coincidencia sobre los fundamentos y no respecto del respectivo fallo, considero que debe declararse **INFUNDADA** la demanda en el extremo que se cuestiona tales artículos.

S.

LEDESMA NARVÁEZ

EXP. N.º 00022-2011-PI/TC
MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Conuerdo con la sentencia en mayoría en tanto confirma la constitucionalidad del artículo único de la Ley N.º 29548 , de diversos artículos del Decreto Legislativo N.º 1094 y del Decreto Legislativo N.º 1095, y dispone un sentido interpretativo para los artículos 3º, inciso f, 4º, inciso 3, 5º, inciso 1, y 23º del Decreto Legislativo N.º 1095. Sin embargo, discrepo de ella en cuanto declara inconstitucionales o dispone un sentido interpretativo para las demás disposiciones normativas impugnadas en el presente proceso de inconstitucionalidad.

Correcta interpretación del artículo 173º de la Constitución

340

La sentencia en mayoría, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la materia, propone una lectura del artículo 173º de la Constitución, de la función militar y del concepto de delito de función, que en mi opinión resultan erradas. La citada norma establece lo siguiente:

“Artículo 173.- 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. (...)”

Dicho artículo dispone, pues, la existencia de un fuero militar que tiene por función juzgar a los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, en caso estos cometan un delito de función, conforme a las disposiciones de un Código de Justicia Militar. Asimismo, establece una diferencia entre los civiles, por un lado, y los policías y militares, por el otro.

Para entender adecuadamente esta norma, sin embargo, es necesario leerla conjuntamente con los artículos 38º, 163º, 165º, 166º, 169º y 175º de la Constitución, que establecen lo siguiente:

“Artículo 38.- Todos los peruanos tienen el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la nación.”

“Artículo 163.- El Estado garantiza la seguridad de la Nación mediante el Sistema de Defensa Nacional.

La Defensa Nacional es integral y permanente. Se desarrolla en los ámbitos interno y externo. Toda persona, natural o jurídica, está obligada a participar en la Defensa Nacional, de conformidad con la ley.”

“Artículo 165.- Las Fuerzas Armadas están constituidas por el Ejército, la Marina de Guerra y la Fuerza Aérea. Tienen como finalidad primordial garantizar la independencia, la soberanía y la integridad territorial de la República. Asumen el control del orden interno de conformidad con el artículo 137 de la Constitución.”

“Artículo 166.- La Policía Nacional tiene por finalidad fundamental garantizar, mantener y restablecer el orden interno. Presta protección y ayuda a las personas y a la comunidad. Garantiza el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público y del privado. Previene, investiga y combate la delincuencia. Vigila y controla las fronteras.”

“Artículo 169.- Las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional no son deliberantes. Están subordinadas al poder constitucional”.

“Artículo 175.- Sólo las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional pueden poseer y usar armas de guerra. Todas las que existen, así como las que se fabriquen o se introduzcan en el país pasan a ser propiedad del Estado sin proceso ni indemnización. (...)”

De lo anterior se deduce que existe un deber general de todos —civiles, militares o policías— de respetar, cumplir y defender la Constitución y el orden jurídico, y participar en la defensa nacional, de acuerdo a ley. Sin embargo, dicho deber está sujeto a un estándar de cumplimiento más alto —y contiene deberes especiales— en el caso de los integrantes de los militares y policías, tal y como se demostrará a continuación:

- (i) Los artículos que regulan a las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional se encuentran enmarcados en el capítulo de la Constitución dedicado a la seguridad y defensa nacional. Ello se debe a que los militares y policías son los agentes a través de los cuales el Estado ejerce su monopolio del uso legítimo de la fuerza en el territorio nacional, con las limitaciones impuestas por la Constitución, las leyes y los tratados internacionales sobre la materia. Los civiles no pueden hacer

uso de la fuerza, salvo en legítima defensa; tanto así que en caso de conflicto se les considera no combatientes.

- (ii) Los militares y policías forman parte de una estructura jerárquica cuyo buen funcionamiento –es decir, su capacidad para cumplir eficazmente los fines que le han sido encomendados– depende del mantenimiento del orden y la disciplina entre sus efectivos.
- (iii) Para cumplir sus fines, los militares y policías reciben un entrenamiento especial del que carecen los civiles. Este elemento es crucial para determinar el grado de participación de militares y policías en la defensa y seguridad nacionales, en comparación a los civiles. A estos últimos no se les puede exigir que realicen las mismas funciones que a los militares y policías.
- (iv) Por ello, existe la diferenciación establecida en el artículo 173º, referente a que los civiles no pueden ser juzgados de acuerdo con el Código de Justicia Militar Policial, pues éste contiene disposiciones inaplicables por su naturaleza a los civiles, como podría ser el delito de cobardía regulado en el artículo 110º del mismo. La existencia de este delito muestra la diferencia de deberes entre un militar o policía y un civil, pues éste no se encuentra obligado a enfrentar al adversario en combate, mientras que para aquéllos constituye un delito no hacerlo.
- (v) Que los militares y policías puedan asumir mayores riesgos no solo se deriva de su mayor entrenamiento y disciplina sino también del armamento superior con el que cuentan, ya que, conforme lo establece el artículo 175º de la Constitución, solo las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional pueden poseer y usar armas de guerra, las cuales son propiedad del Estado. Por mandato constitucional los civiles están prohibidos de tenerlas o usarlas.
- (vi) Es por esta razón que militares y policías se encuentran sometidos a un Código de Justicia especial, para que sean juzgados de acuerdo con un estándar superior de conducta y subordinación al orden constitucional que el de los civiles. De ahí que el artículo 169º de la Constitución recalque que las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional están subordinadas al poder constitucional. Esta afirmación no es genérica para toda la población, sino específica para dichas instituciones por la naturaleza e importancia de sus funciones, pues al ser el elemento armado del Estado se quiere enfatizar esta subordinación.

Por ello, es innegable que la actividad de las Fuerzas Armadas y de la Policía se desarrolla de manera muy distinta a la forma en la que los civiles acatan su deber de lealtad y defensa del ordenamiento jurídico. Ello refleja la perspectiva de la Constitución, que distingue los deberes generales de lealtad al ordenamiento jurídico y de defensa

nacional, previstos en los artículos 38° y 163°, de las misiones específicamente encargadas a las Fuerzas Armadas y a la Policía Nacional en sus artículos 165° y 166°.

Es razonable, pues, requerir que policías y militares acaten estándares de comportamiento más exigentes que los que se demanda a los civiles. Una conducta permitida a un civil bien puede ser prohibida a un militar o policía en ejercicio de sus funciones. Asimismo, un acto ilícito que atente contra bienes jurídicos castrenses podrá afectar en mayor grado el orden constitucional, la seguridad y la defensa nacionales, si es realizado por un militar o policía en ejercicio de sus funciones.

Todo ello permite comprender porqué el artículo 173° de la Constitución exige que los delitos cometidos por miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional en el ejercicio de sus funciones se juzguen en aplicación de las disposiciones contenidas en un Código de Justicia especial y no a través de las normas del Código Penal, las cuales resultan aplicables para determinar la responsabilidad penal de las personas en todos los demás casos.

Constitucionalidad de las disposiciones del Código Penal Militar Policial

La sentencia en mayoría considera que el Código Penal Militar Policial debe reprimir las conductas que comprometan de forma directa y exclusiva bienes jurídicos relativos al funcionamiento de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional, con exclusión de aquellas conductas que de manera concurrente afectan otros bienes jurídicos de relevancia constitucional.

343

Dicha lectura es incorrecta dado que los delitos de función no son exclusivamente aquellos que afectan orgánicamente a las instituciones citadas líneas arriba. Conforme a lo expuesto *supra*, los integrantes de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional deben adecuar su comportamiento a estándares de conducta particularmente exigentes. De ahí que puedan considerarse delitos de función: (i) los actos permitidos para la generalidad de las personas, pero prohibidos para los policías y militares en ejercicio de sus funciones; y, (ii) los actos prohibidos para todos, pero que suponen un reproche jurídico más intenso, si son llevados a cabo por efectivos militares o policiales en ejercicio de sus funciones.

Así, dado que policías y militares tienen un deber de defender el ordenamiento constitucional más intenso que los demás ciudadanos, está justificado que un hecho ilícito reciba un tratamiento jurídico diferenciado cuando es cometido por un integrante de esas instituciones en el ejercicio de sus funciones. A modo de ejemplo, si bien nadie debe rebelarse contra el orden constitucional, resulta más grave la rebelión de los encargados de defenderlo mediante el uso de la fuerza. Son justamente los militares y policías los encargados de combatir y reprimir a los rebeldes.

La sentencia en mayoría insiste en considerar que militares y policías tienen un deber de fidelidad frente al ordenamiento constitucional equivalente en intensidad y manifestaciones al de los demás ciudadanos. Por esa razón, concluye que los delitos de función son exclusivamente aquellos que comprometen bienes jurídicos de titularidad castrense, omitiendo considerar que algunas conductas pueden estar prohibidas para todos, pero ser más reprochables si las cometen militares y policías en el ejercicio de sus funciones.

Es válido y constitucional, pues, que existan tipos penales similares en el Código Penal y el Código Penal Militar Policial, con consecuencias reguladas en atención al diferente grado en el cumplimiento del deber de defensa del orden constitucional que tienen los militares y policías.

Por último, considero que resultan erradas las interpretaciones realizadas en la sentencia de los artículos XIV, incisos d. y e., del Título Preliminar del Decreto Legislativo N.º 1094, así como del artículo 27º del Decreto Legislativo N.º 1095, en tanto vinculan la misma con el concepto de delito de función presentado en la misma.

Por consiguiente, mi voto es porque se declare **INFUNDADA** la demanda en el extremo en que cuestiona la constitucionalidad de los tipos penales contenidos en los artículos 60º (rebelión), 62º (sedición), 68º (conspiración), 81º (devastación), 82º (saqueo), 83º (confiscación arbitraria), 84º (confiscación sin formalidades), 85º (exacción), 86º (contribuciones ilegales), 87º (abolición de derecho), 88º (afectación de personas protegidas), 89º (lesiones fuera de combate), 90º (confinación ilegal), 93º (medios prohibidos en las hostilidades), 97º (daños graves al medio ambiente), y 131º (excesos en el mando – tipo imprudente) del Decreto Legislativo N.º 1094; y el artículo 27º del Decreto Legislativo N.º 1095.

S.

SARDÓN DE TABOADA

EXP. N.º 00022-2011-PI/TC
LIMA
CIUDADANOS
AUTO 5 - ACLARACIÓN

AUTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Lima, 29 de enero de 2016

VISTO

El escrito de aclaración y subsanación, de fecha 25 de agosto de 2015, presentado por la Procuradora Pública Adjunta Especializada en Materia Constitucional, de la sentencia de fecha 8 de julio de 2015, que declaró fundada en parte la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra el artículo único de la Ley 29548 y diversos artículos del Decreto Legislativo 1094 y del Decreto Legislativo 1095; y,

345

ATENDIENDO A QUE

1. El artículo 121 del Código Procesal Constitucional establece que “En el plazo de dos días a contar desde su notificación o publicación tratándose de las resoluciones recaídas en los procesos de inconstitucionalidad, el Tribunal, de oficio o a instancia de parte, puede aclarar algún concepto o subsanar cualquier error material u omisión en que hubiese incurrido”.
2. Mediante escrito de aclaración y subsanación, de fecha 25 de agosto de 2015, la Procuradora Pública Adjunta Especializada en Materia Constitucional, solicita: i) se aclare la razón por la cual no se computó el voto singular del Magistrado Sardón de Taboada en los puntos resolutivos 1.3 y 2.6 del fallo de la sentencia de fecha 8 de julio de 2015; ii) Se precise la razón por la cual se han fijado criterios interpretativos de los artículos 3.f; 4.3; 5.1 y 23.d., del Decreto Legislativo 1095, pese a no haber sido aprobados con la mayoría calificada autoimpuesta por este Tribunal en el precedente que contiene la STC 0030-2005-PI/TC (Fund. N° 60); iii) se subsane la omisión del Magistrado Sardón de Taboada, consistente en no haber firmado la sentencia antes mencionada, y iv) se subsane la omisión, en la parte resolutive, de pronunciamiento sobre la confirmación de constitucionalidad del artículo 65 del Decreto Legislativo 1094.

El cómputo del voto singular del Magistrado Sardón de Taboada

3. El Tribunal advierte que el voto singular del Magistrado Sardón de Taboada a la sentencia de fecha 8 de julio de 2015 no comprende la totalidad de los puntos resueltos, y de modo particular, a los sentidos interpretativos asignados a los artículos 3.f, 4.3, 5.1 y 23.d., del Decreto Legislativo 1095, mismos que se encuentran recogidos en los puntos resolutivos 1.3 y 2.6 de su fallo. En consecuencia, puesto que la disidencia del magistrado está referido a otros aspectos, corresponde aclarar la sentencia en el sentido de que los puntos resolutivos 1.3 y 2.6 de su fallo cuentan con el voto conforme del Magistrado Sardón de Taboada. Por esa razón, debe precisarse que la firma del voto singular del Magistrado Sardón de Taboada forma parte integrante de la sentencia del 8 de julio de 2015, solo en el extremo que concuerda con la misma.

La aplicación del precedente fijado en la STC 00030-2005-PI/TC

4. Se ha solicitado a este Tribunal que precise la razón por la cual se han fijado criterios interpretativos de los artículos 3.f; 4.3; 5.1 y 23.d., del Decreto Legislativo 1095, pese a no haber sido adoptados con la votación calificada para la expedición de sentencias interpretativas, conforme se estableció en el precedente que contiene el fundamento 60 de la STC 00030-2005-PI/TC.
5. Al respecto, el Tribunal hace notar que en la parte resolutive de la sentencia de 8 de julio de 2015, entre otros aspectos, se declaró —con el voto conforme de 3 magistrados y el voto en contra de similar número de integrantes del Pleno— que los artículos 3.f y 5.1 del Decreto Legislativo N° 1095 —en lo que se refiere a la expresión “grupo hostil”— debían interpretarse de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.1 del Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra y el artículo 3° común respecto de la regulación del “grupo armado” [Punto resolutivo 2.6]. Una advertencia en ese sentido, ciertamente, no constituye el empleo de alguna técnica decisoria a las que se hace referencia en el Fundamento N° 61.e de la STC 00030-2005-PI/TC, sino un llamado a sus operadores jurídicos para que interpreten y apliquen dichas disposiciones legales empleando el criterio de “interpretación sistemática” de las normas. A este efecto, el Tribunal recuerda que el Derecho Internacional Humanitario, al cual remite la sentencia del 8 de julio de 2015, forma parte del Derecho Nacional y, por tanto, constituye derecho directamente aplicable, de conformidad con el artículo 55 de la Constitución, por lo que corresponde desestimar este extremo de la solicitud.
6. Por otro lado, en relación a la fijación de criterios interpretativos relacionados con los artículos 4.3 y 23.d. del Decreto Legislativo 1095 —con el voto confor-

me de 2 magistrados y el voto de 4 magistrados en el sentido de que se declarara su inconstitucionalidad—, el Tribunal hace notar que al no alcanzarse el número suficientes para declararse la inconstitucionalidad de dichas disposiciones, en aplicación del segundo párrafo del artículo 5 de la Ley N° 28301, se declaró infundada esta pretensión, expidiéndose, por tanto, una sentencia desestimatoria simple.

7. En la parte resolutive de la sentencia, además, se incorporó la acotación que llevó a los dos magistrados a votar en el sentido que se ha expuesto, lo que no la hace, en este extremo al menos, una “sentencia interpretativa manipulativa (normativa)”, a las que hicimos referencia en la STC 0004-2004-CC/TC y sobre las cuales, en su momento, un precedente estableció que era preciso que se contara con cinco votos conformes [Fund. N° 61.e de la STC 0030-2005-PI/TC]. Se trata, antes bien, del tipo de sentencia que en el Fundamento N° 4.2 de la ya referida STC 0004-2004-CC/TC denominamos “sentencia desestimatoria por sentido interpretativo”, cuya expedición, por cierto, no está sujeto a ningún tipo de mayoría calificada.
8. Por tanto, en la medida que el punto resolutive 1.3 de la sentencia de fecha 8 de julio de 2015 no reúne la característica de una sentencia estimatoria, sea en su versión de sentencia interpretativa propiamente dicha o de sentencia interpretativa manipulativa, al tratarse llanamente de una sentencia desestimatoria por sentido interpretativo, corresponde desestimar también este extremo de la solicitud de aclaración.

347

La confirmación de la constitucionalidad del artículo 65 del Decreto Legislativo 1094 en el fallo de la sentencia

9. Conforme se observa de los fundamentos 148 al 152 de la sentencia de 8 de julio de 2015, el Tribunal Constitucional confirmó la constitucionalidad del artículo 65 del Decreto Legislativo 1094, mediante el cual se tipifica del delito de colaboración con organización ilegal. Sin embargo, esta decisión del órgano colegiado no ha sido recogida en la parte resolutive de la sentencia, por lo que corresponde subsanar la misma y, por tanto, integrar el punto resolutive 1.1, cuyo texto es el siguiente:

“1.1. Reafirmar como **CONSTITUCIONALES** los artículos 65 (colaboración con organización ilegal), 91 (métodos prohibidos en las hostilidades), 92 (medios prohibidos en las hostilidades), 95 (impedimento a operaciones humanitarias), 96 (utilización indebida de signos protectores), 130 (excesos en el ejercicio del mando), 132 (exceso en el mando en agravio del su-

bordinado), 140 (certificación falsa sobre asuntos del servicio) y 142 (destrucción de documentación militar policial) del Decreto Legislativo N.º 1094, disposiciones que mantienen su plena vigencia en el ordenamiento jurídico”.

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú;

RESUELVE, con los fundamentos de voto de los magistrados Blume Fortini y Sardón de Taboada, que se agregan,

1. Declarar **FUNDADA**, en parte, la solicitud de aclaración y subsanación presentada por la Procuradora Pública Adjunta Especializada en Materia Constitucional, respecto de la sentencia de fecha 8 de julio de 2015 y, en consecuencia:

- 1.1. Con el voto de los magistrados Urviola Hani, Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada, Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera:

Integrar el punto 1.1 de la parte resolutive de la sentencia de fecha 8 de julio de 2015, el cual queda redactado con el siguiente texto, que forma parte integrante de la referida sentencia:

- “1.1. Reafirmar como **CONSTITUCIONALES** los artículos 65 (colaboración con organización ilegal), 91 (métodos prohibidos en las hostilidades), 92 (medios prohibidos en las hostilidades), 95 (impedimento a operaciones humanitarias), 96 (utilización indebida de signos protectores), 130 (excesos en el ejercicio del mando), 132 (exceso en el mando en agravio del subordinado), 140 (certificación falsa sobre asuntos del servicio) y 142 (destrucción de documentación militar policial) del Decreto Legislativo N.º 1094, disposiciones que mantienen su plena vigencia en el ordenamiento jurídico”.

- 1.2. Aclarar que los puntos resolutivos 1.3 y 2.6 del fallo de la referida sentencia cuentan con el voto conforme del Magistrado Sardón de Taboada.

2. Con los votos de los magistrados Urviola Hani, Ramos Núñez, Sardón de Taboada y Ledesma Narváez:

Desestimar la solicitud de aclaración relacionada con la inexistencia de mayoría calificada para expedir sentencia interpretativa al resolverse sobre la validez constitucional de los artículos 3.f, y 5.1 del Decreto Legislativo 1095.

3. Con los votos de los magistrados Urviola Hani y Ramos Núñez:

Desestimar la solicitud de aclaración relacionada con la inexistencia de mayoría calificada para expedir sentencia desestimatoria interpretativa de los artículos 4.3 y 23.d del Decreto Legislativo 1095.

Publíquese y notifíquese

SS.

MIRANDA CANALES

LEDESMA NARVÁEZ

URVIOLA HANI

BLUME FORTINI

RAMOS NÚÑEZ

SARDÓN DE TABOADA

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

EXP. N.º 022-2011-PI/TC
LIMA
CIUDADANOS
AUTO 5 - ACLARACIÓN

**FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME
FORTINI**

Si bien he suscrito el auto de fecha 17 de setiembre de 2015, que resuelve la solicitud de aclaración y subsanación presentada por la Procuradora Pública Adjunta Especializada en Materia Constitucional del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, de fecha 25 de agosto de 2015, debo dejar constancia que mi intervención se constriñe a los puntos resolutivos 1.1 y 1.2, que forman parte del punto 1; y que no acompaño los puntos resolutivos 2 y 3, por no haber compartido las decisiones a las que los mismos se contraen.

350

S.
BLUME FORTINI

EXP. N.º 0022-2011-PI/TC
LIMA
MÁS DE 5,0000 CIUDADANOS

**FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO SARDÓN
DE TABOADA**

No firmé la sentencia de fecha 8 de julio de 2015 por no estar de acuerdo con la mayor parte de sus puntos resolutivos. Consecuentemente, emití un voto singular.

Sin embargo, según puede verse en dicho voto singular, coincidí con los puntos resolutivos 1.3 y 2.6 de tal sentencia.

Esto está explicado en el punto resolutivo 1.2 del presente auto de aclaración, razón por la cual lo suscribo.

351

**S.
SARDÓN DE TABOADA**

Sentencia 00001-2014-PCC/TC

Proceso de conflicto competencial promovido por el Gobierno Regional del Callao contra el Poder Ejecutivo. El Tribunal desestimó la demanda.

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 2 de setiembre de 2015

Resumen: El Tribunal Constitucional declaró infundada la demanda interpuesta por el Gobierno Regional del Callao, en la que este solicitó que se determine el órgano al que corresponde la competencia para regular el servicio de transporte de mercancías que se presta dentro del ámbito territorial de la Región Callao. El conflicto tuvo como origen la modificación, por parte del Poder Ejecutivo, del Reglamento Nacional de Administración de Transporte.

353

El Tribunal consideró que estaba ante un conflicto de competencias de naturaleza positiva, y que la controversia giraba alrededor de la determinación del órgano que cuenta con competencia para regular el servicio de transporte de mercancías, y si esta es exclusiva o compartida. El Tribunal concluyó que la regulación del transporte de mercancías es una competencia compartida entre el gobierno nacional y los gobiernos regionales, es decir, en este caso su ejercicio corresponde conjuntamente al gobierno nacional y al Gobierno Regional del Callao. El Tribunal estableció a continuación qué competencias específicas les han sido reconocidas tanto al gobierno nacional como a los gobiernos regionales en materia de transporte de mercancías, señalando que se debe respetar la relación de cooperación y coordinación que debe existir entre gobierno nacional y gobiernos regionales.

Temas Claves: Competencias de los gobiernos regionales.

EXP. 00001-2014-PCC/TC

LIMA

GOBIERNO REGIONAL DEL CALLAO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 30 días del mes de julio de 2015, el Tribunal Constitucional, en sesión del Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Urviola Hani, presidente; Miranda Canales, vicepresidente; Ramos Nuñez, Sardón de Taboada, Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia. Se deja constancia que el magistrado Blume Fortini votará en fecha posterior por encontrarse con licencia.

I. ASUNTO

354

A. PETITORIO

El Gobierno Regional del Callao, representado por el Presidente del Gobierno Regional del Callao, quien actúa a través de su Procurador Adjunto Regional, con fecha 5 de febrero de 2014, interpone demanda de conflicto competencial, solicitando se determine el órgano al que corresponde la competencia para regular el servicio de transporte de mercancías que se presta dentro del ámbito territorial de la Región Callao.

ANTECEDENTES

B. DEBATE CONSTITUCIONAL

Diversos son los argumentos que ambas partes han expuesto relacionados con el origen del conflicto de atribuciones. Estos son:

B-1. ARGUMENTOS DE LA DEMANDA

El Gobierno Regional del Callao afirma que, con la emisión del Decreto Supremo 010-2012-MTC, se modificó el Decreto Supremo 017-2009-MTC, Reglamento Nacional de Administración de Transporte, eliminándose la prerrogativa del Gobierno Regional del Callao de poder regular y reglamentar el transporte de mercancías dentro de la circunscripción territorial del Callao.

Refiere que el efecto de dicha medida es sustraer a su representada de la competencia reglamentaria en tal materia. Indica que ese es el caso del artículo 3.68 del mencionado Decreto Supremo 017-2009-MTC, modificado por el Decreto Supremo 010-2012-MTC, que dispone que el servicio de transporte terrestre de mercancías es considerado como servicio de transporte terrestre de ámbito nacional, y que dicho servicio se podrá realizar en la calidad de servicio de ámbito nacional.

A su vez, indica que tras la modificación del artículo 49.1.1 del precitado cuerpo normativo, la autorización para la prestación del servicio de transporte terrestre de mercancías permite que estas actividades se realicen a nivel nacional, sin necesidad que se requieran autorizaciones adicionales.

Juzga el Gobierno Regional del Callao que dichas disposiciones reglamentarias vulneran la distribución de competencias establecida en el Decreto Supremo 019-2011-MTC y la Resolución Ministerial 627-2008-MTC/01, según la cual es función del gobierno regional autorizar servicios de transporte interprovincial de carga, dentro de la circunscripción territorial regional. Sostiene que dichas disposiciones reglamentarias también están en contradicción con la Ordenanza Regional 0012, por intermedio de la cual el Gobierno Regional del Callao aprobó el reglamento que regula la prestación del servicio de transporte de mercancía en el ámbito de su jurisdicción. Por todo ello, concluye que se ha trastocado las competencias específicas del gobierno regional en materia de transporte, vulnerándose, de esta manera, lo establecido en los artículos 56.a y 56.g de la Ley 27867, Orgánica de los Gobiernos Regionales.

355

B-2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Procurador Público Especializado en Materia Constitucional del Poder Ejecutivo, en mérito de la Resolución de la Presidencia del Consejo de Defensa Jurídica del Estado, de fecha 18 de octubre de 2012, contesta la demanda y solicita que se declare infundada. Estos son sus argumentos:

Sostiene que si bien el artículo 189 de la Constitución reconoce autonomía política, económica y administrativa a los gobiernos regionales, el ejercicio de las competencias por estos órganos debe realizarse en el marco del principio de unidad e integridad del Estado, del cual dimana un deber de cooperación leal en la consecución de los fines del Estado. En particular, no dictando normas que contradigan los intereses nacionales, como se desprende del artículo 8 y 56 de la Ley 27867, Orgánica de Gobiernos Regionales, que dispone que las políticas regionales deben guardar concordancia con las políticas nacionales.

Alega que, en el rubro específico del transporte, el artículo 36 de la Ley 27783, de Bases de la Descentralización, determina que los gobiernos regionales y el gobierno cen-

tral tienen competencias compartidas, entre las cuales se encuentra la regulación de actividades económicas y productivas correspondiente al sector de transporte, como se desprende del artículo 10 del mismo cuerpo normativo. Refiere que el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC) posee la función de regulación del servicio de transporte (artículos 4, 5 y 7.1 de la Ley 29370, de Organización y Funciones del MTC), y, al ser el órgano rector a nivel nacional en materia de transporte y tránsito terrestre, tiene competencia para normar la política de promoción y desarrollo en materia de transportes y la posibilidad de dictar los reglamentos nacionales necesarios para su desarrollo (artículo 3 del Decreto Supremo 021-2007-MTC, Reglamento de Organización y Funciones del MTC, artículos 16 y 23 de la Ley 27181, General de Administración y Tránsito Terrestre, y artículo 8 de la Ley 29370, de Organización y Funciones del MTC).

Por ello, sostiene que la emisión del Decreto Supremo 010-2012-MTC no constituye una modificación significativa en cuanto a la definición o los alcances del servicio de transporte terrestre de mercancías, puesto que en el texto original del artículo 3.68 del Decreto Supremo 017-2009-MTC, este ya era considerado como un servicio de ámbito nacional y, por ende, la competencia para su regulación correspondía al gobierno central. Añade que sólo se ha especificado la definición de centro poblado según los artículos 3.67 y 3.68 del Decreto Supremo 017-2009-MTC, conforme a la Ley 27795, de Demarcación Organización Territorial; y su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo 019-2003-PCM; y, la Ley 27972, Orgánica de Municipalidades.

356

C. FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS

Determinada la posición de las partes del proceso, es preciso que el Tribunal Constitucional defina los temas a desarrollar a lo largo de la presente sentencia, a fin de decidir si el Decreto Supremo impugnado respeta las disposiciones constitucionales y las leyes de desarrollo constitucional respectivas:

- ¿Qué tipo de competencias se ha reconocido en el servicio de transporte de mercancías?
- ¿La normatividad expedida por el gobierno nacional supone una afectación de las competencias del Gobierno Regional del Callao?

II. FUNDAMENTOS

1. La controversia sobre la cual versa la demanda es un conflicto de competencias de naturaleza positiva. Por esta razón, en la presente sentencia se determinará:

(i) A qué órgano le corresponde la competencia de regulación del servicio de transporte de mercancías; y (ii) si es que con la emisión del Decreto Supremo 010-2012-MTC se afectan los límites de la actuación competencial de los gobiernos regionales (en específico, del Gobierno Regional del Callao). Y, si así lo fuera, se explicará (iii) cuáles serían las consecuencias respecto a los dispositivos normativos que supuestamente se encuentran viciados de competencia.

A. LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS EN MATERIA DE TRANSPORTE TERRESTRE DE MERCANCÍAS

2. La distribución de competencias se realiza sobre la base de la aplicación de un *test*, conforme se ha desarrollado en la jurisprudencia de este Tribunal (fundamento 32 y ss. de la STC 0020-2005-PI/TC y otro).
3. A partir de los argumentos reseñados *supra*, el Tribunal advierte que la controversia gira alrededor de la determinación del órgano que cuenta con competencia para la regulación del servicio de transporte de mercancías, buscándose que se determine si es que ésta es exclusiva o compartida. Para definir el tipo de competencia aplicable para la referida clase de transporte, se empleará como parámetro normativo a la Constitución, la Ley 27783, de Bases de la Descentralización, y la Ley 27867, Orgánica de Gobiernos Regionales; además de la Ley 29370, de Organización y Funciones del MTC y la Ley 27181, General de Tránsito y Transporte Terrestre.
4. Según el artículo 192 de la Constitución, los gobiernos regionales promueven el desarrollo y la economía regional, fomentan las inversiones, actividades y servicios públicos de su responsabilidad, en armonía con las políticas y planes nacionales y locales de desarrollo, por lo que deben regular y otorgar autorizaciones, licencias y derechos sobre los servicios de su responsabilidad. Por su parte, el artículo 35 de la Ley 27783, de Bases de la Descentralización, dispone las competencias exclusivas con las que cuentan los gobiernos regionales y, entre estas, no se incluye a la regulación del servicio de transportes. Por el contrario, este cuerpo normativo fija la regulación de actividades económicas y productivas, en su ámbito y nivel correspondiente, del sector de transporte (artículo 36.c), como una competencia compartida entre el gobierno nacional y los gobiernos regionales.
5. Así, pues, tomando en cuenta la base normativa acotada, se puede colegir que la regulación del transporte de mercancías es una competencia compartida entre el gobierno nacional y los gobiernos regionales, es decir, su ejercicio corresponde conjuntamente al gobierno nacional y al Gobierno Regional del Callao. Sobre esta base, es necesario establecer qué competencias específicas les han sido reco-

nocidas tanto al gobierno nacional como a los gobiernos regionales en materia de transporte de mercancías.

6. Es competencia de los gobiernos regionales “formular, aprobar, ejecutar, evaluar, dirigir, controlar y administrar los planes y políticas en materia de transportes de la región, de conformidad con las políticas nacionales y los planes sectoriales” (artículo 56.a de la Ley 27867, Orgánica de Gobiernos Regionales). Esta descripción de las competencias de los gobiernos regionales en materia de transporte resulta acorde con las relaciones de coordinación, cooperación y apoyo mutuo, que, en forma permanente y continua, deben mantener el gobierno nacional y los gobiernos regionales y locales, dentro del ejercicio de su autonomía y competencias propias (artículo 49.1 de la Ley 27867, Orgánica de Gobiernos Regionales). De lo que se deriva que el gobierno nacional debe ejercer sus competencias sin asumir funciones y atribuciones que son cumplidas por los otros niveles de gobierno (artículo VI.1 del Título preliminar de la Ley 29158, Orgánica del Poder Ejecutivo), y los gobiernos regionales, a su vez, deben respetar las políticas y planes nacionales y locales de desarrollo, en el ejercicio de las suyas (artículo 192 de la Constitución).
7. En vista que una competencia compartida (artículo 13.2 de la Ley 27783, de Bases de la Descentralización) implica la intervención de dos o más niveles de gobierno, que comparten fases sucesivas de los procesos implicados, y la Ley indica la función específica y responsabilidad que corresponde a cada nivel (fundamento 6 de la STC 0008-2011-PI/TC), las competencias compartidas del gobierno regional se rigen por las leyes específicas de organización y funciones de los distintos sectores que conforman el Poder Ejecutivo (artículo 27 de la Ley 27783, de Bases de la Descentralización).
8. Al respecto, el artículo 7.1 de la Ley de Organización y Funciones del MTC determina como una de sus funciones específicas de competencia compartida la de planear los servicios de transporte terrestre en el ámbito de su competencia. Por tal razón, la competencia normativa del gobierno nacional en materia de transporte comprende la “potestad de dictar los reglamentos que rigen en los distintos niveles de la organización administrativa nacional”, siendo los de carácter general los que “rigen en todo el territorio de la República y que son de observancia obligatoria por todas las entidades y personas de los sectores público y privado, incluyendo a las autoridades del Poder Ejecutivo, sus distintas entidades y los gobiernos regionales o locales” por lo que estos serán de competencia exclusiva del MTC (artículo 11 de la Ley 27181, General de Transporte y Tránsito Terrestre).
9. Ahora bien, precisamente en ejercicio de dicha competencia normativa de carácter general (artículo 7 de la Ley 29370, de Organización y Funciones del

Ministerio de Transportes y Comunicaciones) y de observancia obligatoria para las entidades y personas de los sectores público y privado, como es el caso de los gobiernos regionales, el MTC está facultado para emitir las disposiciones pertinentes sobre la regulación del servicio de transporte terrestre de mercancías.

B. EL USO DE LAS COMPETENCIAS NORMATIVAS EN MATERIA DE TRANSPORTE TERRESTRE DE MERCANCÍAS

10. Mediante la expedición del Decreto Supremo 010-2012-MTC, el MTC modificó el Decreto Supremo 017-2009-MTC, Reglamento Nacional de Administración de Transporte y, a juicio del Gobierno Regional del Callao, tal modificación implicó desconocer las competencias asignadas a los gobiernos regionales.
11. En primer lugar, se modificó el artículo 3.68, el cual define el Servicio de Transporte de ámbito Nacional. Originalmente establecía que dicho servicio era

[...] Aquel que se realiza para trasladar personas y/o mercancías entre ciudades o centros poblados de provincias pertenecientes a regiones diferentes. En el caso del transporte de mercancías se considera transporte de ámbito nacional también al transporte que se realiza entre ciudades o centros poblados de la misma región.

359

El artículo modificado en la actualidad señala que dicho servicio es

[...] Aquel que se realiza para trasladar personas entre ciudades o centros poblados de provincias pertenecientes a regiones diferentes. Para lo cual el centro poblado no debe hallarse dentro del área urbana del distrito al cual pertenecen y deberá tener como un mínimo de mil habitantes mayores de edad domiciliados en el mismo y estar debidamente registrados en la RENIEC. Asimismo, el servicio de transporte terrestre de mercancías es considerado como servicio de transporte terrestre de ámbito nacional. Dicho servicio se podrá realizar en los ámbitos regional y provincial.

12. De tal modificación, se puede observar:
 - Pese a la modificación normativa, el concepto ‘servicio de transporte de ámbito nacional’ incluye tanto el que sirve para el traslado de personas como el de mercancías.
 - Asimismo, el concepto ‘de ámbito nacional’ incluye el transporte realizado entre ciudades o centros poblados de provincias, pertenecientes a regiones diferentes. Y, como novedad, el Decreto Supremo 010-2012-MTC, explica qué significa un centro poblado.

- En el caso específico de ‘transporte de mercancías de ámbito nacional’, en el dispositivo original se establecía que éste incluía también al que se realizaba “entre ciudades o centros poblados de la misma región”, mientras que, en el reformado, se señala que tal concepto incluye el servicio que se puede realizar “en los ámbitos regional y provincial”.
13. En segundo término, el artículo 49.1.1 también sufrió una variación al agregársele un párrafo. Su parte inicial no varía, en tanto sigue señalando que “Solo la autorización y habilitación vigentes permiten según sea el caso: La prestación del servicio de transporte de personas, mercancías o mixto; y la operación de una agencia de transporte de mercancías”. La diferencia está en la inclusión del siguiente párrafo: “La autorización emitida para la prestación del servicio de transporte terrestre de mercancías autoriza a prestar el referido servicio a nivel nacional, lo cual faculta asimismo prestar dichos servicios en el ámbito regional y provincial, no requiriendo autorizaciones adicionales para la prestación en los referidos ámbitos”.
 14. Para el accionante, las reformas introducidas por el Decreto Supremo 010-2012-MTC afecta la competencia del Gobierno Regional del Callao para poder regular y reglamentar el transporte de mercancías dentro de la circunscripción territorial del Callao. El accionado, por su parte, sostiene que no se ha realizado una modificación significativa del Reglamento Nacional de Administración y Transporte en cuanto a la definición o los alcances del servicio de transporte terrestre de mercancías, puesto que el mismo ya era considerado como un servicio de ámbito nacional y, por ende, la competencia para su regulación correspondía al gobierno central (artículo 3.68), y era necesario precisar que las autorizaciones que otorga el MTC facultan además a prestar el servicio en el ámbito regional y provincial (artículo 49.11), por cuanto se realizará en diferentes lugares del territorio, sea dentro de una provincia o región o entre regiones de nuestro país, no requiriéndose autorizaciones adicionales para la prestación en los referidos ámbitos.
 15. A juicio de este Tribunal, con la emisión del decreto supremo supuestamente viciado de incompetencia, el MTC ha determinado que el servicio de transporte de mercancías es de ámbito nacional, lo cual resulta coherente con la distribución de competencias establecido *supra*. Tal definición no puede permitir, como denuncia el Gobierno Regional del Callao, el ejercicio de una competencia exclusiva por parte del gobierno nacional, sino mantiene su carácter de competencia compartida con los gobiernos regionales. De esta forma, se respeta la relación de cooperación y coordinación que debe existir entre gobierno nacional y gobiernos regionales. Así, el servicio de transporte terrestre de mercancías se puede realizar

en los ámbitos regional y provincial, no admitiéndose que se reconozca como válida la naturaleza exclusiva y restrictiva de competencias a favor del Poder Ejecutivo.

16. De otro lado, si bien la nueva normatividad fija que se prestarán los servicios de transporte terrestre de mercancía sin requerirse autorizaciones adicionales para la prestación dentro del ámbito regional, ello debe entenderse que se refiere a aquellas unidades que realizan el transporte nacional. Sin embargo, cuando el transporte se refiere exclusivamente a un ámbito territorial subnacional, la autorización sí puede ser brindada por el correspondiente gobierno regional, de conformidad con el artículo 56.g de la Ley 27867, Orgánica de Gobiernos Regionales.
17. Por esta razón, el Gobierno Regional del Callao mantiene la competencia de controlar los planes correspondientes en materia de transportes de la región, de conformidad con las políticas nacionales y los planes sectoriales (artículo 56.a de la Ley 27867, Orgánica de Gobiernos Regionales). En vista del reconocimiento de competencias compartidas entre los dos niveles de gobiernos, debe entenderse que la Ordenanza Regional 0012 es complementaria de la legislación vigente en materia de transporte terrestre, específicamente, respecto de las mercancías.

361

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.

URVIOLA HANI

MIRANDA CANALES

RAMOS NUÑEZ

SARDÓN DE TABOADA

LEDESMA NARVÁEZ

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

EXP. N.º 00001-2014-PCC/TC
LIMA
GOBIERNO REGIONAL DEL CALLAO

VOTO DEL MAGISTRADO BLUME FORTINI

En la fecha, 24 de agosto de 2015, emito el presente voto adhiriéndome, por las razones expresadas en ella, a la sentencia aprobada el 30 de julio de 2015.

Sr.
BLUME FORTINI

Sentencia 00005-2013-PCC/TC

Proceso de conflicto competencial promovido por la Municipalidad Distrital de Jesús María contra la Municipalidad Metropolitana de Lima. El Tribunal declaró fundada la demanda.

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 7 de setiembre de 2015

Resumen: El Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda de conflicto de competencias sobre el Parque de los Próceres que oponía a la Municipalidad Distrital de Jesús María con la Municipalidad Metropolitana de Lima.

El conflicto giraba en torno a que se declare al ente competente para administrar el predio denominado Área Remanente de Bosque de los Terrenos Urbanización de la Escuela de Agricultura y Veterinaria del Fundo Santa Beatriz, también conocido como Parque de los Próceres.

363

En primer lugar, el Tribunal determinó la naturaleza del predio en cuestión, concluyendo que tiene la calidad de un bien de dominio público destinado a uso público, bajo la forma de bosque físicamente comprendido en área de vías públicas y parques, y no la de un bien de dominio privado (isla rústica), por lo que la administración que realice el gobierno local competente debe ser respetuosa de sus características de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, pudiendo excepcionalmente ser concedida a particulares para su aprovechamiento económico. Asimismo, sus titulares se encuentran facultados para adoptar medidas reglamentarias, de tutela o de conservación a fin de garantizar la preservación de su finalidad pública.

Luego de realizar un análisis de competencias de las municipalidades involucradas, el Tribunal determinó que la competencia para administrar el predio recae en la Municipalidad Distrital de Jesús María, la cual se encuentra obligada a enmarcar el ejercicio autónomo de dicha competencia dentro de lo dispuesto por las normas técnicas que regulan este tipo de bienes.

Por último, el Tribunal consideró que, si bien la Municipalidad Metropolitana de Lima –al igual que el resto de gobiernos regionales y municipalidades provinciales–

tiene reconocida la potestad-deber de supervisar la adecuada administración de los bienes de dominio público a cargo de las municipalidades distritales que se encuentren bajo su jurisdicción, ello no la faculta para imponer sanciones administrativas a la Municipalidad de Jesús María, por lo que declaró la nulidad de los actos viciados de incompetencia mediante los cuales se sancionó a la municipalidad recurrente.

Temas Claves: Competencias municipales.

PLENO JURISDICCIONAL

Expediente 0005-2013-PCC/TC

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Del 11 de junio de 2015

Caso Parque de los Próceres

MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE JESÚS MARÍA C. MUNICIPALIDAD METROPOLITANA DE LIMA

Asunto

Demanda de conflicto por las competencias sobre el Parque de los Próceres.

Magistrados firmantes:

SS.

MIRANDA CANALES

BLUME FORTINI

RAMOS NUÑEZ

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

365

TABLA DE CONTENIDOS

I. CUESTIONES PRELIMINARES.....	3
A. PETITORIO CONSTITUCIONAL.....	3
B. DEBATE CONSTITUCIONAL	3
B-1. Demanda.....	3
B-2. Contestación de la demanda.....	4
C. FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS.....	4
II. FUNDAMENTOS.....	5
A. EXAMEN SOBRE EL PARQUE DE LOS PRÓCERES.....	5

B. EXAMEN SOBRE LAS COMPETENCIAS DE LAS MUNICIPALIDADES INVOLUCRADAS	9
B-1. Administración.....	9
B-2. Supervisión.....	11
III. FALLO	15

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 11 días del mes de junio de 2015, el Tribunal Constitucional, en sesión del Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Urviola Hani, presidente; Miranda Canales, vicepresidente; Blume Fortini, Ramos Nuñez, Sardón de Taboada y Espinoza Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, con los votos singulares de los magistrados Urviola Hani y Sardón de Taboada que se agregan, y sin la intervención de la magistrada Ledesma Narváez por encontrarse con licencia el día de la audiencia pública.

I. CUESTIONES PRELIMINARES

366

A. PETITORIO CONSTITUCIONAL

La Municipalidad Distrital de Jesús María, representada por su alcalde, interpuso una demanda de conflicto competencial, con fecha 17 de setiembre de 2013, contra la Municipalidad Metropolitana de Lima, planteando el siguiente *petitum*:

- Declarar la incompetencia de la demandada para administrar el predio denominado Área Remanente de Bosque de los Terrenos Urbanización de la Escuela de Agricultura y Veterinaria del Fundo Santa Beatriz; y, en consecuencia, declarar la competencia de la demandante para administrar y efectuar obras sobre dicho predio.
- Como pretensión accesoria, declarar la nulidad de las Resoluciones de Sanción 01M33703, 01M332916, 01M334263, 01M334264, y las Resoluciones Gerenciales 0470, 0471, 0472 y 0473-2013-MML-GFC mediante las cuales la municipalidad accionada sancionó a la demandante.

B. DEBATE CONSTITUCIONAL

La accionante y la demandada postulan una serie de razones o argumentos sobre la atribución de competencias para la administración del inmueble.

B-1. DEMANDA

La demanda se sustenta en los siguientes argumentos:

- Que conforme fue admitido por la propia accionada -mediante Oficio 2538-2010-MML-GDU-SPHU- y por la Superintendencia Nacional de Registros Públicos (Sunarp)-a través de la Esquela de Observación 2012-00697926- el inmueble materia de la presente controversia no contaría con la condición de parque o área verde afectada para uso público, pues tratándose de un área remanente de bosques de terrenos urbanizados, debería ser considerado como terreno rústico -específicamente una isla rústica-. Así, la accionante contaría con autonomía para el ejercicio de competencias en su circunscripción.
- Que a pesar de ello, la entidad accionada habría sancionado indebidamente a la demandante en cuatro oportunidades por infracción a la Ordenanza 984-MML, al considerar que con la habilitación de la construcción de una estación de bomberos, piscina, oficinas, viveros, entre otros, se estaría llevando a cabo actividades en áreas de uso público que afectarían la vegetación. Ello sin tener en cuenta la real condición del predio en controversia.

B-2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

367

La defensa asumida en el presente proceso le ha correspondido al Procurador Público Municipal de la Municipalidad Metropolitana de Lima en mérito del acuerdo de Concejo 882, de fecha 17 de junio de 2014, quien contesta la demanda negándola y contradiciéndola sobre la base de los siguientes argumentos:

- Que el Tribunal Registral, mediante Resolución 1304-2013-SUNARP-TR—L, habría determinado que el bien en cuestión es un área de bosques de dominio público, condición que tampoco habría sido modificada por la demandante, por lo que de conformidad con el artículo 159.4 de la Ley 27972, Orgánica de Municipalidades, la accionada no se estaría atribuyendo facultad alguna de administración, sino que estaría ejerciendo la potestad fiscalizadora que la referida norma le reconoce respecto del predio en cuestión (zona de recreación pública o área verde pública).
- Que asimismo, las sanciones aplicadas a la municipalidad demandante resultarían acordes con lo dispuesto en las Ordenanzas 1017-2007-MML, que reconoció la categoría de zona de recreación pública al área en controversia; y, 525-2003, que precisó que en dicho inmueble no se podían desarrollar obras ajenas a la recreación o reserva ambiental y que cualquier obra por mejoras no podría disminuir el porcentaje total de área verde existente en el perímetro. Sin perjuicio

de ello, alega que la vía para cuestionar dichas resoluciones administrativas sería la del proceso contencioso administrativo.

C. FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS

Determinada la posición de las partes del proceso, es preciso que el Tribunal Constitucional defina los temas a desarrollar a lo largo de la presente sentencia

- Ante todo debe determinarse cuál es la naturaleza del predio en cuestión.
- ¿Qué competencias recaen sobre el inmueble en controversia?
 - ¿La demandante se encuentra facultada para administrar el bien?
 - ¿Es competencia de la demandada supervisar y sancionar tales actos de administración?

II. FUNDAMENTOS

1. De los argumentos expuestos por las partes, este Colegiado advierte que el establecimiento de las competencias que corresponden a las municipalidades que son parte en el presente proceso, se encuentran determinadas por el carácter del predio. Así, el examen inicial se centrará en establecer si el inmueble en discusión es un bien de dominio público (bosque o área verde pública) -como expresa la accionada-, o privado (isla rústica) -como alega la accionante-. Sólo después se podrá establecer qué tipo de potestad(es) recaen sobre el predio y a qué órgano(s) les compete su ejercicio.

368

A. EXAMEN SOBRE LA NATURALEZA DEL BIEN DENOMINADO PARQUE DE LOS PRÓCERES

2. Cabe indicar en primer lugar que la controversia del presente proceso recae sobre el predio inscrito en la Partida Electrónica 11973417 del Registro de Propiedad Inmueble de los Registros Públicos de Lima, correspondiente al 'Área remanente de bosques de los terrenos urbanizados de la Escuela de Agricultura y Veterinaria del Fundo Santa Beatriz de la ciudad de Lima' -también denominado Parque de los Próceres-, cuya área es de 65.454,00 metros cuadrados.
3. Ahora bien, el artículo 195.3 de la Constitución reconoce en general la competencia de los gobiernos locales para administrar los bienes y rentas municipales. A partir de este precepto constitucional, el respectivo bloque de constitucionalidad establece que dichos bienes forman parte del patrimonio municipal, el cual es administrado por cada municipalidad en forma autónoma, con las

garantías y responsabilidades de ley (artículo 55 de la Ley 27972, Orgánica de Municipalidades). Se consideran bienes municipales a aquellos muebles e inmuebles de propiedad de la municipalidad (artículo 196.1 de la Constitución), aquellos de uso público destinados a servicios públicos locales, y en general todos los bienes adquiridos -a título oneroso o gratuito-, construidos y/o sostenidos por la municipalidad (artículo 46.a de la Ley 27783, de Bases de la Descentralización, concordante con el artículo 56 de la Ley 27972, Orgánica de Municipalidades).

4. Estos bienes municipales forman parte a su vez de los denominados 'bienes estatales', es decir, aquellos sobre los cuales el Estado o cualquier entidad pública ejerce directa o indirectamente cualquiera de los atributos de la propiedad (Novena Disposición Final de Ley 27785, Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República), y que pueden ser a su vez de dominio privado o de dominio público (artículo 3 de la Ley 29151, General del Sistema Nacional de Bienes Estatales). Es así que, para el caso de los bienes municipales, el artículo 9 tercer párrafo de la Ley 29151, General del Sistema Nacional de Bienes Estatales -de forma coherente con la normatividad acotada *supra*- diferencia entre los bienes municipales *de dominio privado* -en este caso de propiedad y administración de los gobiernos locales- y aquellos de *dominio público* -en los que sólo se delega la administración de estos bienes a dichos gobiernos descentralizados-.
5. En los bienes de dominio privado -no destinados al uso público ni afectos a algún servicio público-, los titulares pueden ejercer el derecho de propiedad con todos sus atributos (artículo 2.2 del Decreto Supremo 007-2008-VIVIENDA, Reglamento de la Ley General del Sistema Nacional de Bienes Estatales), lo cual no implica su regulación por el derecho civil, en tanto existen límites establecidos en las propias normas de descentralización (Leyes 27783, de Bases de la Descentralización, y 27972, Orgánica de Municipalidades). En los bienes de dominio público, en cambio, las facultades de las entidades estatales encargadas de su administración se circunscriben dentro un marco de mayor protección, pues se reconoce como elementos constitucionales de este tipo de bienes, su inalienabilidad (imposibilidad de ser enajenados), su imprescriptibilidad (imposibilidad de derivar de una posesión prolongada derecho de propiedad) y su inembargabilidad (prohibición de ser embargados) (artículo 73 de la Constitución desarrollado en fundamento 29 de la STC 0015-2001-AI/TC y otros), protección que no sólo va dirigida contra hechos o actos ilegítimos procedentes de los particulares, sino contra actos inconsultos provenientes de los propios funcionarios públicos (fundamento 7 de la STC 5420-2008-PA/TC).

6. En el presente caso, este Colegiado descarta la interpretación propuesta por la parte accionante -basada en un análisis parcial del Oficio 2538-2010-MML-GDU-SPHU y de la Esquela de Observación 2012-00697926- y hace suyo el criterio seguido por el Tribunal Registral en la Resolución 1304-2013-SUNARP-TR-L, de fecha 12 de agosto de 2013 (fojas 29 de los anexos de la contestación de la demanda), en tanto parte integrante del Sistema Nacional de Registros Públicos, encargado de definir la validez de los actos registrales en última instancia (artículo 23 de la Ley 26366, de Creación del Sistema Nacional y la Superintendencia de los Registros Públicos), donde se reconoce la condición de bien de dominio público del 'Área remanente de bosques de los terrenos urbanizados de la Escuela de Agricultura y Veterinaria del Fundo Santa Beatriz de la ciudad de Lima', a partir de lo indicado en el Oficio 9428-2006/SBN-GO-JAR, suscrito por la Jefe de Adquisiciones y Recuperaciones de la Superintendencia de Bienes Nacionales, y en el Informe Técnico 0439-2007-SUNARP-Z.R.N°IX/OC, emitido por la Oficina de Catastro de Registros Públicos, y se precisa que dicho inmueble se encuentra físicamente comprendido en área de vías públicas y parques.
7. Sobre el particular, y en desarrollo de lo referido *supra*, este Tribunal tiene establecido que a partir de lo dispuesto en el artículo 73 de la Constitución, los bienes de dominio público -también conocidos como demaniales o simplemente bienes públicos desde la teoría económica, y que pueden encontrarse afectos al servicio público, uso público o al interés nacional- se caracterizan por su inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad (fundamento 29 de la STC 0015-2001-AI/TC y otros). De tal forma que producen efectos positivos sobre quienes no han participado en su transacción (no-exclusión y no-consumo rival); generan externalidades que no pueden llegar a internalizarse en tanto no se puede excluir de los efectos que genera el bien a quienes no intervienen directamente en su financiamiento; y su aprovechamiento no supone que el bien disminuya para los otros agentes económicos.
8. Se justifica que el Estado sea el encargado de producir un bien público para que el mismo se dé en la cantidad requerida por los consumidores toda vez que ante su utilización sin sufragio de costos, dicho bien no se producirá en un nivel óptimo, sino en una cantidad menor a la que se produciría si todos los beneficiarios asumieran dichos costos. Precisamente la existencia de *free riders* o sujetos que no asumen los costos para su aprovechamiento, distorsiona la correcta asignación del bien en el mercado, por lo que se hace necesario que el Estado ejerza una administración tuitiva de estos bienes (fundamentos de la STC 0006-1996-AI/TC), lo cual implica una protección frente a su disposición en un ámbito público, en la búsqueda de la satisfacción de intereses y finalidades públicas.

9. Bajo esa lógica, es posible reconocer hasta tres tipos de bienes de dominio público en general a partir de la finalidad pública que motiva su afectación. (i) En primer lugar, los *bienes destinados al uso público* (fundamento 31 de la STC 0003-2007-PC/TC), cuya administración, conservación y mantenimiento corresponden a una entidad pública y que, según la Constitución, pueden ser concedidos a particulares para su aprovechamiento económico (artículo 33). Dentro de estos bienes encontramos a las vías y áreas públicas, con subsuelo y aires (artículo 56 *in fine* de la Ley 27972, Orgánica de Municipalidades), playas, plazas, parques, infraestructura vial, vías férreas, caminos, entre otros (artículo 2.2 del Decreto Supremo 007-2008-VIVIENDA, Reglamento de la Ley General del Sistema Nacional de Bienes Estatales). En este caso, la entidad pública no ejerce un derecho de propiedad toda vez que su uso comprende el acceso de toda una comunidad. Precisamente este uso comunitario faculta a sus titulares para intervenir administrativamente, sea con medidas reglamentarias, de tutela o de conservación, en garantía de la preservación de su finalidad pública. La regla general es que el bien sea administrado por la entidad pública titular y de manera excepcional por el concesionario o la persona natural que cuente con el permiso o autorización correspondiente. (ii) En segundo lugar están los *bienes que sirven de soporte para la prestación de cualquier servicio público* (fundamento 31 de la STC 0003-2007-PC/TC), como los palacios, sedes gubernativas e institucionales, escuelas, hospitales, estadios, aportes reglamentarios, bienes reservados y afectados en uso a la defensa nacional, establecimientos penitenciarios, museos, cementerios, puertos, aeropuertos, entre otros (artículo 2.2 del precitado Decreto Supremo 007-2008-VIVIENDA). Sobre ellos el Estado también ejerce su potestad administrativa, reglamentaria y de tutela, pues éste debe garantizar el acceso a los servicios públicos de manera general y directa, siendo que en el caso específico de los gobiernos locales, la Constitución reconoce su competencia para organizar, reglamentar y administrar los servicios públicos de su responsabilidad (artículo 195.5). Por lo general, las entidades públicas son administradoras y usuarias de este tipo de bienes inmuebles. (iii) Finalmente, también se incluyen dentro de los bienes de dominio público a aquellos que -sin integrar las anteriores categorías- se encuentran destinados al cumplimiento de los fines de responsabilidad estatal, o cuya concesión compete al Estado (artículo 2.2 del precitado Decreto Supremo 007-2008-VIVIENDA).
10. De lo hasta ahora expuesto, cabe reiterar que para este Tribunal el 'Área remanente de bosques de los terrenos urbanizados de la Escuela de Agricultura y Veterinaria del Fundo Santa Beatriz de la ciudad de Lima' -también denominado Parque de los Próceres- tiene la calidad de un bien de dominio público destinado

a un uso público bajo la forma de bosque físicamente comprendido en área de vías públicas y parques, y no la de un bien de dominio privado (isla rústica), por lo que su administración por parte del gobierno local competente -conforme se determinará *infra*- deberá ser respetuosa de sus características de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad precisadas *supra*, pudiendo excepcionalmente ser concedida a particulares para su aprovechamiento económico. Asimismo, sus titulares se encuentran facultados para adoptar medidas reglamentarias, de tutela o de conservación a fin de garantizar la preservación de su finalidad pública.

B. EXAMEN SOBRE LAS COMPETENCIAS DE LAS MUNICIPALIDADES INVOLUCRADAS

11. Definida la naturaleza del predio objeto del presente proceso competencial, es preciso establecer qué competencias pueden recaer sobre él. Si bien ambas partes coinciden en señalar que la Municipalidad Distrital de Jesús María ostentaría la administración del inmueble en controversia, no ocurre lo mismo con la 'potestad fiscalizadora' cuya titularidad es alegada por la parte accionada. En ese sentido, este Tribunal considera necesario determinar en primer lugar, si -en efecto- la accionante es la entidad encargada de la administración del bien así como los alcances y límites al ejercicio de esta competencia, y en segundo lugar, si la accionada ostenta alguna potestad de supervisión o fiscalización respecto a los actos de administración que realice la accionante sobre el bien en controversia.

372

B-1. ADMINISTRACIÓN

12. Sobre el particular, el artículo 8 de la Ley 29151, General del Sistema Nacional de Bienes Estatales reconoce a los gobiernos locales y sus empresas -dada su condición de entes integrantes del Sistema Nacional de Bienes Estatales- como entidades competentes para administrar y disponer de bienes estatales. En esa misma lógica, y con mayor precisión el artículo 41 del Decreto Supremo 007-2008-VI-VIENDA, Reglamento de la Ley General del Sistema Nacional de Bienes Estatales, dispone que la administración, conservación y tutela de los bienes de dominio público compete a las entidades responsables del uso público del bien o de la prestación del servicio público, según corresponda. Criterio que, para el caso de las áreas verdes de uso público bajo administración municipal, fue recogido anteriormente en el artículo 1 de la Ley 26664, norma que si bien remite a las competencias en materia de saneamiento ambiental, recreación, entre otras, establecidas en la Ley 23853, anterior Ley Orgánica de Municipalidades, se encuentra aún vigente y establece que la promoción, organización, administración,

desarrollo y mantenimiento de estas áreas intangibles, inalienables e imprescriptibles, es competencia exclusiva de cada municipalidad distrital o provincial, en el ámbito de su circunscripción.

13. Así, habiéndose establecido que el 'Área remanente de bosques de los terrenos urbanizados de la Escuela de Agricultura y Veterinaria del Fundo Santa Beatriz de la ciudad de Lima' es un bien de dominio público destinado a un uso público bajo la forma de bosque físicamente comprendido en área de vías públicas y parques, y teniendo en cuenta que la partida registral correspondiente -Partida 1197341, obrante a fojas 27 de los anexos de la contestación de demanda- reconoce que dicho inmueble se encuentra dentro de la jurisdicción de la Municipalidad Distrital de Jesús María (artículo 3 de la Ley 27972, Orgánica de Municipalidades), este Tribunal asume que la administración del área en controversia -conocido como Parque de los Próceres- le corresponde a dicho gobierno local, en su calidad de ente responsable del uso público del bien.
14. Sin perjuicio de ello, conviene precisar que la propia Ley 29151, General del Sistema Nacional de Bienes Estatales entiende como actos de administración a aquellos a través de los cuales el Estado -representado por diversas entidades públicas como los gobiernos locales- ordena el uso y aprovechamiento de los bienes estatales (artículo 4). En ese sentido, y a partir del bloque de constitucionalidad que desarrolla la materia, el Tribunal Constitucional identifica por lo menos tres límites a los actos de administración de bienes estatales de dominio público por parte de los gobiernos locales: (i) Todo acto de administración de un bien estatal debe ser respetuoso de las normas técnicas que regulan este tipo de bienes (artículo 10.3 de la Ley 27783, de Bases de Descentralización). (ii) Si bien se reconoce la autonomía de estas entidades en la administración del patrimonio municipal, tales actos deben ser acordes con lo dispuesto en su norma rectora -Ley 27972, Orgánica de Municipalidades- es decir, ejercido con las garantías y responsabilidades de ley y en estricta observancia de sus caracteres de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad (artículo 9 de la Ley 29151, General del Sistema Nacional de Bienes Estatales, en concordancia con el artículo 55 de la precitada Ley 27972). (iii) Las entidades públicas competentes tienen el deber de otorgar un uso eficiente y aprovechamiento económico y/o social a estos bienes, conforme a los procedimientos establecidos en la ley y atendiendo a sus fines, objetivos institucionales (artículo 18), y a la generación de un bienestar general (artículo 44 de la Constitución) sobre las personas que hagan uso público del bien.
15. La naturaleza de esta competencia en el presente caso significa, por ejemplo, otorgar valor a los elementos presentes en el área y asignarlos de tal manera que

el uso que se le dé suponga el aprovechamiento de toda la colectividad a la cual se dirige, cuantificar los bienes dentro del bosque y determinar el grado de protección que corresponde a cada uno según el nivel asignado.

16. En consecuencia, cabe precisar a la Municipalidad Distrital de Jesús María que si bien la normativa le ha reconocido la titularidad de la administración del área en controversia -en su calidad de ente responsable del uso público del bien-, ésta se encuentra asimismo obligada a enmarcar el ejercicio autónomo de dicha competencia dentro de lo dispuesto por las normas técnicas que regulan este tipo de bienes; las características de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad; y el uso eficiente y aprovechamiento económico y/o social a los que deben ser destinados en atención a sus fines, objetivos institucionales y a la generación de un bienestar general sobre las personas que hagan uso público del bien.

B-2. SUPERVISIÓN

17. Habiéndose establecido el carácter autónomo de la competencia de administración de los bienes estatales así como los límites a los que se encuentra sujeta, corresponde ahora determinar a qué entidad le ha sido encargada la labor de supervisar que los entes públicos que tienen bienes de dominio público bajo su administración, respeten tales límites en el ejercicio de sus competencias.
18. En general, el artículo 199 de la Constitución señala que la labor de los gobiernos regionales y locales es fiscalizada “por sus propios órganos de fiscalización y por los organismos que tengan tal atribución por mandato constitucional o legal”, reconociendo además su sujeción “al control y supervisión de la Contraloría General de la República, la que organiza un sistema de control descentralizado y permanente (...)”.
19. En cumplimiento de este mandato constitucional, la Ley 29951, General del Sistema Nacional de Bienes Estatales, establece a la Superintendencia Nacional de Bienes Estatales (SBN) como el ente rector del sistema (artículo 13), reconociendo como una de sus funciones la de supervisar los bienes estatales, así como el cumplimiento del debido procedimiento y de los actos que ejecuten las entidades pertenecientes a dicho sistema (artículo 14.1.d) -dentro de las cuales se encuentran de forma explícita los gobiernos locales (artículos 8 y 9 cuarto párrafo)-. De determinarse infracciones a la normatividad, dicha Superintendencia, pondrá las mismas en conocimiento de la entidad pública correspondiente y de la Contraloría General de la República, para las acciones correctivas y sanciones respectivas, bajo responsabilidad del titular de la entidad pública. A su turno, los artículos 9.2.e y 41 del Reglamento de la precitada ley (Decreto Supremo

007-2008-VIVIENDA), reconocen que la SBN -en ejercicio de sus funciones de supervisión- es la encargada de “determinar la existencia de infracciones en la ejecución de los actos de administración, adquisición, disposición y registro de los bienes estatales contenidas en la Ley, el Reglamento y demás normas complementarias y conexas”, y de supervisar el carácter inalienable e imprescriptible de los bienes de dominio público, para lo cual correrá traslado de las mismas a la entidad pública correspondiente y a la Contraloría General de la República, sin perjuicio de las acciones que considere pertinente adoptar para la defensa de los bienes estatales.

20. De ello se desprende que en principio la entidad competente para la supervisión y control de los actos de administración de los bienes estatales en general y de los bienes de dominio público en particular es la Superintendencia Nacional de Bienes Estatales, la misma que en ejercicio de dicha función está habilitada para determinar la existencia de infracciones en la ejecución de estos actos, cuando por ejemplo, los gobiernos locales efectúen un uso contrario a las normas técnicas que regulan los bienes estatales, actúen al margen de lo dispuesto en la Ley 27972, Orgánica de Municipalidades, den un uso contrario a la inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad que caracteriza a estos bienes, o en todo caso, realicen un uso ineficiente o aprovechamiento económico y/o social incongruente con los fines u objetivos institucionales o el bienestar general al que debe propender el uso de un bien de dominio público. Para tal efecto, puede adoptar las medidas que considere conducentes a la defensa de los bienes estatales.
21. De otro lado, y a partir de lo expuesto en la contestación de la demanda, este Colegiado considera necesario analizar si en efecto la Municipalidad Metropolitana de Lima -sea por su régimen especial o no- cuenta con alguna potestad para supervisar, fiscalizar e incluso sancionar a las municipalidades distritales que se encuentren dentro de su jurisdicción en el ejercicio de los actos de administración que estas efectúen sobre los bienes de dominio público a su cargo.
22. Sobre la condición de la Municipalidad Metropolitana de Lima, cabe precisar en primer lugar que el artículo 198 de la Constitución reconoce a la capital de la República un “régimen especial en las leyes de descentralización y en la Ley Orgánica de Municipalidades” en tanto ésta -a pesar de su condición de municipalidad provincial- no integra ninguna región (carácter *sui generis* antes reconocido por este Colegiado en la STC 0012-2003-CC/TC y STC 0046-2004-PI/TC). En ese sentido, el artículo 33 *in fine* de la Ley 27783, de Bases de Descentralización establece que “toda mención contenida en la legislación nacional que haga referencia a los gobiernos regionales, se entiende también hecha a dicha municipalidad,

en lo que resulte aplicable”. Es así que la Municipalidad Metropolitana de Lima además de ser una municipalidad provincial cuenta con algunas competencias propias de los gobiernos regionales.

23. Ahora bien, respecto a las facultades de supervisión por parte de los gobiernos regionales o municipalidades provinciales en general sobre los actos de administración de los bienes de dominio público que realicen las municipalidades distritales encargadas, la propia Ley 29951, General del Sistema Nacional de Bienes Estatales en su artículo 11 admite la posibilidad de una actuación coordinada entre la SBN -ente rector- y las entidades públicas que integran el sistema -como es el caso de los gobiernos descentralizados en general-, al disponer que estos: “realizarán los actos de adquisición, administración, disposición, registro y supervisión de los bienes estatales, de acuerdo con lo dispuesto por la presente Ley y su reglamento”. En esa lógica, el Reglamento resulta más explícito, al establecer que “la supervisión de la SBN sobre los bienes de dominio público comprende también las acciones que en conjunto pueda promover con las entidades responsables de la administración, conservación y tutela de los bienes de dominio público tendientes al ejercicio efectivo del uso o servicio público” (artículo 41-A del Decreto Supremo 007-2008-VIVIENDA).
24. En tal contexto, si bien no se advierte una disposición que reconozca de forma explícita y general una potestad de supervisión de tal naturaleza a favor de los gobiernos regionales o las municipalidades provinciales, de lo previsto en el artículo 11 de la Ley 29951, General del Sistema Nacional de Bienes Estatales, concordante con el artículo 41-A de su reglamento, se puede desprender una interpretación en ese sentido, toda vez que la *ratio legis* de dichas disposiciones -conforme se aprecia de la parte considerativa del Decreto Supremo 017-2009-VIVIENDA, que modifica varias disposiciones del referido Decreto Supremo 007-2008-VIVIENDA- consiste en garantizar a los ciudadanos un ejercicio efectivo y eficiente del uso o servicio público al que se encuentran destinados o afectos este tipo de bienes.
25. Una interpretación en ese sentido resulta asimismo acorde con los principios de unidad del Estado (artículos 43, 189, entre otros de la Constitución) -específicamente en su ámbito de cooperación y lealtad regional y local- y efecto útil y poderes implícitos que integran el denominado test de competencia (desarrollados en fundamentos 34 y 75 de la STC 0020-2005-PI/TC). Y es que por un lado, todo gobierno descentralizado goza de autonomía en el ejercicio de sus competencias incluso para realizar aquellas que no resulten explícitas en la ley o la Constitución, pero que sean consustanciales al ejercicio de las previstas expresamente (poderes implícitos), o constituyan una directa manifestación de

los principios que los rigen (artículos 188, 192.10 y 195.10 de la Constitución), y de otro, tienen -además de la obligación genérica de respetar la Constitución y las leyes que por su encargo limitan su actuación competencial- la obligación específica de cooperar con el cumplimiento de los fines del gobierno nacional y los demás gobiernos descentralizados.

26. En esa lógica, este Tribunal entiende que el poder implícito de los gobiernos regionales y de las municipalidades provinciales para realizar la supervisión de los actos de administración de los bienes de dominio público que efectúen las municipalidades distritales encargadas, se desprende de varias disposiciones, entre ellas, el artículo 49.1 de la Ley 27783, de Bases de Descentralización en cuanto dispone que el gobierno nacional y los gobiernos descentralizados “mantienen relaciones de coordinación, cooperación y apoyo mutuo, en forma permanente y continua, dentro del ejercicio de su autonomía y competencias propias, articulando el interés nacional con los de las regiones y localidades”; los artículos 5 y 11 de la Ley 29951, General del Sistema Nacional de Bienes Estatales, y 41-A de su respectivo reglamento, que habilitan a la SBN para coordinar acciones de supervisión con los gobiernos descentralizados -en general- a fin de garantizar una administración ordenada, simplificada y eficiente de los bienes estatales; y de manera más específica, lo dispuesto en el artículo 62 de la Ley 27867, Orgánica de Gobiernos Regionales, que de alguna forma acoge el criterio referido *supra* al reconocer a estos gobiernos descentralizados la potestad de establecer mecanismos de fiscalización de los bienes de propiedad estatal, con excepción de los de propiedad de los gobiernos locales y del gobierno nacional, y limitando su ejercicio respecto a sus labores de adjudicación o administración de terrenos de propiedad del Estado. De ello se desprende entonces no sólo una potestad supervisora, sino también el deber que tienen los gobiernos regionales y las municipalidades provinciales de velar por el adecuado ejercicio de la administración de los bienes estatales en general.
27. Como resulta evidente dicha *potestad-deber* -explicitada en la presente sentencia- no puede llegar a vaciar de contenido la autonomía de las municipalidades distritales (artículo 194 de la Constitución) ni ser contraria a la legislación específica que regula los bienes estatales, por lo que en su ejercicio, dichas entidades deberán remitir a la Superintendencia Nacional de Bienes Estatales, la documentación sustentatoria de las presuntas infracciones advertidas en la ejecución de los actos de administración de los bienes de dominio público a cargo de determinada municipalidad distrital, a fin de que sea dicha Superintendencia, la que finalmente determine la existencia o no de tales infracciones (a partir del criterio establecido en los artículos artículo 14.1.d de la referida Ley 29151, y los artícu-

los 9.2.e y 41 de su Reglamento). Asimismo, y de forma análoga a lo dispuesto en el referido artículo 62 de la Ley 27867, Orgánica de Gobiernos Regionales, la potestad supervisora no podrá recaer sobre los bienes de dominio privado de la municipalidad distrital, es decir, sobre los bienes de su propiedad.

28. De otro lado, y teniendo en cuenta que ni el propio ente rector del Sistema Nacional de Bienes Estatales se encuentra facultado para imponer sanciones de forma directa a las entidades públicas que desarrollen una inadecuada administración de los bienes de dominio público, sino que sólo puede poner estos actos en conocimiento de la entidad pública correspondiente y de la Contraloría General de la República, para las acciones correctivas y sanciones respectivas (artículo 14.1.d de la Ley 29151), tampoco corresponde reconocer una facultad de este tipo a los gobiernos regionales o a las municipalidades provinciales, los cuales si bien tienen reconocida una potestad sancionadora frente al incumplimiento de las normas con rango de ley que emiten en el ejercicio de sus competencias -como se advierte del artículo 46 de la Ley 27972, Orgánica de Municipalidades, entre otras- no se encuentran directa (principio de taxatividad) ni indirectamente (principio de efecto útil y poderes implícitos) habilitados por la ley, para ejercer una potestad sancionadora en estos casos. Aún cuando podría ser adoptado por el legislador como un mecanismo idóneo y efectivo para el adecuado control de la correcta administración de los bienes estatales, admitir una potestad sancionadora de esta naturaleza implicaría desconocer el principio de legalidad que rige la actividad administrativa en general (artículo IV.1.1 del Título Preliminar de la Ley 27444, del procedimiento Administrativo General) y la potestad administrativa sancionadora en particular (artículo 230.1 de la misma ley).
29. En el caso de autos, si bien la Municipalidad Metropolitana de Lima -al igual que el resto de gobiernos regionales y municipalidades provinciales- tiene reconocida la *potestad-deber* de supervisar la adecuada administración de los bienes de dominio público a cargo de las municipalidades distritales que se encuentren bajo su jurisdicción, ello no la faculta para imponer sanciones administrativas a la Municipalidad de Jesús María conforme se indicó *supra*, de tal manera que, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 113 del Código Procesal Constitucional, este Tribunal procede a anular los actos viciados de incompetencia, que en el presente caso están representados por las Resoluciones de Sanción 01M33703, 01M332916, 01M334263, 01M334264, y las Resoluciones Gerenciales 0470, 0471, 0472 y 0473-2013-MML-GFC, declarando fundada la demanda en este extremo.
30. Sin perjuicio de ello, cabe precisar finalmente que si bien la accionada alega que las referidas resoluciones administrativas de sanción fueron emitidas en ejercicio

de su competencia en materia de preservación del medio ambiente y conservación de las áreas verdes (artículos 159.4.1 y 159.4.2 de la Ley 27972, Orgánica de Municipalidades), este Colegiado considera que sin desconocer la competencia invocada -reconocida además por los artículos 192.7 y 195.8 de la Constitución a todos los gobiernos descentralizados-, ésta no puede ser ejercida al margen de la legislación nacional que regula de forma específica las competencias que pueden recaer sobre los bienes estatales en general y los bienes de dominio público en particular como el inmueble materia de la presente controversia.

III. FALLO

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

HA RESUELTO

Declarar **FUNDADA** la demanda competencial interpuesta. En consecuencia, declarar

1. **FUNDADA** respecto a la competencia de la Municipalidad Distrital de Jesús María para administrar el predio en cuestión.
2. **FUNDADA** respecto a la competencia de la Municipalidad Distrital de Jesús María para efectuar obras y administrar las mismas en el inmueble, siempre que éstas no desnaturalicen su condición de bien de dominio público afectado a un uso público y que pueden ser materia de supervisión por la Municipalidad Metropolitana de Lima.
3. **FUNDADA** respecto al pedido de declarar la nulidad de las Resoluciones de Sanción 01M33703, 01M332916, 01M334263, 01M334264, y las Resoluciones Gerenciales 0470, 0471, 0472 y 0473-2013-MML-GFC.
4. **REMITIR** copias de lo actuado a la Superintendencia Nacional de Bienes Estatales para que actúe conforme a sus atribuciones.

379

Publíquese y notifíquese.

SS.

MIRANDA CANALES

BLUME FORTINI

RAMOS NUÑEZ

ESPINOSA SALDAÑA BARRERA

EXP. N.º 000005-2013-PCC/TC
CASO PARQUE DE LOS PRÓCERES

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO SARDON DE TABOADA

Discrepo de lo resuelto por mis distinguidos colegas magistrados, en el sentido de estimar la pretensión contenida en la demanda presentada por la Municipalidad Distrital de Jesús María. A mi criterio, la demanda es infundada, por las razones que presento a continuación.

La Municipalidad Distrital de Jesús María ha construido casetas para bomberos y otras obras en el Parque de los Próceres, que está bajo su administración. La Municipalidad Metropolitana de Lima la ha multado por estar afectando su carácter de área verde de dominio público.

380

La sentencia en mayoría reconoce que la Municipalidad Metropolitana de Lima tiene competencia para supervisar la administración de dicho parque por parte de la Municipalidad Distrital de Jesús María. Sin embargo, anula tales multas, recurriendo a una argumentación equivocada.

A mi criterio, la decisión de la mayoría implica desconocer que la Municipalidad Metropolitana de Lima ha ejercido las competencias que le da la Ley N.º 27972, Ley Orgánica de Municipalidades —la cual, por demás, es consistente con la Constitución. En su artículo 159º, numeral 4.2, dicha ley establece lo siguiente:

“Son competencias y funciones de la alcaldía metropolitana: 4.2. Conservar y acrecentar las áreas verdes de la metrópoli.”

Por tanto, la Municipalidad Metropolitana de Lima puede hacer lo que ha hecho. Si no pudiera multar a la municipalidad distrital que destruye áreas verdes, la Municipalidad Metropolitana de Lima no podría cumplir con su responsabilidad de conservar las áreas verdes de la metrópoli.

El proyecto señala que la Superintendencia de Bienes Nacionales no puede multar a la entidad que incumple con administrar correctamente un bien público. De ello, infiere que la Municipalidad Metropolitana de Lima tampoco puede hacerlo. Sin embargo, esta inferencia es equivocada.

No cabe equiparar a las municipalidades con la Superintendencia de Bienes Nacionales. Las municipalidades son instituciones que tienen reconocimiento constitucional; tal Superintendencia, no. Por tanto, al compaginarse las competencias de unas y otra, no debe perderse de vista la posición que tienen dentro del ordenamiento jurídico.

Si de asuntos locales se trata, que la Superintendencia de Bienes Nacionales no pueda multar a la Municipalidad Distrital de Jesús María no significa que la Municipalidad Metropolitana de Lima tampoco pueda hacerlo, como erróneamente argumenta la sentencia en mayoría.

Finalmente, el proyecto contiene una discusión sobre la naturaleza económica –y una clasificación– de los bienes públicos (fundamentos 7, 8 y 9). Dicha discusión es irrelevante para resolver el tema de fondo aquí planteado. Haríamos bien en el Tribunal Constitucional en incluir menos *obiter dictum* y prestarle más atención al caso concreto.

Por tanto, estimo que la demanda se debe declarar **INFUNDADA**.

SARDÓN DE TABOADA

EXP. N.º 000005-2013-PCC/TC

LIMA

MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE JESÚS MARÍA

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO URVIOLA HANI

Con el debido respeto por la opinión de mis colegas magistrados, emito el presente voto singular, pues, a mi juicio, la presente demanda debe ser desestimada por las razones que expongo a continuación.

Delimitación del asunto litigioso

1. Según se advierte de autos, el asunto litigioso radica en determinar si, como lo aduce la Municipalidad Distrital de Jesús María, la Municipalidad Metropolitana de Lima carece de competencia para administrar el Parque de Los Próceres debido que es un bien de dominio privado, por lo que las sanciones decretadas por ella son nulas; o si, por el contrario, la demandada simplemente está ejerciendo sus facultades fiscalizadora y sancionadora de conformidad con lo previsto en la Ley n.º 27972, Orgánica de Municipalidades, en aras de velar por el mantenimiento de dicho bien de dominio público como zona de recreación pública o área verde pública.
2. No está en discusión si, a fin de cuentas, las construcciones realizadas por la Municipalidad Distrital de Jesús María en el referido parque benefician o no al vecindario, o si tienen el respaldo de los vecinos que residen en dicho distrito, en la medida que el objeto del presente proceso es dilucidar un conflicto positivo de competencias planteado por dicha comuna distrital respecto de la administración de dicho parque.
3. En líneas generales, la demandante refiere que, tratándose de un bien de dominio privado, puede disponer del mismo de acuerdo a su libre albedrío, conforme a lo establecido en el Código Civil; sin embargo, ello ha sido refutado por la emplazada, quien refiere que el citado predio es un bien de dominio público destinado al uso público y que si bien ha venido sancionándola por haber incurrido en infracciones expresamente tipificadas como tales, concretamente, por haber reducido las áreas verdes del citado parque, solamente se ha limitado a actuar de acuerdo con sus competencias.

Análisis del caso en concreto

4. En mi opinión, lo alegado por la Municipalidad Distrital de Jesús María carece de asidero por cuanto el citado predio tiene, materialmente, la cualidad de dominio público, al ser un parque que se encuentra destinado al uso público desde su creación mediante Decreto Ley n.º 18661. Asimismo, tampoco puede soslayarse que de acuerdo con la Ley n.º 27972, Orgánica de Municipalidades, la Municipalidad Metropolitana de Lima tiene competencia para conservar y acrecentar las áreas verdes de la metrópoli, para lo cual se entiende que cuenta con la facultad de fiscalizar y sancionar. Atendiendo a ambas razones, considero que la presente demanda debe ser declarada infundada, al no haberse determinado que la Municipalidad Metropolitana de Lima haya usurpado competencias.
5. Ahora bien, si las sanciones decretadas por la demandada han sido correctamente impuestas o no, es una cuestión que, a la luz de lo antes señalado, no puede ser analizada en el presente proceso. Lo único que se encuentra en discusión es determinar si, en teoría, la emplazada tiene competencia para fiscalizar y, de ser el caso, sancionar a la Municipalidad Distrital de Jesús María por la forma en que regenta el citado parque. De ahí que cualquier eventual objeción sobre la manera puntual en que la Municipalidad Metropolitana de Lima viene ejerciendo tales facultades, deberá ser cuestionada en la vía correspondiente.
6. Finalmente y, sin perjuicio de lo expuesto, cabe precisar que en la STC n.º 000005-2009-PC/TC se ha indicado, en un litigio sustancialmente similar que involucró a las mismas municipalidades litigantes, que si bien es posible desafectar un bien destinado al uso público a fin de adscribirlo a la prestación de un servicio público, ello no puede ser realizado unilateralmente por la municipalidad distrital, por lo que en su momento dicha demanda también fue desestimada.

383

Por tales consideraciones, mi **VOTO** es porque la demanda sea declarada **INFUNDADA**.

Sr.

URVIOLA HANI

Sentencia 00003-2013-PI/TC, 00004-2013-PI/TC y 00023-2013-PI/TC (expedientes acumulados)

Procesos de inconstitucionalidad interpuestos por el Colegio de Abogados del Callao, el Colegio de Abogados de Arequipa y ciudadanos contra diversos artículos de la Ley 29812 y de la Ley 29951. El Tribunal declaró fundadas en parte las demandas.

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 14 de setiembre de 2015

Resumen: El Tribunal Constitucional declaró fundadas en parte las demandas contra diversos artículos de la Ley 29812, Ley de Presupuesto para el Sector Público para el año 2012, y de la Ley 29951, Ley de Presupuesto para el Sector Público para el año 2013.

385

En primer lugar, el Tribunal determinó que no había sustracción de la materia a pesar del carácter especial de las leyes de presupuesto, que tienen una vigencia temporal determinada, pues mientras se mantuviera su aplicabilidad a hechos y situaciones jurídicas presentes, el Tribunal no podía exonerarse del control de dichas disposiciones, como, era el caso.

Respecto a la prohibición de realizar negociación colectiva para incrementos salariales de los trabajadores de la Administración Pública, el Tribunal consideró que sí pueden imponerse restricciones de orden presupuestal, y que estos límites pueden encontrarse justificados y ser razonables atendiendo a la situación económica del Estado. Sin embargo, incluso en esos casos, la prohibición siempre debe estar sujeta a criterios de temporalidad; las limitaciones indefinidas o que impidan que en el futuro los trabajadores puedan negociar sus condiciones laborales, son inconstitucionales.

Por tanto, se declaró la inconstitucionalidad parcial del artículo 6 de la Ley 29951, y por conexidad la inconstitucionalidad de los similares artículos 6 de la Ley 30114, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2014, y de la Ley 30182, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2015, en tanto se verificó una situación de hecho inconstitucional, derivada de mantenerse, más allá de todo plazo razonable, la prohibición de que mediante el procedimiento de negociación

colectiva se pueda pactar el aumento de remuneraciones de los trabajadores del sector público.

En tal sentido, se exhortó al Congreso de la República a que, en el marco de sus atribuciones, y conforme a lo señalado en la sentencia, apruebe la regulación de la negociación colectiva acotada, a partir de la primera legislatura ordinaria del periodo 2016-2017 y por un plazo que no podrá exceder de un año, lapso dentro del cual se decretó la *vacatio sententiae* del primer punto resolutivo de la sentencia.

Por otro lado, el Tribunal se refirió a la supuesta prohibición de realizar el control difuso en sede arbitral respecto del incremento de remuneraciones de los servidores públicos, concluyendo que los arbitrajes en materia laboral se sujetan a las disposiciones legales o normativas vigentes, entre las que naturalmente está la Constitución y la interpretación vinculante que este Tribunal hace de los diferentes preceptos constitucionales, así como del ordenamiento jurídico en su conjunto. Por tanto, la disposición impugnada no lesiona las facultades o competencias de los árbitros en materia laboral.

Temas Claves: Control difuso en sede arbitral — negociación colectiva — leyes de presupuesto.

PLENO JURISDICCIONAL

Expedientes 0003-2013-PI/TC, 0004-2013-PI/TC y 0023-2013-PI/TC

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

3 de setiembre de 2015

Caso Ley de Presupuesto Público

COLEGIO DE ABOGADOS DEL CALLAO, COLEGIO DE ABOGADOS DE AREQUIPA Y CIUDADANOS C. CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Asunto

Demandas de inconstitucionalidad interpuestas contra diversos artículos de la Ley 29812, de Presupuesto para el Sector Público para el año 2012, y de la Ley 29951, de Presupuesto para el Sector Público para el año 2013

387

Magistrados firmantes:

SS.

MIRANDA CANALES

BLUME FORTINI

RAMOS NÚÑEZ

LEDESMA NARVÁEZ

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 3 días del mes de setiembre de 2015, reunido el Tribunal Constitucional, en sesión del Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Urviola Hani, presidente; Miranda Canales, vicepresidente; Blume Fortini; Ramos Núñez; Sardón de Taboada; Ledesma Narvárez y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, con los votos singulares de los magistrados Urviola Hani y Sardón de Taboada, y los fundamentos de voto del magistrado Blume Fortini, la magistrada Ledesma Narvárez y el magistrado Espinosa-Saldaña Barrera, que se agregan.

I. CUESTIONES PRELIMINARES

A. PETITORIO CONSTITUCIONAL

En las demandas de inconstitucionalidad de fechas 28 de enero, 23 de febrero y 23 de octubre de 2013, interpuestas por el Ilustre Colegio de Abogados del Callao (Expediente 0003-2013-PI/TC), el Ilustre Colegio de Abogados de Arequipa (Expediente 0004-2013-PI/TC) y ciudadanos (Expediente 0023-2013-PI/TC), respectivamente, quienes actúan representados por sus decanos y representantes correspondientes. Los demandantes alegan que determinadas disposiciones de la Ley 29812, de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2012, y de la Ley 29951, de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013, contravienen el derecho a la negociación colectiva, la libertad de trabajo, el carácter jurisdiccional del arbitraje, el principio de independencia de la jurisdicción arbitral, la facultad de los árbitros de aplicar el control difuso, el debido proceso y el contenido que debe tener la ley del presupuesto, previstos en la Constitución Política del Perú. Sobre esta base, los demandantes plantean el siguiente *petitum*:

- Declarar la inconstitucionalidad por la forma del segundo párrafo de la Quincuagésima Cuarta Disposición Complementaria Final de la Ley 29812, de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2012, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 9 de diciembre de 2011.
- Declarar la inconstitucionalidad por la forma de los artículos 6 y la Quincuagésima Octava Disposición Complementaria Final de la Ley 29951, de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 4 de diciembre de 2012.
- Declarar la inconstitucionalidad por el fondo del segundo párrafo de la Quincuagésima Cuarta Disposición Complementaria Final de la Ley 29812, de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2012.
- Declarar la inconstitucionalidad por el fondo del artículo 6 de la Ley 29951, de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013.
- Declarar la inconstitucionalidad por el fondo de la Quincuagésima Octava Disposición Complementaria Final de la Ley 29951, de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013.

B. DEBATE CONSTITUCIONAL

Los demandantes y el demandado postulan sus razones o argumentos sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas objetadas, las cuales, a manera de epítome, se presentan a continuación.

B-1. DEMANDAS

Los argumentos que contienen las respectivas demandas son los siguientes:

Expediente 0003-2013-PI/TC

- El segundo párrafo de la Quincuagésima Cuarta Disposición Complementaria Final de la Ley 29812 y el tercer párrafo de la Quincuagésima Octava Disposición Complementaria Final de la Ley 29951 son inconstitucionales por la forma. Ello en razón a que no constituyen disposiciones legales orientadas a dirigir la política económica del Gobierno y, además, resultan ajenas a la finalidad y naturaleza temporal de la ley presupuestaria establecida en el artículo 77 de la Constitución, por lo que están viciadas de incompetencia.
- El artículo 6 y el primer y segundo párrafo de la Quincuagésima Octava Disposición Complementaria Final de la Ley 29951 son inconstitucionales por el fondo. En opinión de la parte demandante, impiden que los trabajadores del Estado discutan el reajuste o incremento de sus remuneraciones y bonificaciones, o la aprobación de nuevas bonificaciones a través de la negociación colectiva, lo cual contraviene el carácter libre y voluntario que identifica este derecho fundamental, según fluye del Convenio 98 de la OIT y del artículo 28 de la Constitución, así como de la jurisprudencia constitucional.
- El artículo 6 y el tercer párrafo de la Quincuagésima Octava Disposición Complementaria Final de la Ley 29951 son inconstitucionales por el fondo, pues impiden a los árbitros ejercer plenamente su jurisdicción, negándoles la posibilidad de aplicar el control difuso en sede arbitral y permitiendo que los laudos sean anulados. Con ello se contravendría lo previsto en los artículos 138 y 139.1 de la Constitución, además de vulnerarse sus derechos fundamentales a la libertad de trabajo y al debido proceso, previstos respectivamente en los artículos 2.2, 146, 2.15 y 139.3 de la Constitución.
- El segundo párrafo de la Quincuagésima Cuarta Disposición Complementaria Final de la Ley 29812 es inconstitucional por el fondo, por cuanto permite que el Poder Ejecutivo designe al presidente de un tribunal arbitral en caso de que las partes no se pongan de acuerdo en su designación, vulnerando el derecho de las partes a un debido proceso y la independencia de la jurisdicción arbitral reconocidos en los artículos 139.1 y 139.2 de la Constitución.

Expediente 0004-2013-PI/TC

- El artículo 6 y la Quincuagésima Octava Disposición Complementaria Final de la Ley 29951 son inconstitucionales por la forma, toda vez que no solamente

omiten regular los ingresos y gastos de las entidades estatales, sino que, por el contrario, se refieren a aspectos sustantivos que inciden directamente en el legítimo ejercicio del derecho a la negociación colectiva y en el ejercicio de la función arbitral en materia laboral, contraviniendo el artículo 77 de la Constitución.

- El artículo 6 y la Quincuagésima Octava Disposición Complementaria Final de la Ley 29951 son inconstitucionales por el fondo, en tanto impiden a los servidores públicos, de manera absoluta, requerir aumentos en su remuneración a través de la negociación colectiva, desnaturalizando con ello lo dispuesto en el artículo 28 de la Constitución, así como el artículo 4 del Convenio 98 de la OIT y los artículos 7 y 8 del Convenio 151 de la OIT.

Expediente 0023-2013-PI/TC

- Las disposiciones impugnadas han venido a reforzar lo que se conoce como la etapa de prohibición establecida indirectamente a través de la Ley 28411, General del Sistema Nacional del Presupuesto, pero que encontró excepciones a través de laudos arbitrales. Por ende, la ley cuestionada supone una injerencia ilegítima en los arbitrajes laborales, en contra de lo que está expresamente establecido en los convenios OIT firmados por el Perú.
- El Estado, como cualquier empleador, está sujeto al principio de negociación libre y voluntaria, no pudiendo imponer un nuevo ‘marco de inexistencia’ de negociación con sus organizaciones sindicales. Por ello, las restricciones presupuestales establecidas son incompatibles con el mandato de la Constitución, tal como puede concluirse luego de realizarse un test de proporcionalidad entre este derecho y el principio de equilibrio presupuestario (prevención del gasto).
- La nulidad de los laudos arbitrales, la inhabilitación de árbitros del registro y la forma de designación del presidente del tribunal arbitral constituyen un claro atentado contra la negociación colectiva y la independencia arbitral, además de no ser materia de una ley de presupuesto.

390

B-2. CONTESTACIÓN DE DEMANDA

El Congreso de la República, en defensa de la constitucionalidad de las leyes cuestionadas, y a través de su apoderado, ha contestado las referidas demandas el 7 de marzo, el 11 de marzo y el 23 de julio de 2014, respectivamente. Solicita que estas se declaren infundadas en atención a los siguientes argumentos:

Expediente 0003-2013-PI/TC

- Las disposiciones impugnadas no son inconstitucionales por la forma, puesto que, en tanto el constituyente no ha previsto que estas sean reguladas en una

fuente formal específica del derecho, sí pueden ser incluidas dentro de una ley anual de presupuesto. Ello se justifica con mayor razón cuando se toma en cuenta que, conforme al artículo 74 de la Constitución, la única prohibición expresa en tal sentido concierne a las normas de naturaleza tributaria.

- Tampoco habría inconstitucionalidad por la forma porque, lejos de constituir un derecho absoluto, la negociación colectiva admite límites. Así lo reconoce el artículo 7 del Convenio 153 de la OIT, resultando razonable restringirlo. Se evita de esta manera que los trabajadores públicos la utilicen para solicitar el aumento de sus remuneraciones, restricción que tiene por finalidad salvaguardar los principios de equidad y estabilidad presupuestaria recogidos en los artículos 77 y 78 de la Constitución.
- Al declarar nulos de pleno derecho laudos e inhabilitar a árbitros no se menoscaba la jurisdicción arbitral ni se recorta irrazonablemente la facultad del árbitro de ejercer el control difuso, puesto que los operadores de derecho están obligados por ley a interpretar el derecho a la negociación colectiva, en línea con lo dispuesto por el Tribunal Constitucional en el fundamento 27 de la STC 2566-2012-PA/TC y en el fundamento 53 de la STC 0008-2005-PI/TC.
- El procedimiento de inhabilitación previsto en la Quincuagésima Octava Disposición Complementaria Final de la Ley 29951 no resulta lesivo de la libertad de trabajo de los árbitros, en tanto que está orientado a hacer efectivo el principio de estabilidad presupuestaria, ni recorta su derecho a gozar de un debido proceso. Debe tenerse en cuenta que, por aplicación supletoria del artículo 235 de la Ley 27444, del Procedimiento Administrativo General, estos tendrían la oportunidad de formular sus descargos conforme a derecho.
- Lejos de resultar discriminatorio, el procedimiento de inhabilitación establecido en la Quincuagésima Octava Disposición Complementaria Final de la Ley 29951 constituiría un trato diferenciado legítimo orientado a optimizar el principio de equilibrio presupuestario. Si bien recortaría el ejercicio del derecho-principio de igualdad, lo hace de manera necesaria y proporcional. Además, no vulneraría el principio de independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional arbitral.
- Tampoco se lesiona el principio de independencia de la jurisdicción arbitral por el hecho de que un Consejo Especial designe al presidente de un tribunal arbitral en caso de que las partes en conflicto no se pusieran de acuerdo en su designación, puesto que, contrariamente a lo que afirman los demandantes, tal entidad no está conformada por representantes del Poder Ejecutivo, por lo que la Quincuagésima Cuarta Disposición Complementaria Final de la Ley 29812 no resulta inconstitucional.

Expediente 0004-2013-PI/TC

- Corresponde confirmar la constitucionalidad de las disposiciones legales impugnadas, toda vez que el derecho a la negociación colectiva debe ejercerse en armonía con el principio de estabilidad presupuestaria, conforme lo señala el artículo 77 de la Constitución, concordado con el Convenio 151 de la OIT.

Expediente 0023-2013-PI/TC

- Existe una incongruencia en lo pedido por la parte accionante. Ello en virtud de que solicita una interpretación de la norma como pretensión subordinada al pedido de expulsión de la Quincuagésima Cuarta Disposición Complementaria Final de la Ley 29812, puesto que en el fondo se está admitiendo que la norma no es inconstitucional, sino que existe algún enunciado interpretativo de dicho dispositivo coherente con la Constitución.
- No existe vulneración alguna de la Constitución por parte de la Quincuagésima Cuarta Disposición Complementaria Final, toda vez que la medida supera el test de proporcionalidad y el de igualdad al que se somete, en la búsqueda de protección del principio de equilibrio presupuestario.
- Sobre la supuesta sanción a los árbitros que realicen control difuso esta no importa una vulneración al debido proceso, en virtud de que rigen supletoriamente las disposiciones de la Ley 27444, del Procedimiento Administrativo General.

392

B-3. INTERVENCIÓN DE LA CONFEDERACIÓN GENENRAL DE TRABAJADRES DEL PERÚ COMO TERCERO

Con fecha 14 de julio de 2015, la Confederación General de Trabajadores del Perú (CGTP), incorporada como tercero legitimado por resolución del 23 de junio de 2015, presenta informe escrito, en el que insta a que el Tribunal Constitucional declare inconstitucional el artículo 6 y la Quincuagésima Octava Disposición Complementaria Final.

- Manifiesta que la Ley 29951, de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013, al establecer restricciones en relación con los incrementos salariales y la negociación colectiva, atentaría directamente contra el contenido constitucional del derecho a la negociación colectiva, lo cual supone que el Estado promueva las condiciones necesarias para que las partes negocien libremente y realicen determinadas acciones positivas para asegurar las posibilidades de desarrollo y efectividad de la negociación colectiva.
- Sostiene que 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 pro-

tección 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.

- Finalmente, menciona que la Ley declara de manera expresa la nulidad de los laudos arbitrales que incumplan la prohibición de incrementar las remuneraciones de los trabajadores de las empresas del Estado, así como la inhabilitación de los árbitros que participan en los procesos arbitrales laborales, con lo cual se vulnera el principio de independencia de la jurisdicción arbitral reconocido por el artículo 139, inciso 1, de la Constitución.

II. FUNDAMENTOS

2.1. ACUMULACIÓN DE PROCESOS POR CONEXIÓN DE PRETENSIONES

1. Antes de ingresar al análisis de las objeciones de constitucionalidad planteadas a diversas disposiciones de las Leyes 29812 y 29951, es preciso que este Tribunal dé cuenta de dos cuestiones previas.
2. La primera está relacionada con la existencia de tres demandas de inconstitucionalidad interpuestas contra disposiciones de contenido semejante incorporadas en las Leyes 29812 y 29951, que, el Tribunal observa, se fundan en cuestionamientos semejantes en la forma y en el fondo. Así, las demandas que se tramitan en los Expedientes 0003-2013-PI/TC y 0004-2013-PI/TC se han interpuesto contra el artículo 6 y la Quincuagésima Octava Disposición Complementaria Final de la Ley 29951, de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013, por supuestas inconstitucionalidades similares. Igualmente, el Tribunal aprecia que la demanda que se tramita en el Expediente 0023-2013-PI/TC ha sido dirigida contra una disposición de la Ley 29182, cuyo contenido semántico es semejante a una disposición que incluye la Ley 29951.
3. La similitud de disposiciones cuestionadas y las razones en las que se fundan sus cuestionamientos en estos tres procesos de inconstitucionalidad ha justificado que el Tribunal, de conformidad con el artículo 117 del Código Procesal Constitucional y el artículo 14 del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional, mediante Auto de fecha 23 de junio de 2015, haya ordenado su acumulación. Así, los procesos tramitados en los Expedientes 0004-2013-PI/TC y 0023-2013-PI/TC se han acumulado al tramitado en el Expediente 0003-2013-PI/TC, quedando subsistente este último por ser el primero que ingresó al Tribunal Constitucional.

2.2. INEXISTENCIA DE LA SUSTRACIÓN DE LA MATERIA

4. En segundo lugar, el Tribunal hace notar que las disposiciones objetadas se encuentran en las Leyes 29812 y 29951, que son leyes del Presupuesto del Sector Público para los años 2012 y 2013, respectivamente. Al respecto, precisa que las leyes presupuestales se caracterizan por tener un lapso de vigencia determinado, el cual es anual según lo dispone el artículo 77 de la Constitución. Por lo tanto, a la fecha, ha concluido la vigencia temporal de las Leyes 29812 y 29951, lo que conlleva, *prima facie*, que este Tribunal debería declarar que se ha producido la sustracción de la materia.
5. Al igual que la derogación, también la cesación de vigencia de normas por efectos del tiempo acarrea la desaparición del objeto de control en el proceso de inconstitucionalidad de las leyes. Sin embargo, y de conformidad con nuestra jurisprudencia, el Tribunal solo puede exonerarse del control de disposiciones con esas características si es que la cesación de vigencia temporal es acompañada de la cesación de aplicabilidad de dichas disposiciones; en particular, a los hechos y situaciones jurídicas aún no agotadas que se hayan realizado durante el lapso en que aquellas estuvieron vigentes [Fund. 1 *in fine* de la STC 0005-2001-AI/TC; Fund. 2 de la STC 0004-2004-AI/TC; Fund. 9 de la STC 0004-2007-PI/TC; Fund. 3 de la STC 0024-2010-PI/TC, entre otros).
6. De acuerdo con su doctrina jurisprudencial, este Tribunal tiene competencia para controlar la validez constitucional de las disposiciones derogadas o carentes de vigencia, siempre y cuando: (i) estas continúen desplegando sus efectos; (ii) la sentencia de inconstitucionalidad pueda alcanzar a los efectos que la norma cumplió en el pasado (materia penal o tributaria); y, (iii) las disposiciones impugnadas sean susceptibles de ser aplicadas a hechos, situaciones y relaciones jurídicas ocurridas durante el tiempo en que estuvieron vigentes (fundamento 2 de la STC 0004-2004-AI/TC, complementado por los fundamentos 10 al 13 de la STC 0045-2004-AI/TC), y que aún no hayan quedado agotadas.
7. En el presente caso, el Tribunal observa que las disposiciones impugnadas de las Leyes 29812 y 29951 formalmente cesaron su vigencia el 31 de diciembre de los años 2012 y 2013, respectivamente. Sin embargo, existen hechos y situaciones jurídicas acaecidos durante el lapso en que estuvieron vigentes que no han quedado agotados. Estos hechos son de distinta naturaleza, y tienen que ver con medios impugnatorios interpuestos contra laudos arbitrales mediante los cuales se inaplicó, sucesivamente, el artículo 6 de las mencionadas leyes, que se encuentran aún pendientes de ser resueltos por los órganos de la

judicatura ordinaria. Asimismo, se relacionan con consultas a la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, derivadas de la confirmación por parte de órganos judiciales de lo resuelto por dichos laudos arbitrales, que, inaplicando el artículo 6 de dichas Leyes 29812 y 29951, aún no han sido resueltas y deben ser de conocimiento de dicho órgano de la Corte Suprema, en aplicación del artículo 14 de la LOPJ, cuyo Texto Único Ordenado fue aprobado por Decreto Supremo 017-93-JUS demanda interpuesta por el Colegio de Abogados del Callao, Exp. 0003-2013-PI/TC, folios 38; demanda interpuesta por 6005 ciudadanos, Exp. 0023-2013-PI/TC, folios 28.

8. En consecuencia, teniendo en cuenta los hechos referidos, el Tribunal Constitucional mantiene su competencia para pronunciarse sobre la validez, formal y material, de las disposiciones impugnadas en las Leyes 29812 y 29951.

2.3. LA NATURALEZA DE LAS LEYES DE PRESUPUESTO

9. Decidida la acumulación de procesos y la competencia de este Tribunal para pronunciarse sobre la constitucionalidad de las Leyes 29812 y 29951, es preciso que se absuelvan las pretensiones planteadas. Estas comprenden tanto objeciones formales como materiales. El Tribunal observa que la absolución de unas y de otras precisa que se determine la naturaleza y las características que constitucionalmente identifican a las leyes de presupuesto. Por tanto, antes de evaluar dicha validez constitucional, el Tribunal habrá de analizar el derecho constitucional presupuestal actualmente vigente.
10. En tal dirección, debe tenerse en cuenta que en la STC 0047-2004-AI/TC, este Tribunal destacó que la Constitución de 1993 no albergaba en su seno un único concepto de ley. Puede, entonces, hablarse de ley por la materia cuya regulación se encomienda o por el procedimiento especial que se exige para su aprobación. En la Ley Fundamental era posible identificar una pluralidad de fuentes bajo el nombre de “ley” (fundamento 16); a saber:
 - a) En primer lugar están las leyes de reforma constitucional, mediante las cuales se aprueban reformas a la Carta Magna, siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 206 de la Constitución (STC 0050-2004-AI/TC y otros).
 - b) En segundo término está la ley orgánica, regulada en el artículo 106 de la Constitución, mediante la cual se disciplina la estructura y el funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución, así como

las otras materias cuya regulación está sujeta a una reserva de esta fuente formal del derecho (fundamento 20 de la STC 0022-2004-AI/TC).

- c) En tercer orden se encuentra la Ley de la Cuenta General de la República, referida al pronunciamiento que el Congreso realiza sobre dicha cuenta (artículo 81 de la Constitución).
- d) En cuarto lugar está la Ley del Presupuesto de la República (artículos 78, 79 y 80 de la Constitución); y,
- e) Por último, la ley ordinaria (artículos 102.1, 105, 107, 108 y 109 de la Constitución), con independencia de la denominación que se le dé (Ley 26889, Marco para la producción y sistematización legislativa).

Dentro de esta pluralidad de fuentes las leyes de desarrollo constitucional (Octava Disposición Final y Transitoria de la Constitución) no constituyen una categoría especial, pues en su seno se alberga tanto a la ley ordinaria como a la ley orgánica (fundamento 38 de la STC 0005-2003-AI/TC).

11. De esta pluralidad de fuentes, a los fines de este proceso, es la ley presupuestaria la que habrá de ser analizada. Esta constituye la norma con rango legal rectora de la administración económica y financiera del Estado en la medida en que prevé, consigna o incluye la totalidad de los ingresos y gastos, debidamente equilibrados, que tiene proyectado realizar el Estado durante un concreto año presupuestal (artículos 77 y 78 de la Constitución). Comprende “el límite máximo de gasto a ejecutarse en el año fiscal” (artículo 22 de la Ley 28411, General del Sistema Nacional de Presupuesto) y la previsión de ingresos y gastos materializada en la asignación equitativa, programación y ejecución eficiente de los recursos públicos en función de metas y objetivos, así como en función de las necesidades sociales básicas, de las exigencias del proceso de descentralización y de los demás factores que resulten relevantes.
12. La elaboración y aprobación del Presupuesto de la República se encuentra sujeta al cumplimiento de ciertos requisitos de forma, contenido y tiempo, entre otros, los que deben ser observados por el órgano que cuenta con la competencia normativa para su expedición. En lo que aquí interesa, este Tribunal destaca las siguientes tres características esenciales de la Ley del Presupuesto de la República.

396

2.3.1. PROCEDIMIENTO

13. En la elaboración de la referida ley confluyen los principios constitucionales de separación y colaboración de poderes. En particular, entre los poderes ejecutivo y legislativo, a cada uno de los cuales la Constitución le asigna competencias espe-

cíficas. Así, en primer lugar, corresponde al poder ejecutivo enviar al Congreso el proyecto de ley de presupuesto dentro de un plazo que vence el 30 de agosto de cada año (artículo 78 de la Constitución). Respecto de ello, el Tribunal recuerda la posición especial en la que se encuentra el Poder Judicial en la formulación de su proyecto de presupuesto, de acuerdo al artículo 145 de la Constitución, y en los términos de la STC 0004-2004-CC/TC.

14. En segundo lugar, superada la etapa de su discusión y aprobación en la comisión parlamentaria correspondiente, el proyecto de Ley de Presupuesto requiere ser posteriormente aprobado por el Pleno del Congreso dentro de un plazo que vence el 30 de noviembre de cada año (artículo 78 de la Constitución). Según precisan diversos artículos de la Constitución (cf. artículos 77, 101.4 y 102. 4), es constitucionalmente inadmisibles que el Pleno del Congreso delegue su aprobación a la Comisión Permanente.
15. Por último, al igual que sucede con la Ley de la Cuenta General de la República, en caso de que la autógrafa de la Ley de Presupuesto no sea remitida al Poder Ejecutivo hasta la fecha señalada en el fundamento anterior, entrará en vigor el proyecto propuesto por dicho poder del Estado, el cual será promulgado mediante decreto legislativo sin necesidad de ley autoritativa alguna (artículo 80 de la Constitución). Así, si bien la regla general es que la Ley de presupuesto sea aprobada por el Congreso de la República, como cualquier otra ley, la Constitución habilita que en una situación excepcional esta sea aprobada y promulgada bajo un régimen especial, el cual se justifica en la necesidad de aprobar anualmente un presupuesto público que regule, de forma ordenada y transparente, el gasto estatal durante el ejercicio subsiguiente.
16. El breve recuento de estas disposiciones constitucionales pone en evidencia el rol y el ámbito de competencia en la elaboración de la Ley del Presupuesto de los poderes ejecutivo y legislativo. Al poder ejecutivo, en cuanto órgano encargado de la gestión de los intereses generales, le corresponde la iniciativa legislativa en materia presupuestal; en tanto que al poder legislativo, de conformidad con el principio representativo (artículo 43 de la Constitución) y el principio de soberanía popular, la aprobación de la Ley del Presupuesto de la República (artículos 77, 102.1 y 102.4 de la Constitución), salvo el caso específico que contempla el artículo 80 de la Constitución. La participación del órgano de representación política en la aprobación de la Ley de Presupuesto se debe a que dicha ley establece cómo se distribuyen los montos y la asignación de las partidas, que, en definitiva, son los recursos del pueblo (fundamento 27 de la STC 0004-2004-CC/TC).

2.3.2. CONTENIDO

17. La Ley de Presupuesto cumple la función constitucional específica de consignar o incluir ingresos y gastos debidamente balanceados para la ejecución de un ejercicio presupuestal concreto. Por ello, todo lo relacionado con la previsión de los ingresos del Estado y la habilitación de los gastos para la ejecución en un ejercicio presupuestal debe estar dentro de un solo y único texto normativo, con carácter anual, que expresamente delimite y guíe la política económico-financiera del Estado.
18. Este Tribunal tiene dicho que las características de la Ley de Presupuesto son las siguientes: (i) es un acto de previsión y ordenamiento destinado a regular la función económica y financiera del Estado; (ii) es un acto de autorización de ejecución del gasto público, concedido por el Congreso mediante ley expresa y especial; (iii) tiene un plazo determinado y expiratorio para la autorización de ejecución del gasto público —que es un año, según se explica *infra*—; (iv) reconoce la existencia esencial de ejecución del gasto público bajo responsabilidad funcional, presentándose para tal efecto medidas de control para el correcto uso de la autorización concedida; y, (v) hace concordar la programación y ejecución con los criterios de eficiencia de las necesidades sociales básicas y de descentralización (fundamento 10 de la STC 0004-2004-CC/TC).
19. Así pues, y bajo la perspectiva de los principios de separación y colaboración de poderes, la Ley de Presupuesto despliega cuando menos dos importantes funciones: una de previsión y otra de autorización. En el primer caso, la Ley de Presupuesto enumera los ingresos fiscales del Estado, que se valoran comparativamente con los gastos fiscales a realizarse dentro del período fiscal. En el segundo caso, la Ley de Presupuesto fija el alcance de las competencias del Ejecutivo en materia económico-financiera, de acuerdo con un factor cualitativo (especificidad y finalidad de la materia presupuestal) y otro cuantitativo (monto máximo a gastar), además de uno de carácter temporal (anualidad).

398

2.3.2.1. Lo constitucionalmente necesario

20. La Constitución regula el contenido normativo de la ley presupuestal. Su artículo 77, en la parte pertinente, señala que “La estructura del presupuesto del sector público contiene dos secciones: Gobierno Central e instancias descentralizadas. El presupuesto asigna equitativamente los recursos públicos, su programación y ejecución responden a los criterios de eficiencia de necesidades sociales básicas y de descentralización”. Asimismo, y de acuerdo con el artículo 78 de la Constitución, la ley presupuestaria no puede ser aprobada “sin partida destinada al servicio de la deuda pública”.

21. Sobre el particular, en la STC 0004-2004-CC/TC, el Tribunal precisó que la Ley del Presupuesto de la República debe ser equilibrada, esto es, los recursos a asignar deben estar equilibrados con la previsible evolución de los ingresos. A su vez, la citada ley debe estar informada por el principio de universalidad, de acuerdo con el cual este contiene todos los ingresos y gastos del sector público; y por el principio de unidad, de modo que los presupuestos de las entidades que comprenden la Administración Pública estén sujetos a la Ley de Presupuesto. Además, debe estar informada por el principio de exclusividad, según el cual en la Ley del Presupuesto solo hay cabida para disposiciones de orden o contenido presupuestal.
22. La Constitución modula también el contenido material de la Ley del Presupuesto de la República cuando establece que corresponde a esta priorizar la educación (artículo 16); tener dos secciones: gobierno central e instancias descentralizadas (artículo 77); asignar equitativamente los recursos (artículo 77); adoptar un criterio descentralista (artículo 188); prever el canon (artículo 77); respetar el equilibrio presupuestal (artículo 78); contener una partida destinada al servicio de la deuda pública (artículo 78), e incluir los recursos para atender el pago de los efectivos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del Perú (artículo 172).
23. De este modo, el contenido de la Ley de Presupuesto está compuesto tanto por normas estrictamente presupuestarias como por normas directamente vinculadas a la materia presupuestaria. Las primeras están referidas a la previsión de los ingresos, la habilitación de los gastos o la aclaración de los estados económico-financieros que tengan incidencia directa en el presupuesto público, mientras que las segundas conciernen a la materialización de la política económico-financiera en general y a la ejecución del presupuesto público en especial, en la medida en que tienen incidencia directa en el presupuesto público. Por ello, constitucionalmente es admisible que la ley presupuestaria solo regule una materia específica, o dicho a la inversa, la ley presupuestal no es competente para regular temas ajenos a la materia presupuestal o directamente vinculada a ella.

2.3.2.2. Lo constitucionalmente imposible

24. La Constitución, a la vez de señalar el contenido constitucionalmente necesario de la Ley de Presupuesto, especifica también lo que es constitucionalmente imposible que regule. Es decir, aquello que está vedado disciplinar a través de ella. Así, por ejemplo, el artículo 74 de la Constitución prohíbe que las leyes de presupuesto puedan “contener normas sobre materia tributaria”. De la misma manera, el artículo 78 prescribe que no se puede cubrir con empréstitos los gastos de carácter permanente. Vale decir, no debe comprometerse ni devengar gastos por cuantía superior al monto de los créditos presupuestarios autorizados (artículo 27.1 de

la Ley 28411). Con el propósito de garantizar que no exista desbalance en el presupuesto, también está “prohibido incluir autorizaciones de gasto sin el financiamiento correspondiente” (artículo I del Título Preliminar de la Ley 28411).

25. Como antes se ha dicho, la ley presupuestaria no debe regular materias ajenas a las estrictamente presupuestales. Detrás de esta exigencia subyace el principio de especialidad al que está sujeta la Ley del Presupuesto. Al respecto, el Tribunal considera que se afecta el principio de especialidad y, por tanto, se incurre en un supuesto de inconstitucionalidad por anidar vicios de competencia cuando alguna disposición de la ley presupuestaria regula cuestiones que son ajenas a la materia presupuestaria, concretamente, extrañas al contenido normativo señalado *supra*, por lo que de presentarse este supuesto queda habilitada la posibilidad de que el Tribunal declare su inconstitucionalidad.

2.3.3. TEMPORALIDAD

26. El artículo 77 de la Constitución, en la parte pertinente, señala de manera expresa que el presupuesto es aprobado anualmente por el Congreso de la República. De esta disposición se deriva que la Ley de Presupuesto tiene una vigencia temporal de un año calendario, que coincide con el ejercicio del año presupuestal respectivo, que se extiende del 1 de enero al 31 de diciembre de cada año. Rige, pues, el principio de anualidad.
27. Sobre dicho principio, este Tribunal ha declarado que “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 [...]. 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” (fundamento 9.8 de la STC 0004-2004-CC/TC).
28. Por lo anterior, al tener vigencia solo durante el ejercicio presupuestal del año fiscal respectivo (entre el 1 de enero y el 31 de diciembre), cesa la vigencia de la Ley del Presupuesto al concluir dicho ejercicio presupuestal. En la misma línea, el artículo IX del Título Preliminar de la Ley 28411, General del Sistema Nacional de Presupuesto, precisa que “El Presupuesto del Sector Público tiene vigencia anual y coincide con el año calendario. Durante dicho período se afectan los ingresos percibidos dentro del año fiscal, cualquiera [que] sea la fecha en la que se hayan generado, así como los gastos devengados que se hayan producido con cargo a los respectivos créditos presupuestarios durante el año fiscal”.

29. Dada la periodicidad anual de la Ley de Presupuesto, toda disposición legal que ella contenga, cuya vigencia supere, expresa o implícitamente, el período anual respectivo, o que establezca una vigencia ilimitada en el tiempo, es *per se* incompatible con el artículo 77 de la Ley Fundamental, como igualmente es inconstitucional, por sí mismo, que en la Ley de Presupuesto se regule un contenido normativo ajeno a la materia estrictamente presupuestaria.

2.4. ANÁLISIS DE LA ALEGADA INCONSTITUCIONALIDAD FORMAL

2.4.1. EL ARTÍCULO 6 DE LA LEY 29951

30. Se ha objetado la inconstitucionalidad formal del artículo 6 de la Ley 29951. Dicha disposición legal establece lo siguiente:

Artículo 6.- *Prohíbese* en las entidades del Gobierno Nacional, gobiernos regionales y gobiernos locales, el reajuste o incremento de remuneraciones, bonificaciones, dietas, asignaciones, retribuciones, estímulos, incentivos y beneficios de toda índole, cualquiera sea su forma, modalidad, periodicidad, mecanismo y fuente de financiamiento. Asimismo, queda prohibida la aprobación de nuevas bonificaciones, asignaciones, incentivos, estímulos, retribuciones, dietas y beneficios de toda índole con las mismas características señaladas anteriormente. Los arbitrajes en materia laboral se sujetan a las limitaciones legales establecidas por la presente norma y disposiciones legales vigentes. La prohibición incluye el incremento de remuneraciones que pudiera efectuarse dentro del rango o tope fijado para cada cargo en las escalas remunerativas respectivas.

31. Los demandantes sostienen que el artículo 6 de la Ley 29951, de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013, resulta inconstitucional por la forma, por cuanto no regula los ingresos y gastos de la entidades estatales, sino que se refiere a aspectos sustantivos que inciden directamente en el ejercicio del derecho a la negociación colectiva y en el ejercicio de la función arbitral en materia laboral, por lo que contraviene el artículo 77 de la Constitución.
32. En virtud de la función constitucional de consignar o incluir los ingresos y gastos equilibrados para la ejecución en un ejercicio presupuestal, se ha señalado *supra* que la ley anual de presupuesto se caracteriza, entre otras cosas, por reconocer la actividad esencial de ejecución del gasto público bajo responsabilidad funcional. Para tal efecto, se establecen medidas sobre el uso correcto de la autorización concedida y se concuerda entre la programación y ejecución según criterios de eficiencia de las necesidades sociales básicas y de descentralización. Asimismo, forman parte del contenido de la Ley de Presupuesto las disposiciones legales

referidas a la materialización de la política económico-financiera y, en especial, las relacionadas con la ejecución del presupuesto público, en la medida en que tienen incidencia directa en el presupuesto público.

33. En el caso del artículo 6 de la Ley 29951, que regula la prohibición de todo incremento remunerativo de los trabajadores públicos, cualquiera que sea su forma, modalidad, periodicidad, mecanismo y fuente de financiamiento, el Tribunal observa que los cuestionamientos de constitucionalidad efectuados en las demandas no inciden sobre la irregularidad constitucional en el procedimiento de su formación, sino sobre la incompetencia de su regulación a través de la Ley del Presupuesto. Mientras que, en el primer caso, la inconstitucionalidad formal es consecuencia de haberse inobservado una norma que regula el procedimiento de formación de las disposiciones impugnadas, en el caso del segundo supuesto -la inconstitucionalidad por vicios de competencia-, esta se presenta cuando una disposición regula una materia que, de conformidad con la Constitución o el bloque de constitucionalidad, no tiene competencia para disciplinarla.
34. Así, de conformidad con la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional, una disposición legislativa será inconstitucional si, de acuerdo con las normas constitucionales que regulan la competencia de una determinada fuente formal del derecho, se observara que aquella reguló una materia para la cual no tenía competencia. En el caso del artículo 6 de la ley impugnada, el Tribunal hace notar que se trata de una disposición que tiene por objeto restringir la capacidad de las diversas agencias gubernamentales —de los Gobiernos central, regional, municipal y, en general, de cualquier órgano de la Administración Pública— de incrementar las remuneraciones o cualquiera de los otros ítems que allí se contemplan en el ámbito de la Administración Pública.
35. Una medida de esa naturaleza, juzga el Tribunal, tiene por objeto hacer concordar la programación y la ejecución del presupuesto público, atendiendo a diversos criterios que redunden en beneficio del interés general y que, por ello, deban verse reflejados en la elaboración y ejecución de la política general del Estado, reflejada en la Ley del Presupuesto. Como antes se ha dicho, forman parte del contenido constitucionalmente necesario de la Ley del Presupuesto tanto las normas estrictamente presupuestales como aquellas directamente vinculadas a la materia presupuestal. Este último es el caso de los párrafos subsistentes del artículo 6 de la ley impugnada, que tienen directa relación con la implementación de la política económico-financiera del Estado y, en especial, con la ejecución del presupuesto público, al tener incidencia directa en el presupuesto público. Por ello, el Tribunal juzga que corresponde desestimarse este extremo de la pretensión.

2.4.2. ANÁLISIS DEL SEGUNDO PÁRRAFO DE LA QUINCUAGÉSIMA CUARTA DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA FINAL DE LA LEY 29812 Y DEL TERCER PÁRRAFO DE LA QUINCUAGÉSIMA OCTAVA DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA FINAL DE LA LEY 29951

36. Del mismo modo, se ha cuestionado la inconstitucionalidad formal del segundo párrafo de la Quincuagésima Cuarta Disposición Complementaria Final de la Ley 29812, así como del tercer párrafo de la Quincuagésima Octava Disposición Complementaria Final de la Ley 29951. La primera de ellas establece:

QUINCUAGÉSIMA CUARTA.- A partir de la vigencia de la presente Ley en adelante, en los procesos de negociación colectiva y/o arbitraje en materia laboral, en donde participen entidades públicas y empresas del Estado, los árbitros deben aplicar solo las normas de derecho respectivas y presupuestarias vigentes.

Corresponderá a un consejo especial nombrar al presidente del tribunal arbitral en caso de no ponerse de acuerdo las partes en su designación. Mediante decreto supremo se establece la conformación de dicho consejo el mismo que incluirá a un representante de la sociedad civil (cursivas agregadas).

Todos los laudos arbitrales que se aprueben, a partir de la vigencia de la norma, deben ser publicados en el portal institucional del Ministerio de Economía y Finanzas, para ello las entidades públicas y empresas públicas deben presentar, bajo responsabilidad, dichos laudos arbitrales en un plazo que no excede de los quince días de expedido el referido laudo.

403

37. Por su parte, el tercer párrafo de la Quincuagésima Octava Disposición Complementaria Final de la Ley 29951 precisa lo siguiente:

QUINCUAGÉSIMA OCTAVA. Los procedimientos de negociación colectiva o arbitraje en materia laboral de entidades y empresas del Estado se desarrollan con sujeción a las normas de derecho respectivas vigentes, debiendo contar con el respectivo dictamen económico financiero, a que se hace referencia el artículo 56° del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado mediante Decreto Supremo N° 010- 2003-TR, y que debe tener en cuenta lo establecido por la presente disposición.

Los procedimientos de negociación o arbitraje laboral solo podrán contener condiciones de trabajo. Para el caso de las entidades que cuenten con un crédito presupuestario aprobado en la Ley Anual de Presupuesto del Sector Público, dichas condiciones se financian con cargo a la disponibilidad pre-

supuestaria de cada entidad sin demandar recursos adicionales al Tesoro Público. El Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, en coordinación con el Ministerio de Economía y Finanzas, a través de la Dirección General de Gestión de Recursos Públicos, y a propuesta del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo dictarán las normas complementarias para la mejor aplicación de la presente disposición.

Asimismo, dispóngase que son nulos de pleno derecho los acuerdos, resoluciones o los laudos arbitrales que se adopten en violación de lo dispuesto por la presente disposición. Los árbitros que incumplan lo dispuesto en la presente disposición no podrán ser elegidos en procesos arbitrales de negociaciones colectivas en el Sector Público de conformidad con las disposiciones que, mediante Decreto Supremo, establecerá el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, en coordinación con el Ministerio de Economía y Finanzas, a través de la Dirección General de Gestión de Recursos Públicos [cursivas agregadas].

La presente disposición entra en vigencia a partir del día siguiente de la publicación de la presente Ley, se aplica a las negociaciones y procesos arbitrales en trámite y, es de carácter permanente en el tiempo.

38. El Tribunal hace notar que si bien se ha cuestionado la inconstitucionalidad formal del segundo párrafo de la Quincuagésima Cuarta Disposición Complementaria Final de la Ley 29812 y el tercer párrafo de la Quincuagésima Octava Disposición Complementaria Final de la Ley 29951, en realidad, lo que se ha querido expresar es que el contenido de dichos fragmentos de disposición adolecen de un vicio de competencia objetivo. Según se ha sostenido en el escrito de la demanda del Expediente 003-2013-PI/TC, las materias allí reguladas son ajenas al contenido de una Ley del Presupuesto y, por esa razón, este Tribunal debería declarar su invalidez constitucional.
39. El Tribunal considera que tiene sustento constitucional la denuncia que se ha formulado contra el segundo párrafo de la Quincuagésima Cuarta Disposición Complementaria Final de la Ley 29812 y el tercer párrafo de la Quincuagésima Octava Disposición Complementaria Final de la Ley 29951. Con independencia de cualquier razón de fondo, que no es el caso explicitar aquí, la forma y el modo como deberá designarse al presidente del tribunal arbitral, en caso de no ponerse de acuerdo las partes en su designación, o el modo como deberá conformarse el consejo especial y todo lo relacionado con su composición, son tópicos ajenos a la materia que debe contener la Ley del Presupuesto de la República, como se ha expuesto en los fundamentos 23 y 25. Ninguno de dichos asuntos, en efecto, es un tema estrictamente presupuestal o que pueda encontrarse directamente

vinculado a materias presupuestales, por lo que es inconstitucional, por adolecer de un vicio de competencia objetivo, su regulación en las leyes del presupuesto de los años 2012 y 2013.

40. Por idénticas razones, es igualmente inconstitucional el tercer párrafo de la Quincuagésima Octava Disposición Complementaria Final de la Ley 29951, al establecer normativamente que son nulos de pleno de derecho los acuerdos, resoluciones o laudos arbitrales que se adopten en violación de lo regulado en los párrafos anteriores de la misma Quincuagésima Octava Disposición Complementaria Final de la Ley 29951. Ni este tema, ni el que sigue, consistente en prohibir que se elija a los árbitros que no acaten lo dispuesto por los párrafos anteriores, son temas estrictamente presupuestales o que se encuentren relacionados directamente con la materia presupuestal, de modo que este extremo de la demanda deberá declararse inconstitucional.

2.5. SOBRE LA ALEGADA INCONSTITUCIONALIDAD DE FONDO

41. También se objeta que el artículo 6 de la Ley 29951 es inconstitucional por el fondo. Corresponde, pues, evaluar la constitucionalidad de que mediante la negociación colectiva se prohíba todo incremento remunerativo de los trabajadores públicos.

405

2.5.1. PROHIBICIÓN DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS EN MATERIA DE INCREMENTOS REMUNERATIVOS

2.5.1.1. El derecho a la negociación colectiva y los servidores públicos

42. El artículo 28 de la Constitución, en su parte pertinente, establece que “El Estado reconoce (a los trabajadores en general) los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga”. Por su parte, el artículo 42 de la Constitución precisa, en relación con los servidores públicos, que a estos se les reconoce “los derechos de sindicación y huelga”.
43. Ninguna de las partes ha negado, a partir de la relación entre los artículos 28 y 42 de la Constitución, que los servidores públicos no tengan reconocido el derecho a la negociación colectiva. Así, al suministrarse a este Tribunal los argumentos para que se declare la inconstitucionalidad del artículo 6 de la Ley 30281 -que establece la prohibición del incremento de las remuneraciones de los servidores públicos “cualquiera [que] sea su forma, modalidad, periodicidad, mecanismo y fuente de financiamiento”-, los demandantes no problematizaron que los servidores públicos carecieran de la titularidad de este derecho colectivo. Antes bien, aceptando implícitamente que lo tienen, han argumentado que

dicha disposición legal es inconstitucional al impedir a los trabajadores públicos discutir, mediante la negociación colectiva, el reajuste o incremento de sus remuneraciones y bonificaciones. Han denunciado que reducir su uso únicamente a que se obtengan mejoras en las condiciones de trabajo contraviene el artículo 28 de la Constitución, el Convenio 98 de la OIT y la jurisprudencia reiterada de este Tribunal.

44. Tampoco el apoderado del Congreso de la República ha objetado que los servidores públicos carezcan de la titularidad de este derecho colectivo. Sus argumentos de defensa se han centrado, esencialmente, en persuadir a este Tribunal de que la disposición legal cuestionada no hace sino traducir un límite al ejercicio de este derecho con base en el artículo 7 del Convenio 153 de la OIT. En su opinión, una restricción como aquella resulta razonable, pues, tratándose de los servidores públicos, autorizar un incremento a través de la vía de la negociación colectiva comportaría afectar sensiblemente los principios de equidad y estabilidad presupuestaria en los términos de los artículos 77 y 78 de la Constitución.
45. Hay razones constitucionales de suficiente peso para que este Tribunal comparta los criterios de las partes en relación con la titularidad del derecho a la negociación colectiva de los servidores públicos. El silencio del artículo 42 acerca de la titularidad del derecho de negociación colectiva por parte de los servidores públicos no puede entenderse en el sentido de que lo excluya. En diversas ocasiones, el Tribunal ha rechazado que las disposiciones de la Ley Fundamental puedan interpretarse de manera aislada; antes bien, ha indicado que la comprensión de sus disposiciones debe obtenerse a partir de una interpretación bajo los alcances del principio de unidad.
46. No otra cosa debe hacerse con la determinación de los titulares del derecho a la negociación colectiva. El reconocimiento a *todos los trabajadores* de los derechos de sindicación, huelga y negociación colectiva que realiza el artículo 28 de la Ley Fundamental también comprende a los trabajadores públicos. La ausencia de individualización semántica de este derecho en el artículo 42 de la Ley Fundamental no tiene por objeto excluir de su reconocimiento a este sector de trabajadores, sino enfatizar la importancia de los derechos a la sindicalización y huelga en este grupo de trabajadores.
47. Podría decirse, incluso, que tras la afirmación de que los servidores públicos titularizan el derecho a la sindicalización y a la huelga en los términos que formula el artículo 42 de la Constitución se encuentra implícitamente reconocido el derecho a la negociación colectiva. Esto es consecuencia de una interpretación institucional de dichos derechos a la sindicalización y a la huelga. De acuerdo

con el primero, el derecho a la sindicalización garantiza que los trabajadores constituyan organizaciones laborales tendientes a representar sus intereses. Esta representación tiene lugar, entre otros espacios, en el proceso de negociación de las condiciones del trabajo con sus empleadores. La negociación colectiva, así, es una de las principales actividades de los órganos de representación de las organizaciones de trabajadores.

48. Desde el punto de vista del derecho de huelga, este es un derecho funcionalmente orientado a permitir el ejercicio y goce del derecho de negociación colectiva. La huelga, en su sentido constitucionalmente aceptado, es un derecho al que tienen los trabajadores para satisfacer sus intereses colectivos, que se materializa no como resultado de la imposición unilateral, sino dentro del proceso de negociación que realizan trabajadores y empleadores.
49. Una interpretación diferente que no incluyese otros derechos de índole laboral, más allá de los reconocidos en el artículo 42 de la Constitución, desnaturalizaría la esencia de los derechos de sindicalización y huelga, pero tampoco guardaría coherencia con el principio-derecho de igualdad. Asimismo, una interpretación que excluyera el derecho de negociación colectiva del ámbito de los derechos del trabajador público sería de carácter sesgado.
50. Ese ha sido, por lo demás, el criterio que ha tenido este Tribunal, al sostener que “las organizaciones sindicales de los servidores públicos serán titulares del derecho a la negociación colectiva, con las excepciones que establece el mismo artículo 42” (fundamento 52 de la STC 0008-2005-PI/TC), de modo pues que es una obligación constitucional del Estado privilegiar y fomentar la negociación colectiva, y promover formas de solución pacífica de los conflictos laborales, también en el ámbito público.
51. La obligación de estimular y fomentar entre los empleadores y las organizaciones de trabajadores el procedimiento de negociación colectiva voluntaria lleva consigo una disminución del papel del Estado en la fijación de las condiciones de trabajo y empleo, pero no una anulación de su rol de garante de los derechos fundamentales y de los bienes o principios constitucionales que puedan estar involucrados, particularmente, en el caso de los trabajadores públicos.
52. Sin embargo, las tareas estatales de estímulo y fomento de la negociación colectiva no son cuestiones que el legislador pueda libremente disponer en el desarrollo legal del derecho. Estos son roles que se derivan de la obligación de garantizar el derecho a la negociación colectiva y que surgen de manera directa de los artículos 28 y 42 de la Constitución, el artículo 4 del Convenio 98 de la OIT y,

de manera más específica, del artículo 7 del Convenio 151 de la OIT, según el cual los Estados miembros deben adoptar las “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 acerca de 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”.

2.5.1.2. Derecho a la negociación colectiva y Administración Pública

53. El derecho a la negociación colectiva es un derecho fundamental de carácter colectivo y de configuración legal. Por virtud de este se reconoce a las organizaciones de trabajadores y empleadores un haz de facultades para regular conjuntamente sus intereses en el ámbito de las relaciones de trabajo. Ello comporta, primeramente, reconocer en dichas organizaciones un marco amplio y suficiente de autonomía en el que cada uno de estos colectivos, en el marco de la representación de sus propios intereses, produzca normas particulares aplicables a la relación de trabajo.

408

54. La negociación colectiva es el principal instrumento para la armonización de los intereses contradictorios de las partes en el contexto de una relación laboral. En ese sentido, dentro del respeto del orden público constitucional, la Constitución impone al Estado el deber de fomentar la negociación colectiva y promover formas de solución pacífica de los conflictos laborales. Al lado de estas tareas de fomento y estímulo, al Estado también le corresponde la obligación constitucional de asegurar y garantizar que los convenios aprobados tengan “fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado” (fundamento 5 de la STC 0785-2004-PA/TC). Las normas particulares derivadas de este proceso de negociación “tienen fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado” (artículo 28.2 de la Constitución) y, ante la aprobación de ellas por los sujetos legitimados, el Estado tiene la obligación de garantizar su cumplimiento mediante el reconocimiento de una serie de derechos de organización y procedimiento. Estos últimos, que pueden concretarse a través de la creación de una serie de agencias gubernamentales y el establecimiento de procedimientos rápidos y eficaces, a su vez, forman parte del deber estatal de garantizar las condiciones necesarias para su ejercicio y su tarea de promover su desarrollo (fundamento 3 de la STC 0261-2003-AA/TC).

55. Dentro de ese mínimo constitucionalmente sustraído al legislador se encuentran aquellos elementos que configuran la esencia de este derecho a la negociación colectiva. El primero de ellos tiene que ver con su carácter de derecho colectivo. Este no es un derecho cuya titularidad corresponda al trabajador individual-

mente considerado, sino a las organizaciones que representan los intereses de los trabajadores. Si dicha representación han de asumirla los sindicatos o también los representantes de los trabajadores en los casos en que no existan los primeros, ello no es una cuestión que quepa deducir de la Constitución, y, además, depende de lo que se establezca en la ley de desarrollo.

56. Tampoco es una cuestión que esté en manos del legislador disponer que la negociación colectiva se lleve a cabo bajo un sistema de intervencionismo estatal que anule la autonomía de los trabajadores y empleadores para negociar con la mayor libertad posible las condiciones de trabajo. A este efecto, el Tribunal recuerda que, de acuerdo con los artículos 28 y 42 de la Constitución, interpretados de conformidad con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución) -y, en particular, con lo dispuesto en los Convenios 98 de la OIT, sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, y 151, sobre las relaciones de trabajo en la Administración Pública-, la negociación colectiva es aquel proceso de diálogo realizado entre organizaciones que representan los intereses de los sectores involucrados en una relación de trabajo, encaminados a lograr un acuerdo, contrato o convenio colectivo entre las partes en el marco de una relación laboral, con el objeto de fijar o reglamentar las condiciones de trabajo y de empleo, o, lo que es lo mismo, “mejorar las condiciones de vida y de trabajo de los destinatarios” (fundamento 3 de la STC 0261-2003-AA/TC).
57. Lo anterior no significa que el legislador no pueda establecer condiciones a su ejercicio o límites al contenido de la negociación que tengan como base el orden público constitucional. En efecto, en la medida en que se trata de un derecho de configuración legal, la Constitución ha dejado al legislador un margen de discrecionalidad dentro del cual este puede delimitar o configurar su contenido protegido, al mismo tiempo que establecer las condiciones de su ejercicio y las restricciones o limitaciones a las que este puede encontrarse sometido, las que en todos los casos han de ser idóneos, necesarias y proporcionales.
58. En el caso del artículo 6 de la ley impugnada, se ha sostenido que es inconstitucional que tal norma establezca “Prohíbese...en las entidades del Gobierno Nacional, gobiernos regionales y gobiernos locales, *el reajuste o incremento de remuneraciones, bonificaciones, asignaciones, retribuciones, estímulos, incentivos y beneficios de toda índole, cualquiera sea su forma, modalidad, periodicidad, mecanismo y fuente de financiamiento. Asimismo, queda prohibida la aprobación de nuevas bonificaciones, asignaciones, incentivos, estímulos, retribuciones, dietas y beneficios de toda índole con las mismas características señaladas anteriormente*”.

59. Con la demanda se ha afirmado que la prohibición de reajuste o incremento de una serie de conceptos, que se aluden en dicho artículo 6, incide directamente en el contenido constitucionalmente protegido del derecho de negociación, pues estos forman parte de las condiciones de trabajo o condiciones de empleo.
60. El concepto “condiciones de trabajo” o “condiciones de empleo”, objeto de la negociación colectiva, es uno de amplio alcance, sujeto a un proceso de mutación y enriquecimiento constante. En su ámbito están comprendidas aquellas medidas orientadas a proteger a los representantes de los trabajadores, a otorgar facilidades a dichos representantes para que ejerzan idóneamente sus funciones y otros tipos de garantías y facilidades de carácter sindical. También forman parte de este concepto el establecimiento de diversas formas de consulta, comunicación y cooperación entre los trabajadores y los empleadores, así como los medios o canales necesarios que permitan la solución o prevención de los conflictos de naturaleza laboral.
61. Asimismo, tampoco son ajenos a su contenido la deliberación y, eventualmente, el acuerdo entre trabajadores y empleadores de cuestiones relacionadas con la seguridad y la salud, la reducción de personal, el fomento y la garantía de los derechos fundamentales (como preservar la esfera privada de los trabajadores, establecer acuerdos sobre cuestiones de género, en materia de responsabilidades familiares, maternidad o prevención de riesgos en el trabajo, entre otros). También entre los acuerdos a los que se puede llegar mediante la negociación colectiva se encuentran aquellos orientados a aumentar la eficacia y optimizar la gestión de las empresas o instituciones públicas, sea con el objeto de superar situaciones de crisis, sea con el propósito de elevar su nivel de competitividad.
62. Igualmente, el concepto “condiciones de trabajo y empleo” comprende la posibilidad de que entre trabajadores y empleadores se alcancen acuerdos relacionados con el incremento de remuneraciones.
63. Sin embargo, no es inconstitucional, por afectación del principio de igualdad, que el legislador establezca un régimen jurídico diferenciado según el proceso de negociación, y que la materialización de los acuerdos colectivos comprenda a los trabajadores del ámbito privado o, en cambio, a los servidores públicos. Esto es consecuencia, en el caso de los trabajadores públicos -con independencia del régimen laboral al cual estos últimos estén adscritos-, del hecho de que acuerdos de esta naturaleza han de alcanzarse en el marco del interés general, al cual están funcionalmente orientados los órganos de la Administración Pública, y de conformidad con los principios constitucionales que regulan el régimen presupuestal del Estado.

64. A diferencia de la negociación colectiva orientada a mejorar las condiciones de trabajo y empleo de los trabajadores del sector privado, cuyos acuerdos y posibilidades de ejecución dependen de la autonomía de los participantes del proceso de negociación colectiva, en el caso del incremento de las remuneraciones de los trabajadores públicos, la adopción de acuerdos en ese sentido excede la sola voluntad de los representantes de las agencias gubernamentales con las que se negocia. Su negociación y la adopción de acuerdos requieren que se realicen con sujeción a una serie de principios constitucionales y de conformidad con las reglas de competencia que constitucional o legalmente se hayan establecido.
65. Ahora bien, existen otras diferencias cuando la negociación colectiva tiene lugar ya sea en el ámbito privado o en el ámbito público. En este último es usual que la vigencia de un convenio colectivo dependa de su presentación ante una autoridad legislativa o administrativa con el objeto de incorporarlo a un instrumento legal o normativo en general. Ello no es inconstitucional, a diferencia de la negociación colectiva en el ámbito privado, ya que la intervención del Estado constituye una injerencia inconstitucional respecto de los acuerdos de las partes. En efecto, el bien común y el hecho de que la negociación colectiva en materia de remuneraciones y otros beneficios tenga relación directa con el manejo del presupuesto del Estado genera que se establezcan parámetros de mayor exigencia o, si se quiere, de intervención del Estado.
66. Por otro lado, la negociación colectiva en la Administración Pública está condicionada por los procesos presupuestarios, los cuales, a su vez, dependen de factores como el crecimiento económico, la deuda pública, el nivel de descentralización, el grado de estabilidad política, la tendencia política del Gobierno, la demografía, la tasa de desempleo, la participación del sector público en el PBI, las preferencias de los contribuyentes, la evolución de los ciclos económicos y las reglas presupuestarias de cada ordenamiento (OIT. *La negociación colectiva en el sector público*, 2011).
67. Empero, no debe perderse de vista que el derecho de negociación colectiva es principalmente un proceso de diálogo en el que no siempre los trabajadores obtendrán todas sus demandas, y que eventualmente el ejercicio de este derecho involucra la necesidad de ceder algunas peticiones para obtener otros beneficios, dependiendo de las prioridades de la organización y las limitaciones económicas del Estado. La obligación del Estado en relación con la promoción y el fomento de la negociación colectiva, en realidad, es de medios y no de resultados. Sin embargo, el proceso de negociación se debe llevar a cabo bajo reglas que per-

mitan llegar a un acuerdo y que no traben esta posibilidad desde su inicio. Por ello, el Tribunal considera que el Estado tiene la obligación de procurar llegar a un acuerdo, *para lo cual debe llevar a cabo negociaciones verdaderas y constructivas, inclusive a través de la facilitación de informaciones relevantes y necesarias; evitar demoras injustificadas en la negociación o la obstrucción de la misma y tomar en cuenta de buena fe los resultados de las negociaciones.* Igualmente, los participantes en la negociación colectiva deben *respetar mutuamente los compromisos asumidos y los resultados obtenidos a través de las negociaciones colectiva*” (OIT. La negociación colectiva en el sector público, 2011). Además de lo ya señalado, en el derecho a la negociación colectiva de los trabajadores públicos han de tenerse presentes las exigencias que demandan los principios que regulan el derecho constitucional presupuestario, en particular, los principios de equilibrio y legalidad presupuestal. Por ello, cualquiera que fuese el modelo por el que opte el legislador, la aprobación final del incremento de remuneraciones ha de contemplar la aprobación parlamentaria. En concreto, es necesario que el resultado de la negociación colectiva no genere un exceso de gastos que conlleven un desbalance en el presupuesto general de la república. Ahora bien, aunque el modelo de Estado social debe procurar el goce pleno de los derechos de las personas, entre ellos el de una remuneración adecuada, ello no significa que el Estado tenga que asumir una deuda pública desproporcionada en aras de atender estas necesidades legítimas de los empleados públicos, pero que deben ponderarse con otros fines igualmente relevantes. Si bien el endeudamiento público es una forma de financiamiento para el Estado, ello no implica que se pueda llevar a cabo sin ningún límite, aun cuando las demandas sociales exijan que el Estado tenga la obligación de obtener recursos para cubrirlas.

68. Por otro lado, este Tribunal advierte que, en el caso de la negociación colectiva de los trabajadores públicos en materia de remuneraciones, el desarrollo legal es insuficiente. Así, por ejemplo, la Ley del Servicio Civil, Ley 30057, contiene en el capítulo VI de su Título III (Derechos colectivos) algunas disposiciones sobre negociación colectiva (artículos 42 al 44). No obstante, dicha regulación es incompleta, puesto que dicho régimen no se aplica a toda las entidades públicas (Primera Disposición complementaria final). Cabe señalar, no obstante, que este Tribunal no emitirá pronunciamiento en la presente sentencia sobre la constitucionalidad de las disposiciones de la Ley 30057, de Servicio Civil, que estén referidas a negociación colectiva. Ello en virtud de que sobre la referida ley han sido interpuestas seis demandas de inconstitucionalidad (25-2013-PI; 03-2014-PI; 08-2014-PI; 13-2015-PI; 10-2015-PI) las que serán materia de pronunciamiento por parte de este Tribunal en su debido momento. De otro lado, la Ley de

relaciones colectivas de trabajo (TUO aprobada por el DS 010-2003-TR) prevé su aplicación para trabajadores estatales únicamente del régimen de la actividad privada.

69. La omisión legislativa acotada constituye un incumplimiento de obligaciones internacionales a las que el Estado peruano se sometió con la ratificación de los Convenios de la OIT 98 y 151, así como una violación por omisión de la Constitución. En ese sentido, el Tribunal está autorizado a declarar la existencia de una situación de hecho inconstitucional derivada de la inacción legislativa.
70. Ahora bien, esta omisión legislativa no autoriza al Tribunal Constitucional a suplir al legislador en las tareas que la Constitución le ha confiado. El principio de división de poderes y el principio de corrección funcional en la interpretación y aplicación de la Constitución no autorizan a este Tribunal a superponerse al órgano que, de acuerdo con la Ley Fundamental, está llamado a desarrollar legislativamente los derechos constitucionales. Por ello, en el marco del principio de colaboración de poderes, el Tribunal exhorta al Poder Legislativo a enmendar esta omisión dictando las disposiciones legales necesarias que permitan hacer efectivo este derecho.
71. En ocasiones semejantes, cuando se ha advertido la existencia de una omisión legislativa que el legislador deba suplir, este Tribunal ha expedido un tipo especial de sentencia, que en nuestra jurisprudencia se ha denominado “exhortativa”. Por lo general, mediante esta clase de sentencias se ha invitado al legislador a cubrir la ausencia (total o parcial) de legislación y se le ha concedido un lapso, que nunca ha excedido el año.

En el presente caso, el Tribunal advierte que la expedición de esta sentencia virtualmente coincide con la convocatoria a elecciones generales para renovar a los representantes del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo. Tal circunstancia es un factor que este Tribunal no puede dejar de considerar en la modulación en el tiempo de los efectos de su decisión. Ello tanto desde el punto de vista de lo que queda del mandato a la actual composición parlamentaria, donde debe respetarse la obligación constitucional de agotarse debidamente cada una de las etapas o fases del procedimiento legislativo, como por la necesidad que se llegue a consensuar un proyecto legislativo que tenga en cuenta también el interés nacional.

De hecho, al adoptar esta decisión, este Tribunal no ha dejado de considerar su impacto en el ámbito de la economía nacional. Después de todo, el mandato que recibe de actuar de garante del pacto constitucional, no le exime de resolver te-

niendo en consideración el deber que proclama el artículo 44 de la Constitución, según el cual un deber primordial del Estado es “promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación”.

Por ello, al establecer un lapso de *vacatio sententiae*, que empezará a contarse desde la primera legislatura ordinaria del periodo 2016-2017, y que no podrá exceder de un año, el Tribunal exhorta al Congreso de la República para que emita la legislación pertinente conforme a lo dispuesto en esta sentencia.

72. Por otro lado, el Tribunal recuerda que el Congreso goza de discrecionalidad para decidir el contenido de la regulación y las condiciones de ejercicio del derecho a la negociación colectiva de los trabajadores del sector público. Dentro de ese margen de discrecionalidad, corresponde al legislador definir cuáles son las instancias gubernamentales competentes para participar en procesos de negociación y los límites dentro de los cuales es posible arribar a acuerdos sobre incremento de remuneraciones de los trabajadores públicos.
73. Al fijar cuáles son las instancias gubernamentales competentes, el legislador puede decidir autorizar la competencia para entablar procedimientos de negociación colectiva a entes del nivel central de gobierno, del nivel sectorial o incluso a instancias específicas de las instituciones públicas individualmente consideradas. También son admisibles otros niveles de negociación existentes en el Derecho comparado, al que la OIT ha reconocido su admisibilidad desde el punto de vista del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Entre estos se encuentran los modelos de negociación en niveles descentralizados o, incluso, la configuración de modelos mixtos, es decir, que combinen niveles de negociación colectiva centralizada con niveles de negociación colectiva descentralizados. En líneas generales, el empleador, entendido como “Administración Pública” que se recoge en el Convenio 151 de la OIT, comprende a todos los organismos o instituciones investidos de autoridad o funciones públicas, sea cual fuere el método de determinar su dirección, políticas o actividades.
74. También queda en el margen de discrecionalidad con que cuenta el poder legislativo considerar como criterio de inclusión la negociación correspondiente, en la que intervengan las autoridades del Estado, sobre todo porque podría ser adecuado para resolver cuestiones de mayor alcance. Además del establecimiento o no de una modalidad de negociación como la mencionada, es indispensable que la futura ley de desarrollo del derecho a la negociación colectiva en el sector público introduzca criterios que hagan posible que el diálogo se realice de manera transparente y de buena fe.

75. En consecuencia, el legislador debe aprobar, la regulación de la negociación colectiva, conforme a lo señalado en el fundamento 71 de la presente sentencia.
76. Así, no debe perderse de vista que en el ámbito del Derecho estatal, la negociación colectiva se lleva a cabo en un contexto en el que el Estado financia los gastos de la Administración Pública, principalmente a través del pago de impuestos de sus ciudadanos y, por ello, el Estado tiene la obligación de velar por el interés general, de modo tal que los salarios de los trabajadores del Estado debe articularse con dicha finalidad u objetivo del modelo de Estado Social.
77. En cualquier caso, en situaciones de grave crisis o de emergencia, ninguna restricción en materia de salarios puede afectar el mínimo vital de cualquier individuo, ya que, por debajo de ese umbral, se habrá afectado el derecho a una vida digna y a la propia subsistencia.
78. Estos criterios pueden ser un elemento objetivo a partir del cual las partes de la negociación colectiva podrían arribar a un acuerdo relativo al incremento salarial de los trabajadores, sin que ello suponga la afectación del principio de equilibrio presupuestario o la estabilidad económica del Estado.
79. Es también admisible, desde el punto de vista del contenido legalmente garantizado del derecho a la negociación colectiva, que se establezca que las negociaciones colectivas relacionadas con el incremento de salarios deban ser ratificadas, en última instancia, por el poder legislativo, pues a este corresponde la titularidad y responsabilidad respecto de las decisiones en materia presupuestaria (principio de legalidad presupuestal).
80. Al desarrollarse legislativamente el derecho a la negociación colectiva de los trabajadores públicos, el legislador no debe olvidar las previsiones y salvaguardas que explícita o implícitamente se deriven de los principios que regulan el derecho constitucional presupuestario y, en particular, el principio de equilibrio presupuestal. Aquello debe darse no solo desde el punto de vista de la asignación equitativa de “los recursos públicos”, sino también del hecho de que su programación y ejecución debe estar orientada a responder a “criterios de eficiencia de necesidades sociales básicas y de descentralización”. Por lo demás, se trata de un límite que resulta también admisible en el ámbito del Derecho internacional de los derechos humanos, pues allí también se señala que los Estados deberán adoptar medidas adecuadas a las condiciones nacionales para fomentar la negociación colectiva (artículos 4 del Convenio 98 y 7 del Convenio 151 de la OIT).

81. Ahora bien, aun cuando se ha señalado que el derecho a la negociación colectiva implica la posibilidad de que los trabajadores negocien colectivamente el incremento de los salarios, ello no significa que eventualmente este derecho no pueda ser objeto de una restricción cuando concurra o tenga lugar una circunstancia excepcional. Dichas limitaciones deben ser razonables y proporcionales. Cuando los Estados atraviesan crisis económicas, financieras o periodos de austeridad, es posible limitar el poder de negociación colectiva en materia de salarios. Así, el legislador puede prever que, durante la época de crisis, los trabajadores del sector público no puedan negociar el incremento anual del salario, el monto por horas extra de trabajo o el monto de remuneración en días feriados. Estas limitaciones son constitucionales siempre que sean de naturaleza temporal y respondan a una situación real de urgencia, como la de una crisis económica y financiera.
82. Por otro lado, los límites a la negociación colectiva de los trabajadores que pertenecen al sector público serán admisibles siempre que estos sean razonables y proporcionales, es decir, que no terminen desnaturalizando el contenido de este derecho, el cual supone la capacidad de negociar salarios justos, condiciones humanas y equitativas de trabajo, seguridad y protección en el trabajo, entre otros.
- 416 83. El Tribunal entiende que pueden imponerse restricciones de orden presupuestal a la negociación colectiva con los trabajadores del sector público y que el establecimiento de estos límites al poder de negociación colectiva (collective bargaining) puede encontrarse justificado y ser razonable atendiendo a situaciones de insuficiencia económica por las que atraviese el Estado. Sin embargo, incluso en casos como el mencionado, la prohibición de negociación colectiva siempre debe estar sujeta a criterios de temporalidad. El Tribunal juzga que las limitaciones indefinidas o que impidan que en el futuro los trabajadores puedan negociar sus condiciones laborales, más allá del periodo previsto por la ley restrictiva, son, en sí mismas, inconstitucionales.
84. Precisamente, la restricción temporal de la negociación colectiva, en cuanto al incremento de salarios, guarda coherencia con el hecho de que este es un mecanismo que permite equiparar las relaciones entre trabajadores y empleadores. De lo contrario, y de mantenerse una restricción absoluta e indefinida del ejercicio de este derecho de los trabajadores, el Tribunal considera que se desnaturalizaría dicha relación si se impide que los trabajadores tengan la posibilidad de someter sus expectativas legítimas sobre la mejora de condiciones laborales u otros mediante el proceso de negociación y diálogo entre el Estado y sus trabajadores.
85. Por ello, el Tribunal considera que las restricciones temporales deben ser excepcionales y limitarse a lo indispensable, y que el Estado debe procurar garantizar

un adecuado nivel de vida para los trabajadores, a pesar del impedimento del incremento de salarios (OIT. La negociación colectiva en el sector público, 2011). También es incompatible con la exigencia de temporalidad el establecimiento de restricciones por periodos de tiempo prolongados; por ello, *la imposibilidad de negociar aumentos salariales de manera indeterminada es contraria al principio de negociación libre y voluntaria consagrado en el Convenio 98* (Comité de Libertad Sindical, recomendación en el Caso 2690, Trabajadores de SUNAT c/ Perú). La infracción a los principios de negociación colectiva libre y voluntaria, en este caso, no se deriva de la imposibilidad de negociar aumentos de sueldos y remuneraciones (medida que puede encontrarse transitoriamente justificada), sino de la permanencia indefinida de esta.

86. En razón de esta premisa, el Comité de Libertad Sindical ha acotado que la prohibición o limitación de la negociación colectiva en materia de incrementos salariales, siendo una medida excepcional, *debe limitarse a lo necesario y no exceder de un período razonable e ir acompañada de garantías adecuadas para proteger el nivel de vida de los trabajadores*, ya que una limitación permanente vulnera el Convenio 98 de la OIT (Comité de Libertad Sindical, recomendación en el Caso 2690, Trabajadores de SUNAT c/ Perú). Ahora bien, en sus Recomendaciones el Comité de Libertad Sindical ha considerado que una limitación al derecho de negociación colectiva que se extienda por tres años es una “restricción considerable” (Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, 2006, párr. 1025). Ello es coherente con la decisión del Comité en otro caso, que en el ámbito nacional fue resuelto por la Corte Suprema de Canadá, que declaró la constitucionalidad de la Ley que establecía el 1.5% como máximo porcentaje de incremento salarial en los años 2008-2011 (*Expenditure Restraint Act*), ya que se trataba de una medida temporal (caso Meredith vs. Canada). Sin embargo, el propio Comité de Libertad Sindical estableció que Canadá había excedido el plazo razonable de la restricción, ya que el periodo de la prohibición para negociar incrementos salariales más allá del 1.5% del salario de los trabajadores era de cinco años (Queja contra el Gobierno del Canadá presentada por la Confederación de Sindicatos Nacionales (CSN). Caso 2821).
87. No obstante que tales limitaciones o prohibiciones excesivas en el tiempo se han declarado incompatibles con el Convenio 98 de la OIT, el Comité de Libertad Sindical ha expresado ser consciente de que la negociación colectiva en el sector público exige la verificación de los recursos disponibles en los distintos organismos o empresas públicas, y de que tales recursos están condicionados por los presupuestos del Estado (Caso 1617, Quejas contra el gobierno del Ecu-

dor presentadas por la Confederación de Trabajadores de Ecuador). Por ello, ha señalado que la legislación que establece las restricciones debería dejar de tener efectos como máximo en las fechas estipuladas en la ley, o incluso antes, si mejora la situación financiera y económica (Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, 2006, párr. 1025).

88. En virtud de lo expuesto, este Tribunal considera que las restricciones o prohibiciones a la negociación colectiva de los trabajadores del sector público que obedecen al principio de equilibrio presupuestal no pueden exceder de la vigencia anual de las leyes de presupuesto, siendo de tres años el plazo máximo de duración de la prohibición, y siempre que subsistan las razones que condujeron a adoptarlas. No obstante, se debe reiterar que durante el periodo en el que la restricción en materia de incrementos salariales está vigente, el Estado debe hacer todo lo posible por revertir la situación de crisis que ha generado tal limitación en el derecho a la negociación colectiva de los trabajadores e incluso levantar la restricción mencionada en el caso de que mejore la situación económica y financiera del Estado (Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, 2006, párr. 1025).
89. Asimismo, el hecho de que la negociación colectiva en materia de remuneraciones pueda limitarse por causas justificadas no significa que este derecho deba limitarse en todas sus dimensiones; por el contrario, el Estado debe procurar promover la negociación colectiva respecto de otros asuntos de índole no monetaria (Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, 2006, párr. 1027).
90. Así pues, una interpretación adecuada y razonable de los artículos 28, 42, 77 y 78 de la Constitución, así como de los Convenios 98 y 151 de la OIT, referidos a la negociación colectiva en la Administración Pública, confiere el derecho de los trabajadores o servidores públicos de discutir el incremento de las remuneraciones a través del mecanismo de la negociación colectiva, con respeto del principio de equilibrio y legalidad presupuestales. Y si bien las restricciones o prohibiciones a que se negocie el incremento de sus remuneraciones no son en sí mismas inconstitucionales, tal estatus jurídico-constitucional se alcanza todas las veces en que la prohibición exceda los tres años, que es el lapso máximo para que una medida de esta naturaleza puede prorrogarse.
91. En el caso, el Tribunal observa que los artículos 6 de las Leyes 29812 y 29951, del Presupuesto Público de los años 2012 y 2013, prohíben que las entidades del Gobierno nacional, regional o local puedan autorizar el reajuste o incremento de

remuneraciones, bonificaciones, dietas, asignaciones, retribuciones, estímulos, incentivos y beneficios de toda índole, cualquiera que sea su forma, modalidad, periodicidad, mecanismo y fuente de financiamiento. El Tribunal considera que el procedimiento de negociación colectiva se comprende como uno de los mecanismos con los cuales está prohibido acordar el incremento de remuneraciones y, en cuanto tal, se trata de una medida legislativa que interviene en el ámbito constitucionalmente garantizado de este derecho colectivo.

92. El Tribunal toma nota de que medidas semejantes se han establecido invariablemente en las Leyes del Presupuesto del Sector Público, anteriores y posteriores a las leyes sobre la misma materia de los años 2012 y 2013, objeto del presente proceso de inconstitucionalidad. Así, cuando menos, en las Leyes del Presupuesto del Sector Público de los años 2006, 2008, 2009, 2010, 2011, 2014 y 2015, como puede verse en el siguiente cuadro.

LEY DE PRESUPUESTO DEL SECTOR PÚBLICO	
<p><u>Ley 30281</u></p> <p><u>Para el Año Fiscal 2015</u></p> <p>4 de diciembre de 2014</p>	<p>Artículo 6. Ingresos del personal</p> <p>Prohíbese en las entidades del Gobierno Nacional, gobiernos regionales y gobiernos locales, el reajuste o incremento de remuneraciones, bonificaciones, dietas, asignaciones, retribuciones, estímulos, incentivos, compensaciones económicas y beneficios de toda índole, cualquiera sea su forma, modalidad, periodicidad, mecanismo y fuente de financiamiento. Asimismo, queda prohibida la aprobación de nuevas bonificaciones, asignaciones, incentivos, estímulos, retribuciones, dietas, compensaciones económicas y beneficios de toda índole con las mismas características señaladas anteriormente.</p> <p>Los arbitrajes en materia laboral se sujetan a las limitaciones legales establecidas por la presente norma y disposiciones legales vigentes. La prohibición incluye el incremento de remuneraciones que pudiera efectuarse dentro del rango o tope fijado para cada cargo en las escalas remunerativas respectivas.</p>
<p><u>Ley 30114</u></p> <p><u>Para el Año Fiscal 2014</u></p> <p>2 de diciembre de 2013</p>	<p>Artículo 6. Ingresos del personal</p> <p>Prohíbese en las entidades del Gobierno Nacional, gobiernos regionales y gobiernos locales, el reajuste o incremento de remuneraciones, bonificaciones, dietas, asignaciones, retribuciones, estímulos, incentivos y beneficios de toda índole, cualquiera</p>

	<p>sea su forma, modalidad, periodicidad, mecanismo y fuente de financiamiento. Asimismo, queda prohibida la aprobación de nuevas bonificaciones, asignaciones, incentivos, estímulos, retribuciones, dietas y beneficios de toda índole con las mismas características señaladas anteriormente.</p> <p>Los arbitrajes en materia laboral se sujetan a las limitaciones legales establecidas por la presente norma y disposiciones legales vigentes. La prohibición incluye el incremento de remuneraciones que pudiera efectuarse dentro del rango o tope fijado para cada cargo en las escalas remunerativas respectivas.</p>
<p><u>Ley 29951</u> <u>Para el Año Fiscal</u> <u>2013</u> 4 de diciembre de 2012</p>	<p>Artículo 6. Ingresos del personal</p> <p>Prohíbese en las entidades del Gobierno Nacional, gobiernos regionales y gobiernos locales, el reajuste o incremento de remuneraciones, bonificaciones, dietas, asignaciones, retribuciones, estímulos, incentivos y beneficios de toda índole, cualquiera sea su forma, modalidad, periodicidad, mecanismo y fuente de financiamiento. Asimismo, queda prohibida la aprobación de nuevas bonificaciones, asignaciones, incentivos, estímulos, retribuciones, dietas y beneficios de toda índole con las mismas características señaladas anteriormente.</p> <p>Los arbitrajes en materia laboral se sujetan a las limitaciones legales establecidas por la presente norma y disposiciones legales vigentes. La prohibición incluye el incremento de remuneraciones que pudiera efectuarse dentro del rango o tope fijado para cada cargo en las escalas remunerativas respectivas.</p>
<p><u>Ley 29812</u> <u>Para el Año Fiscal</u> <u>2012</u> 9 de diciembre de 2011</p>	<p>Artículo 6. Ingreso de personal</p> <p>Prohíbese en las entidades del Gobierno Nacional, gobiernos regionales y gobiernos locales, el reajuste o incremento de remuneraciones, bonificaciones, dietas, asignaciones, retribuciones, estímulos, incentivos y beneficios de toda índole, cualquiera sea su forma, modalidad, periodicidad, mecanismo y fuente de financiamiento. Asimismo, queda prohibida la aprobación de nuevas bonificaciones, asignaciones, incentivos, estímulos, retribuciones, dietas y beneficios de toda índole con las mismas características señaladas anteriormente.</p> <p>Los arbitrajes en materia laboral se sujetan a las limitaciones legales establecidas por la presente norma. La prohibición incluye el</p>

	<p>incremento de remuneraciones que pudiera efectuarse dentro del rango o tope fijado para cada cargo en las escalas remunerativas respectivas.</p>
<p><u>Ley 29626</u> <u>Para el Año Fiscal 2011</u> 9 de diciembre de 2010</p>	<p>Artículo 6º.- De los ingresos del personal</p> <p>6.1 Prohíbese en las entidades del nivel de Gobierno Nacional, gobiernos regionales y gobiernos locales, el reajuste o incremento de remuneraciones, bonificaciones, dietas, asignaciones, retribuciones, estímulos, incentivos y beneficios de toda índole, cualquiera sea su forma, modalidad, periodicidad, mecanismo y fuente de financiamiento.</p> <p>Asimismo, queda prohibida la aprobación de nuevas bonificaciones, asignaciones, incentivos, estímulos, retribuciones, dietas y beneficios de toda índole con las mismas características señaladas anteriormente. El Seguro Social de Salud (EsSalud), los arbitrajes en materia laboral y la Empresa Petróleos del Perú (Petroperú S.A.) se sujetan a las limitaciones legales establecidas por la presente norma.</p> <p>6.2 La prohibición incluye el incremento de remuneraciones que pudiera efectuarse dentro del rango o tope fijado para cada cargo en las escalas remunerativas respectivas.</p>
<p><u>Ley 29455</u> <u>Para el Año Fiscal 2010</u></p>	<p>Artículo 6. De los ingresos del personal</p> <p>6.1 Prohíbese en las entidades de los tres (3) niveles de gobierno el reajuste o incremento de remuneraciones, bonificaciones, dietas, asignaciones, retribuciones, estímulos, incentivos y beneficios de toda índole, cualquiera sea su forma, modalidad, periodicidad, mecanismo y fuente de financiamiento. Asimismo, queda prohibida la aprobación de nuevas bonificaciones, asignaciones, incentivos, estímulos, retribuciones, dietas y beneficios de toda índole con las mismas características señaladas anteriormente. El Seguro Social de Salud (EsSalud), los arbitrajes en materia laboral y la Empresa Petróleos del Perú (PETROPERÚ S.A.) se sujetan a las limitaciones legales establecidas por la presente norma. En el caso de la Empresa Petróleos del Perú (PETROPERÚ S.A.) y EsSalud, las negociaciones colectivas que eventualmente arriben a etapa arbitral, el Ministerio de Economía y Finanzas será la única instancia facultada para autorizar la capacidad de oferta de las entidades, en materia de reajuste de ingresos, a proponer ante</p>

las entidades, en materia de reajuste de ingresos, a proponer ante los tribunales arbitrales.

Exonérase del párrafo 6.1 a la Contraloría General de la República y al Instituto Nacional Penitenciario, y autorízase al Ministerio de Justicia a modificar el Anexo N° 1 del Decreto Supremo N° 003 - 2005 - JUS, y reajustar la Asignación Especial por Condiciones de Trabajo a favor de los servidores penitenciarios.

Exonérase del párrafo 6.1 a las entidades públicas que se indican a continuación: Servicio Nacional de Sanidad Agraria (Senasa), Autoridad Nacional del Agua (ANA), Instituto del Mar del Perú (Imarpe), Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), Centro Nacional de Planeamiento Estratégico (Ceplan), Programa de Emergencia Social Productivo “Construyendo Perú”, Instituto Nacional de Radio y Televisión del Perú (IRTP), Programa Nacional de Asistencia Alimentaria (Pronaa), Programa Integral Nacional para el Bienestar Familiar (Inabif), Programa Nacional Fondo de Cooperación para el Desarrollo Social (Foncodes) y Administración Central del Pliego 039, previa autorización de la Dirección Nacional del Presupuesto Público del Ministerio de Economía y Finanzas, bajo responsabilidad.

Exonérase del párrafo 6.1 al Centro Nacional de Planeamiento Estratégico (Ceplan) para el pago de dietas a los miembros del Consejo Directivo, con excepción del Presidente del Consejo, y a los vocales del Tribunal del Servicio Civil.

6.2 La prohibición incluye el incremento de remuneraciones que pudieran efectuarse dentro del rango o tope fijado para cada cargo en las escalas remunerativas respectivas.

6.3 Las excepciones, por única vez, al párrafo 6.1 se aprueban conforme a la normatividad vigente, con sujeción al Marco Macroeconómico Multianual y con cargo al presupuesto institucional del pliego respectivo, sin demandar recursos adicionales al Tesoro Público y sin afectar las metas y objetivos de la entidad, previo informe favorable del Ministerio de Economía y Finanzas.

<p><u>Ley 29289</u></p> <p><u>Para el Año Fiscal 2009</u></p> <p>11 de diciembre de 2008</p>	<p>Artículo 5. De los ingresos del personal</p> <p>5.1 En las entidades públicas, incluyendo e Seguro Social de Salud (EsSalud), organismos reguladores y la Empresa Petróleos del Perú (PETROPERÚ S.A.), queda prohibido el reajuste o incremento de remuneraciones, bonificaciones, dietas, asignaciones, retribuciones, incentivos y beneficios de toda índole, cualquiera sea su forma, modalidad, mecanismo y fuente de financiamiento. Asimismo, queda prohibida la aprobación de nuevas bonificaciones, asignaciones, retribuciones, dietas y beneficios de toda índole; excepto para el Cuerpo de Gerentes Públicos regulado por el Decreto Legislativo N° 1024, contratados en el marco del Decreto Legislativo N° 1026, el Ministerio del Ambiente, la Contraloría General de la República y el Servicio Nacional de Capacitación para la Industria y la Construcción (Sencico).</p> <p>Los arbitrajes en materia laboral que se efectúen de acuerdo con la normatividad de la materia se sujetan a las limitaciones legales establecidas por la presente Ley.</p> <p>5.2 Dicha prohibición incluye el incremento de remuneraciones que pudieran efectuarse dentro del rango o tope fijado para cada cargo en las escalas remunerativas respectivas, y aquellos incrementos que se autoricen dentro de dicho rango, con excepción de los Presidentes y Consejeros que vinieron percibiendo ingresos menores a los topes establecidos en el Decreto de Urgencia N° 038-2006.</p> <p>5.3 Las entidades públicas independientemente del régimen laboral que las regule y sin excepción, no se encuentran autorizadas para efectuar gastos por concepto de horas extras. En caso se requiera mantener al personal en el centro de labores, se deben establecer turnos u otros mecanismos que permitan el adecuado cumplimiento de las funciones de la entidad.</p>
<p><u>Ley 29142</u></p> <p><u>Para el Año Fiscal 2008</u></p> <p>10 de diciembre de 2007</p>	<p>Artículo 5. De los ingresos del personal</p> <p>5.1 En las entidades públicas, incluyendo el Seguro Social de Salud – EsSalud, la Contraloría General de la República, organismos reguladores y la Empresa Petróleos del Perú – PETROPERÚ S.A., queda prohibido el reajuste o incremento de remuneraciones, bonificaciones, dietas, asignaciones, retribuciones, incentivos y beneficios de toda índole, cualquiera sea su forma, modalidad, mecanismo y fuente de financiamiento.</p>

	<p>Asimismo, queda prohibida la aprobación de nuevas bonificaciones, asignaciones, retribuciones y beneficios de toda índole.</p> <p>5.2 Dicha prohibición incluye el incremento de remuneraciones que pudieran efectuarse dentro del rango o tope fijado para cada cargo, en las respectivas escalas remunerativas, y de aquellos incrementos que se han autorizado dentro de dicho rango.</p> <p>5.3 Las entidades públicas, independientemente del régimen laboral que las regule, no se encuentran autorizadas para efectuar gastos por concepto de horas extras. En los supuestos de que se requiera mantener personal en el centro de labores, se deben establecer turnos u otros mecanismos que permitan el adecuado cumplimiento de las funciones de la entidad.</p>
<p>Ley 28927 Para el Año Fiscal 2007 12 de diciembre de 2006</p>	<p>Artículo 7. Certificación de Crédito Presupuestario en gastos de capital y personal</p> <p>7.1 Establécese que cuando se trate de gastos de capital, la realización de la etapa del compromiso durante la ejecución del gasto público es precedida por la emisión del documento que lo autorice. Dicho documento debe acompañar la certificación emitida por la Oficina de Presupuesto o la que haga sus veces, sobre la existencia del crédito presupuestario suficiente orientado a la atención del gasto en el Año Fiscal 2007.</p> <p>7.2 En el caso de gastos orientados a la contratación o nombramiento de personal, cuando se cuente con autorización legal, se debe certificar la existencia de la plaza correspondiente y el crédito presupuestario que garantice la disponibilidad de recursos desde la fecha de ingreso del trabajador a la entidad hasta el 31 de diciembre de 2007.</p> <p>7.3 Cuando en dichos casos el gasto comprometa años fiscales subsiguientes, se debe garantizar que su programación presupuestaria se encuentra debidamente prevista en la escala de prioridades del año fiscal respectivo.</p> <p>7.4 Es responsabilidad de la Oficina de Presupuesto o la que haga sus veces, la previsión de los Créditos Presupuestarios para la atención de las obligaciones que se contraigan para el presente Año Fiscal así como, para los años fiscales subsiguientes.</p>

<p>Ley 28652</p> <p>Para el Año Fiscal 2006</p>	<p>Artículo 8. Disposiciones de austeridad</p> <p>Las Entidades deben aplicar obligatoriamente, durante la ejecución del presupuesto, las siguientes disposiciones de austeridad, independientemente de la fuente de financiamiento:</p> <p>a) Queda prohibido el reajuste o incremento de remuneraciones, así como la aprobación de las escalas remunerativas, bonificaciones, dietas, asignaciones, retribuciones y beneficios de toda índole cualquiera sea su forma, modalidad, mecanismo, fuente de financiamiento. Asimismo, queda prohibido el incremento de los incentivos laborales que se otorgan a través del CAFAE.</p> <p>Dicha prohibición incluye el incremento de remuneraciones, que pudieran efectuarse dentro del rango o tope fijado para cada cargo en las respectivas escalas remunerativas; así como, aquellos incrementos que se han autorizado dentro de dicho rango y que no se hubieran hecho efectivos a la fecha de entrada en vigencia de la presente Ley.</p> <p>Quedan exceptuadas las Cajas Municipales de Ahorro y Crédito de lo descrito anteriormente.</p> <p>b) Queda prohibido, sin excepción, el ingreso de personal por servicios personales y el nombramiento, salvo los casos siguientes, siempre que se cuente con plaza presupuestada:</p> <p>b.1 El reemplazo por cese del personal o para suplencia temporal de los servidores del Sector Público, que se hubiesen producido a partir del segundo semestre del año fiscal 2005, de conformidad con la normatividad respectiva. En el caso de la suplencia de personal, una vez finalizada la labor para la cual fue contratada la persona, los contratos respectivos quedan resueltos automáticamente.</p> <p>b.2 La designación en cargos de confianza, conforme a los documentos de gestión del pliego y a la normatividad vigente.</p> <p>b.3 La contratación o nombramiento, según corresponda, de magistrados del Poder Judicial, fiscales del Ministerio Público, agentes de seguridad penitenciarios del Instituto Nacional Penitenciario (INPE), docentes universitarios y del magisterio nacional, profesionales y personal asistencial de la salud, así como del personal egresado de las Escuelas de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional y de la Academia Diplomática.</p>
---	--

	<p>b.4 La reincorporación o reubicación a que se refiere la Ley N° 27803, cuando cumpla con los requisitos que esta Ley establece.</p> <p>c) Sólo pueden celebrarse contratos de servicios no personales y/o locación de servicios con personas naturales, siempre que:</p> <p>c.1 Los recursos destinados a celebrar tales contratos estén previstos en sus respectivos presupuestos autorizados.</p> <p>c.2 El locador que se pretenda contratar no realice actividades o funciones equivalentes a las que desempeñe el personal permanente conforme al Reglamento de Organización y Funciones –ROF de la entidad, debiendo limitarse a efectuar funciones de carácter específico, temporal y eventual.</p> <p>d) Las Entidades Públicas, independientemente del régimen laboral que las regule, no se encuentran autorizadas para efectuar gastos por concepto de horas extras.</p> <p>En los supuestos que se requiera mantener personal en el centro de labores, se deben establecer turnos u otros mecanismos que permitan el adecuado cumplimiento de las funciones de la entidad.</p> <p>[...].</p>
--	--

93. Puesto que al día siguiente de publicarse en el diario oficial *El Peruano* el artículo 6 de la Ley 29951, ya el plazo máximo de tres años de prohibición del incremento de remuneraciones mediante el procedimiento de negociación colectiva había excedido largamente, el Tribunal Constitucional considera que dicha disposición es incompatible con los artículos 28 y 42 de la Constitución, que reconocen el derecho a la negociación colectiva de los trabajadores del sector público. Sin embargo, la aludida inconstitucionalidad no comprende toda la disposición impugnada, sino solo el impedimento de solicitar y alcanzar incrementos salariales mediante la negociación colectiva, lo que se desprende de la expresión “beneficios de toda índole”, así como de la expresión “mecanismo”, esta última por aludir al mecanismo de la negociación colectiva, por lo que deberá declararse inconstitucional.
94. El Tribunal advierte, igualmente, que si bien no es competente para declarar la inconstitucionalidad de las leyes anteriores a las impugnadas con las presentes demandas de inconstitucionalidad, al no haberse suministrado información rela-

cionada con la existencia de hechos y situaciones jurídicas no agotadas, ocurridas durante el lapso en que estuvieron vigentes, tal incompetencia no le alcanza para declarar la inconstitucionalidad de las disposiciones que reiteran el contenido semántico de los artículos 6 de las Leyes del Presupuesto que hayan sido expedidas con posterioridad a la expedición de las Leyes 29182 y 29951. Esto es, para declarar la inconstitucionalidad del artículo 6 de la Ley 30114, del Presupuesto del Sector Público del año 2014, y el artículo 6 de la Ley 30281, del Presupuesto del Sector Público del año 2015.

95. Conforme a nuestra jurisprudencia, aun cuando los sujetos legitimados para interponer una demanda de inconstitucionalidad no lo hubieran planteado, este Tribunal puede extender la declaración de inconstitucionalidad a todas aquellas otras disposiciones que se encuentren ligadas a los dispositivos impugnados, sea por *conexión o consecuencia*. Una relativización del principio de congruencia con estos alcances es posible de acuerdo con el artículo 78 del Código Procesal Constitucional en todos aquellos casos en los que las disposiciones declaradas inconstitucionales se encuentren vinculadas, por *conexión o consecuencia*, a otras disposiciones del mismo rango (Fund. 14 de la STC 0053-2004-PI/TC) o de rango infralegal (Fund. 77 de la STC 0045-2004-AI/TC).
96. A estos efectos, el Tribunal ha declarado que la relación de *conexidad* entre normas se da en todos los casos en los que el supuesto o la consecuencia de una de ellas es complementada, precisada o concretizada por otra. En cambio, la relación por *consecuencia* supone una relación de causalidad, donde el contenido de una norma resulta instrumental en relación con otra (relación de medio-fin), por lo que la declaratoria de inconstitucionalidad de la ‘norma-fin’ trae como consecuencia la inconstitucionalidad de la ‘norma-medio’.
97. Ha expresado también que dentro de la *ratio* del artículo 78 del Código Procesal Constitucional se encuentran también aquellos casos en los que en el ordenamiento existen “disposiciones distintas” que, sin embargo, al tener el mismo contenido semántico, expresan una misma ‘norma’ o sentido interpretativo al previamente declarado como inconstitucional, existiendo entre ambas una *relación de identidad*. Así pues, en tales supuestos, este Tribunal declara la inconstitucionalidad de aquellas disposiciones que, a su vez, reproducen normas idénticas a las que antes fueron declaradas inconstitucionales (Así, en efecto, se declaró en los fundamentos 78 a 80 de la STC 0045-2004-AI/TC, donde se precisó que, aun cuando dicha inconstitucionalidad no se encontraba expresamente habilitada por el artículo 78 del Código Procesal Constitucional, sí era posible entender que ella subyacía a la *ratio* de la norma, conclusión que obedece, además, a los

principios de supremacía constitucional, coherencia y unidad del ordenamiento jurídico).

98. Ahora bien, habría que señalar que el artículo 6 de la Ley 29812 y el artículo 6 de la Ley 29951, relativos a la prohibición de incrementos de remuneraciones de los empleados públicos, que han sido objeto de control en la presente sentencia, en realidad repiten una restricción presente en el ordenamiento peruano desde el año 2006. Así, el legislador ha incorporado sucesivamente la prohibición de reajuste o incremento de escalas remunerativas en el artículo 8 de la Ley 28652 para el Año Fiscal 2006, el artículo 5 de la Ley 29142 para el Año Fiscal 2008, el artículo 5 de la Ley 29289 para el Año Fiscal 2009, el artículo 6 de la Ley 29455 para el Año Fiscal 2010 y el artículo 6 de la Ley 29626 para el Año Fiscal 2011. Esta práctica legislativa constituye una *situación de hecho inconstitucional*, ya que el Congreso de la República ha establecido una limitación permanente al derecho de negociación colectiva de los trabajadores públicos, aun cuando la prohibición analizada solo es admisible transitoria o temporalmente, y siempre que transcurran circunstancias excepcionales. Por ello, dicha limitación al derecho de negociación colectiva es inconstitucional.

428 99. En mérito de lo expuesto, y al hecho de que el artículo 6 de la Ley 30281 y el artículo 6 de la Ley 30114, de Presupuesto del Sector Público, correspondientes a los años 2014 y 2015, respectivamente, prolongan la *situación de hecho inconstitucional*, derivada de mantener, más allá de todo plazo razonable, la prohibición de que mediante el procedimiento de negociación colectiva se pueda pactar el aumento de remuneraciones de los trabajadores del sector público, también debe declararse la inconstitucionalidad de la prohibición de negociación colectiva para incrementos salariales contenida en los artículos 6 de la Ley 30114, de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2014, y 6 de la Ley 30182, de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2015. -

2.6. Prohibición de control difuso en los arbitrajes sobre negociación colectiva de los servidores públicos en materia de incrementos remunerativos

100. El tercer nivel de análisis que este Tribunal va a desarrollar en el presente caso tiene que ver con la supuesta prohibición de realizar el control difuso en sede arbitral respecto del incremento de remuneraciones de los servidores públicos. Para ello conviene recordar que, en lo relevante para estos efectos, la disposición prevista en el artículo 6 de la Ley 29951, de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013, dispone lo siguiente: “Los arbitrajes en materia laboral se sujetan a las limitaciones legales establecidas por la presente norma y

disposiciones legales vigentes”. Debe tenerse presente que dentro del proceso arbitral establecido en la Ley 29951, y a través del artículo 6 impugnado, lo que se dispone es que los arbitrajes en materia laboral se sujetan a las limitaciones señaladas en la misma disposición y en las demás disposiciones legales vigentes. Por lo tanto, se estaría regulando la prohibición de generar gastos corrientes adicionales al presupuesto público. Por ende, y al tratarse de una disposición estrictamente presupuestaria, corresponde que este Tribunal realice el examen de constitucionalidad.

101. Para los accionantes, la disposición reseñada resulta inconstitucional por el fondo puesto que, al exigirle a los árbitros que se circunscriban a las disposiciones legales vigentes al emitir sus laudos, se les niega la facultad de ejercer el control difuso que es propia de su función jurisdiccional, contraviniendo, de esa manera, lo dispuesto por los artículos 138 y 139.1 de la Constitución.
102. Para el demandado, por su parte, la disposición impugnada ha sido válidamente emitida, puesto que los artículos 138 y 139.1 de la Constitución no habilitan a los árbitros a actuar de forma contraria al principio de estabilidad presupuestaria, debidamente previsto en el artículo 77 de la Constitución, tal y como dicho principio ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional en el fundamento 27 de la STC 2566-2012-PA/TC y en el fundamento 53 de la STC 008-2005-PI/TC.
103. Conviene, entonces, tener presente que dentro del artículo 61 del Decreto Supremo 010-2003-TR, Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, se establece que “Si no se hubiese llegado a un acuerdo en negociación directa o en conciliación, de haberla solicitado los trabajadores, podrán las partes someter el diferendo a arbitraje”, dispositivo coherente con el artículo 46 de su Reglamento, Decreto Supremo 011-92-TR, que señala lo siguiente: “Al término de la negociación directa, o de la conciliación, de ser el caso, según el Artículo 61 de la Ley, cualquiera de las partes podrá someter la decisión del diferendo a arbitraje, salvo que los trabajadores opten por ejercer alternativamente el derecho a huelga (...)”. Una limitación a este tipo de arbitraje es el que parece haberse impuesto a través del cuestionado artículo 6 de la Ley 29951.
104. Este Tribunal considera que, a partir de una interpretación literal de la disposición legal impugnada, no parece razonable concluir que ésta lesione las facultades o competencias de los árbitros en materia laboral. Ello es así porque, entendida gramaticalmente, la disposición bajo examen se limita a reiterar que la realización de los arbitrajes laborales debe adecuarse al ordenamiento

legal vigente, reiterando, de esa manera, el principio en virtud del cual todos están obligados a aplicar los mandatos de la ley que se derivan del artículo 103 de la Constitución. Y si se toma como punto de partida la distinción entre disposición y norma, también será posible entender la expresión ‘legales’ como ‘normativas’, para concluir así que los arbitrajes en materia laboral también se sujetan a las disposiciones normativas vigentes, entre las que naturalmente está la Constitución, y en ella las disposiciones referidas a la estabilidad presupuestaria.

105. En ese sentido, este Tribunal considera que la disposición prevista en el artículo 6 de la Ley 29951, de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013, debe ser confirmada en su constitucionalidad, toda vez que establece que los arbitrajes en materia laboral se sujetan a las disposiciones legales o normativas vigentes, entre las que naturalmente está la Constitución y la interpretación vinculante que este Tribunal hace de los diferentes preceptos constitucionales, así como del ordenamiento jurídico en su conjunto, buscando que dicho ordenamiento jurídico sea entendido conforme a la Constitución. Por ende, no lesiona las facultades o competencias de los árbitros en materia laboral, por lo que la demanda también debe ser declarada infundada en este extremo.

430

III. FALLO

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

HA RESUELTO

1. Declarar **INCONSTITUCIONAL** la prohibición de negociación colectiva para incrementos salariales de los trabajadores de la Administración Pública contenida en las disposiciones impugnadas; en consecuencia, **FUNDADAS EN PARTE**, por el fondo, las demandas de inconstitucionalidad interpuestas contra el artículo 6 de la Ley 29951, de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013; por tanto, se declara:
 - a) **INCONSTITUCIONALES** las expresiones “[...] beneficios de toda índole [...]” y “[...] mecanismo [...]”, en la medida en que no se puede prohibir de modo absoluto el ejercicio del derecho fundamental a la negociación colectiva en la Administración Pública que implique acuerdos relativos a los incrementos remunerativos; y, b) **INCONSTITUCIONAL**, por conexión, y por reflejar una *situación de hecho inconstitucional*, la prohibición de ne-

gociación colectiva para incrementos salariales contenida en los artículos 6 de la Ley 30114, de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2014, y 6 de la Ley 30182, de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2015.

2. **EXHORTAR** al Congreso de la República a que, en el marco de sus atribuciones y, conforme a lo señalado en el fundamento 71 de la presente sentencia, apruebe la regulación de la negociación colectiva acotada, a partir de la primera legislatura ordinaria del periodo 2016-2017 y por el plazo que no podrá exceder de un año, lapso dentro del cual se decreta la *vacatio sententiae* del punto resolutivo N° 1 de esta sentencia.
3. Declarar **FUNDADAS, EN PARTE**, las demandas interpuestas contra el segundo párrafo de la Quincuagésima Cuarta Disposición Complementaria Final de la Ley 29812 y del tercer párrafo de la Quincuagésima Octava Disposición Complementaria Final de la Ley 29951, por ser inconstitucionales por la forma.
4. Declarar **INFUNDADAS** las demandas en lo demás que contienen.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MIRANDA CANALES

BLUME FORTINI

RAMOS NÚÑEZ

LEDESMA NARVÁEZ

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

EXP. N.ºs 00003-2013-PI/TC, 00004-2013-PI/TC Y 00023-2013-PI/TC
COLEGIO DE ABOGADOS DEL CALLAO Y OTROS

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO BLUME FORTINI

Si bien concuerdo con la sentencia emitida en el presente proceso de inconstitucionalidad, en el cual se ha realizado un análisis de constitucionalidad del artículo 6 de la Ley 29951, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013, y declarado la inconstitucionalidad de la prohibición de negociación colectiva para los incrementos salariales de los trabajadores de la Administración Pública, así como la inconstitucionalidad por conexión y por reflejar una situación de hecho inconstitucional de la misma prohibición contenida en los artículos 6 de la Ley 30114, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2014, y 6 de la Ley 30182, Ley de Presupuesto para el Sector Público para el Año Fiscal 2015, entre otros resolutivos, considero pertinente emitir este fundamento de voto, a los efectos de dejar plenamente aclarada mi posición.

432

Con tal fin, expreso lo siguiente:

1. El cabal ejercicio de la función de Magistrado del Tribunal Constitucional y la responsabilidad que el cargo reclama, sumados a la exigencia de cinco votos conformes establecida en el artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, Ley 28301, para declarar la inconstitucionalidad y vencer la presunción de constitucionalidad que tiene toda norma con rango de ley, imponen que, al margen de las discrepancias que puedan surgir en el debate con relación a las materias específicas, objeto del análisis de constitucionalidad, cuando se tiene la convicción de la existencia del vicio de inconstitucionalidad denunciado, resulta necesario y en ocasiones hasta singular, buscar coincidencias de criterio y efectuar mutuas concesiones que posibiliten un fallo estimatorio, aunque este no tenga el amparo total de la tesis que sostiene la impugnación formulada.
2. Es por tales razones que en casos como el presente, al margen de mi convencimiento de la existencia del vicio de inconstitucionalidad, que presenta el artículo 6 de la Ley 29951, suscribo la sentencia de autos, pues de otro modo los alcances de dicha norma en su redacción original podrían permanecer plenamente vigentes, manteniéndose la consumación de una total restricción al

derecho al incremento remunerativo vía negociación colectiva de los servidores públicos.

3. En esa dirección, enfatizo que, desde mi punto de vista, nuestra Carta Fundamental reconoce a favor de los trabajadores, incluyendo por cierto a los servidores públicos, el derecho a la negociación colectiva; derecho que, en su esencia, consiste en la posibilidad de establecer acuerdos sobre incrementos remunerativos a través de la negociación colectiva, el cual el Estado debe promover y garantizar como lo manda el artículo 28 de la misma y no prohibir, como lo ha dispuesto inconstitucionalmente el precitado artículo 6 de la Ley 29951.
4. En efecto, ese precepto dispone textualmente *“Prohíbese en las entidades del Gobierno Nacional, gobiernos regionales y gobiernos locales, el reajuste o incremento de remuneraciones, bonificaciones, dietas, asignaciones, retribuciones, estímulos, incentivos y beneficios de toda índole, cualquiera sea su forma, modalidad, periodicidad, mecanismo y fuente de financiamiento. Asimismo, queda prohibida la aprobación de nuevas bonificaciones, asignaciones, incentivos, estímulos, retribuciones, dietas y beneficios de toda índole con las mismas características señaladas anteriormente. Los arbitrajes en materia laboral se sujetan a las limitaciones legales establecidas por la presente norma y disposiciones legales vigentes. La prohibición incluye el incremento de remuneraciones que pudiera efectuarse dentro del rango o tope fijado para cada cargo en las escalas remunerativas respectivas”*.
5. A mi juicio, esta disposición adolece de vicio de inconstitucionalidad en su totalidad y no solo en sus términos “beneficios de toda índole” y “mecanismos”, ya que lesiona el derecho a obtener incrementos remunerativos vía la negociación colectiva invocado por la parte accionante, al prohibir el uso de otras vías jurídicas para ejercerlo e impedir taxativamente el reajuste, incremento o creación de remuneraciones (bonificaciones, dietas, asignaciones, retribuciones, estímulos e incentivos).
6. Pese a ello, suscribo la sentencia de autos a fin de expulsar la prohibición de negociación colectiva para el incremento salarial de los trabajadores de la Administración Pública del ordenamiento jurídico peruano, aunque ello resulte parcial en los términos puestos en el texto de la misma.

SR.

BLUME FORTINI

EXPS. 0003-2013-PI/TC, 0004-2013-PI/TC Y 0023-2013-PI/T

LIMA

COLEGIO DE ABOGADOS DEL CALLAO Y OTROS CONTRA EL
CONGRESO DE LA REPÚBLICA

FUNDAMENTO DE VOTO DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

Si bien coincido con los fundamentos y parte resolutive de la sentencia del Tribunal Constitucional, estimo que, dada la naturaleza del presente caso, adicionalmente, deben precisarse algunos criterios que orienten el desarrollo de la negociación colectiva en el ámbito de la Administración Pública.

434

El presente caso es uno que plantea los retos que debe afrontar la justicia constitucional cuando pretende materializar derechos fundamentales de naturaleza social como son los derechos a la remuneración, de sindicación y a la negociación colectiva de los trabajadores públicos, entre otros derechos. Y es que hace falta solo verificar cómo desde el año 1993, en que entró en vigencia nuestra Constitución, el Parlamento omitió permanentemente elaborar una ley integral que regule la negociación colectiva de los trabajadores públicos y además prohibió expresamente en numerosas leyes de presupuesto que se pueda utilizar dicho mecanismo de negociación para el incremento de remuneraciones.

Dicha situación no sólo planteaba una clara desobediencia de mandatos constitucionales de obligatorio cumplimiento, sino además una inequitativa relación de poder en el ámbito de la negociación colectiva pública: de un lado, un poderoso Estado, que perseguía mediante cualquier medio neutralizar la concretización de dicha negociación; y de otro, los trabajadores públicos, que pese a las etapas de crecimiento económico, no lograban la mejora significativa de sus condiciones de trabajo, incluido el incremento de remuneraciones.

Es por ello que la negociación colectiva que debe desarrollarse en el ámbito de la Administración Pública debe ser uno de los mecanismos que mejor reflejen el grado de constitucionalización del ordenamiento jurídico laboral público, que mejor evidencien el indispensable equilibrio que debe existir entre el poder de la Administración Pública y aquel de los sindicatos o representantes de los trabajadores, y que mejor exprese la progresiva realización de la tan anhelada justicia social mediante el trabajo decente.

En tal sentido, se analizarán los siguientes puntos:

1) La efectividad del derecho a la negociación colectiva como una de las exigencias de justicia social

1. La justicia social tiene como fundamento la igualdad de derechos para todas las personas y la posibilidad para todos, sin discriminación, de beneficiarse del progreso económico y social. “La promoción de la justicia social significa más que aumentar los ingresos y crear empleos. Significa también derechos, dignidad y voz para las mujeres y hombres trabajadores, así como emancipación económica, social y política”.¹
2. Uno de los derechos fundamentales que forma parte de las exigencias de justicia social es precisamente el derecho a la negociación colectiva. Mediante tal derecho, más allá de su directa y obligatoria fuerza normativa, se persigue que los trabajadores puedan dialogar, deliberar y negociar, en igualdad de condiciones de participante, respecto de asuntos laborales de su incumbencia. De no existir el derecho fundamental a la negociación colectiva se mantendría una histórica situación de desigualdad entre trabajadores y empleadores, siempre favorable a estos últimos.
3. Al respecto, Stiglitz ha sostenido que “las asimetrías en materia de información y de poder coartan una buena asignación de los recursos en la mayoría de los mercados, sobretodo en los mercados de trabajo. Cuando es de calidad, la negociación colectiva, y por lo demás el diálogo social en general, contribuyen a subsanar los fallos del mercado al promover una información compartida y una acción colectiva al servicio de objetivos comunes”.²
4. En tal sentido, el diálogo social puede ser entendido como el *intercambio comunicativo entre interlocutores*, a través de procesos que se caracterizan por: i) la inclusión de todos los sujetos; ii) del derecho a la participación sin coacción; y, iii) del derecho a gozar de *igualdad de oportunidades* para expresarse. En dicho intercambio, los interlocutores proponen sus puntos de vista y acuerdan normas que adquieren validez cuando aquellos se sienten partícipes en su elaboración.³

1 Organización Internacional del Trabajo. *Superar la pobreza mediante el trabajo*. Memoria del Director General. Conferencia Internacional del Trabajo, 91ª reunión, 2003, pp. 96-97.

2 STIGLITZ, J.E. “Empleo, justicia social y bienestar de la sociedad”, en *Revista Internacional del Trabajo* (Ginebra, OIT), vol. 121 (2002), núm. 1-2.

3 BARRETO, Hugo. “¿Interlocutores y diálogo social o sindicatos y negociación? (una pregunta y otras cuestiones sobre ética, derechos, y mundo del trabajo)”. En *Revista Gaceta Laboral* Vol. 11 N° 1, pp. 5-22.

5. Los resultados de una deliberación se legitiman en la medida que los acuerdos que se logren sean aprobados por los participantes (trabajadores y Administración Pública). En otros términos, una norma aspira a ser válida cuando todos a quienes afecta, en tanto partícipes de un proceso deliberativo, logran ponerse de acuerdo. Este método se constituye como elemento esencial de todo sistema democrático en donde encuentran una especial proyección los grupos históricamente postergados, influyendo en la formación de las políticas públicas a través de sus representantes.⁴
6. Es importante que el diálogo social que se produce en el marco de una negociación colectiva deba ser real y no sólo aparente. En efecto, la racionalidad formal (procedimental) suele conducir a un discurso de carácter *abstracto*, que se aleja de la denominada justicia material⁵. En cambio, el diálogo social invierte esta limitación jurídica en la medida que los agentes sociales tienen la posibilidad de hacer oír su voz y de ejercer presión en la búsqueda de equilibrar intereses contrapuestos⁶.
7. En dicho cometido, además del reconocimiento efectivo de la negociación colectiva, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) exige “la cooperación de empleadores y de trabajadores para mejorar continuamente la eficiencia en la producción, y la colaboración de trabajadores y empleadores en la preparación y aplicación de medidas sociales y económicas”.⁷
8. Por ello, cabe asumir que las crisis económicas y financieras no pueden representar de ningún modo una justificación para limitar, disminuir o eliminar la negociación colectiva, ya sea en el sector privado o público. Por el contrario, la efectividad de la negociación colectiva, mediante auténticas deliberaciones y diálogo social entre trabajadores y empleadores (públicos o privados) y atendiendo a los diferentes contextos económicos, políticos y sociales, puede lograr no sólo mejorar las condiciones de trabajo, sino también mantener u optimizar la eficacia productiva de una determinada entidad.
9. En ese mismo sentido, se ha sostenido que

4 GONZALEZ, Francisco. “El diálogo social como vehículo dinamizador en escenarios de crisis económica”. En *Revista Trabajo de la Universidad de Huelva*. Nº 22, pp. 71-100.

5 BARRETO, Hugo. *Op. Cit.* p. 10.

6 PERELLO, Nancy. “Libertad sindical: Negociación colectiva y diálogo social”. En *Revista Gaceta Laboral* Vol. 11 Nº3. 2005, pp. 358-377.

7 Organización Internacional del Trabajo. Declaración relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo, párrafo III.e, 1944.

durante los últimos decenios se han producido cambios significativos que han tenido importantes repercusiones en los resultados de la negociación colectiva. En muchos países, la globalización se ha visto acompañada de una disminución en la afiliación sindical. La proporción de personas asalariadas cubiertas por convenios colectivos permaneció estable en algunos países, pero cayó en otros y sigue siendo baja en gran parte del mundo en desarrollo. Muchos consideran que la integración de los mercados, la expansión de la producción mundial y la mayor movilidad del capital ha decantado el poder de negociación a favor de los empleadores. Ante estos numerosos desafíos, la negociación colectiva ha seguido actuando como un mecanismo decisivo para mejorar las condiciones de trabajo y proteger a los trabajadores, promoviendo al mismo tiempo relaciones de trabajo estables y productivas para los empleadores.⁸

10. Y es que la justicia social, que debe orientar la efectividad de derechos como los de sindicación y a la negociación colectiva, también debe encontrarse en el núcleo básico de las políticas económicas y sociales nacionales o incluso internacionales. No sólo deben globalizarse las políticas económicas que generen más riqueza para los empleadores, sino, que, junto a ellas, también deben globalizarse las políticas de justicia social.

437

2) **El derecho fundamental a la negociación colectiva de los trabajadores públicos y la exigencia imperativa de que se expida una ley que la desarrolle**

11. Tal como lo manifiesta el artículo 28 de la Constitución, todos los trabajadores peruanos tienen garantizado el derecho fundamental a la negociación colectiva y que el Estado tiene la obligación de fomentar dicha negociación, debiendo además promover formas de solución pacífica de los conflictos laborales. Lo que para otros países representarían aspiraciones a lograr (reconocimiento de dicho derecho fundamental y obligación estatal de fomentarla), son en nuestro ordenamiento disposiciones jurídicas directamente vinculantes y objeto de garantía jurisdiccional.
12. No es diferente el caso de los trabajadores de la Administración Pública, pues si bien el artículo 42 sólo menciona que los servidores públicos tienen garantizados los derechos de sindicación y huelga, ello no excluye, de ningún modo, el dere-

⁸ HAYTER, Susan (Ed.). *El papel de la negociación colectiva en la economía mundial: Negociar por la justicia social*. Resumen Ejecutivo, OIT, 30 de mayo de 2011.

cho a la negociación colectiva, pues tal derecho no sólo forma parte del contenido constitucional implícito de aquellos derechos (sindicación y huelga), sino que constituye uno de los principales mecanismos para poder concretizarlos, pues, de un lado, el derecho a la sindicación tiene como una de las principales razones de su existencia la activa participación de los sindicatos en las negociaciones con el empleador (público); y de otro lado, el derecho a la huelga, tiene en la negociación colectiva a uno de los principales mecanismos que deben agotarse antes de ser ejercido para conseguir la mejora de las condiciones de trabajo, incluido el incremento de remuneraciones.

13. Conforme a lo expuesto, resulta inadmisibles que hayan transcurrido más de 20 años desde la entrada en vigencia de la Constitución y por ejemplo, el Poder legislativo no haya cumplido con su obligación de desarrollar de modo integral la negociación colectiva en el ámbito de la Administración Pública. Tal sólo se han dictado algunas leyes que de modo parcial buscan afrontar dicha obligación constitucional (Ley N.º 30057, del Servicio Civil, aunque sólo para determinadas entidades estatales y el Decreto Legislativo N.º 276, que se limita a prohibir a las entidades públicas la negociación con sus servidores, directamente o a través de sus organizaciones sindicales, “condiciones de trabajo o beneficios que impliquen incrementos remunerativos”, entre otras). Por ello, es fundamental que el legislador, atendiendo a nuestro marco constitucional, a los respectivos convenios, principios y recomendaciones de la OIT, al desarrollo histórico de las relaciones laborales en el Perú y de modo muy especial, al derecho comparado, sobretodo de la región, desarrolle con la mayor prontitud una ley que regule la negociación colectiva pública.
14. En dicho cometido es indispensable tener en cuenta que el diálogo social y en especial la negociación colectiva entre sindicatos y Administración Pública, son esenciales para crear las condiciones básicas que permitan lograr un “desarrollo económico y social sostenible”, el “bienestar de los trabajadores garantizado por medio de condiciones de empleo equitativas”, así como el “progreso de empresas sostenibles”. Es por ello, que la Administración Pública “debe contar con efectivos suficientes y calificados que tengan posibilidades de formación y ascenso sin una carga de trabajo desproporcionada (esto es particularmente pertinente habida cuenta de las crisis económicas y de los procesos de ajuste estructural) y condiciones de empleo justas y competitivas con respecto a las condiciones de empleo del sector privado, incluso en materia de remuneración. La negociación colectiva ofrece ventajas no sólo a los funcionarios por ser una herramienta de motivación, de reconocimiento social y de respeto de la dignidad de la persona, sino también a la administración, porque le permite apoyarse en los compromisos asumidos

por las organizaciones sindicales para poner en práctica los principios esenciales mencionados que rigen la gestión pública en los Estados democráticos; también es una herramienta eficaz para poner en práctica una gestión satisfactoria de los recursos humanos, lo cual favorece la calidad de los servicios prestados a los ciudadanos”.⁹

3) Los límites de las intervenciones estatales (presupuestales) sobre la negociación colectiva en la Administración Pública

15. Vinculado a lo antes expuesto, es importante destacar que la negociación colectiva en la Administración Pública se ha constituido en la actualidad en uno de los mecanismos que refleja en gran medida el conflicto que existe, principalmente, entre: i) la posibilidad de aseguramiento y mejora de las condiciones de trabajo y empleo de los trabajadores públicos, especialmente el incremento de remuneraciones; y, ii) la capacidad presupuestaria del Estado para atender tales mejoras.
16. En el caso peruano, teniendo en cuenta las últimas leyes de presupuesto es evidente que el Legislador ha optado por privilegiar la capacidad presupuestaria del Estado, prohibiendo de modo absoluto y casi permanente, por ejemplo, el incremento de remuneraciones, tal como aparece en el fundamento 92 de la sentencia de autos, en la que se da cuenta que, cuando menos, dicha prohibición se ha establecido en las Leyes del Presupuesto del Sector Público de los años 2006, 2008, 2009, 2010, 2011, 2014 y 2015.¹⁰
17. Ni dicha opción, ni la contraria (incrementar remuneraciones sin que importe el presupuesto público) son opciones legítimas en un Estado Constitucional. Conforme al **bloque de constitucionalidad** aplicable en estos supuestos (artí-

9 Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. *La negociación colectiva en la administración pública. Un camino a seguir*. Conferencia Internacional del Trabajo. 102ª reunión, Ginebra, 2013, párrafo 224.

10 Esto no sólo ha ocurrido en el Perú, sino también a nivel comparado. Así Gernigon y otros refieren que: “La negociación colectiva en la administración pública plantea problemas particulares. Por una parte, es frecuente que exista un estatuto nacional (o varios) con vocación uniformadora, en general aprobado por el Parlamento, que reglamenta de manera casi exhaustiva los derechos, deberes y condiciones de servicio de los funcionarios públicos, prohibiendo o restringiendo severamente la negociación; por otra parte, sus remuneraciones suponen un coste económico que debe reflejarse en los presupuestos públicos, cuya aprobación compete a órganos como el Parlamento, los ayuntamientos, etc.”. En: GERNIGON, Bernard y otros. “Principios de la OIT sobre negociación colectiva”, en *Revista Internacional del Trabajo*, Vol. 119 (2000), N.º 1.

culos 28, 42, 77 y 78 de la Constitución y Convenios 98¹¹ y 151¹² de la OIT, entre otros), es claro que ambas posiciones (i y ii), no pueden ser aplicadas, una en detrimento de la otra, sino que deben ser *ponderadas* teniendo en cuenta las específicas circunstancias políticas, económicas y sociales concretas. Al respecto, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, en tanto como uno de sus órganos de control, ha sostenido lo siguiente:

La Comisión debe recordar que si, en aras de una política de estabilización económica o de ajuste estructural, es decir, por imperiosos motivos de interés económico nacional, un gobierno dispone que las tasas salariales no pueden fijarse libremente por negociación colectiva, esa restricción debe aplicarse como medida de excepción, limitarse a lo indispensable, no sobrepasar un período razonable e ir acompañada de garantías destinadas a proteger de manera efectiva el nivel de vida de los trabajadores interesados, y especialmente de aquellos que puedan resultar más afectados.¹³

18. Evidentemente, si en un determinado Estado existen crisis económicas que reclaman medidas extraordinarias, éstas solo deben durar mientras se controle dicha crisis, pues derechos fundamentales como a una remuneración justa y equitativa o de negociación colectiva de los servidores públicos no pueden limitarse de modo indefinido y sin garantías que protejan la remuneración equitativa y suficiente de dichos servidores. Las crisis económicas exigen que los trabajadores y la Administración Pública compartan las respectivas responsabilidades y consecuencias pero en ningún caso, controlada la crisis, que dichos trabajadores sean los permanentes afectados con las aludidas medidas extraordinarias.

440

4) **Materias que pueden ser objeto de negociación colectiva, además del incremento de remuneraciones**

19. Uno de los asuntos que ha generado cierta controversia en el presente caso, tiene que ver con la identificación sobre si el incremento de remuneraciones constituye uno de los puntos que, formando también parte de las denominadas “condiciones de trabajo”, puede ser objeto de negociación entre trabajadores y

11 Ratificado por el Estado peruano el 13 de marzo de 1964.

12 Ratificado por el Estado peruano el 27 de octubre de 1980.

13 Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Informe III (parte 4B) a la 81ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo (1994), Ginebra. *Libertad sindical y Negociación Colectiva. Estudio general de las memorias sobre el Convenio (num. 87) sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948, y el Convenio (num. 98) sobre el derecho de sindicación y negociación colectiva, 1949.*

Administración Pública. Al respecto, conviene verificar en primer término, cual es el contenido constitucional del derecho fundamental a la remuneración, para luego analizar por qué la remuneración debe formar parte de las “condiciones de trabajo” objeto de una negociación colectiva.

20. El artículo 24 de la Constitución establece que “el trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual (...)”. La remuneración es la retribución que recibe el trabajador en virtud del trabajo o servicio realizado para un empleador, que posee una naturaleza alimentaria al tener una estrecha relación con el derecho a la vida, acorde con el principio-derecho a la igualdad y la dignidad, y que, al mismo tiempo, adquiere diversas consecuencias o efectos para el desarrollo integral de la persona humana¹⁴.
21. Asimismo, el Tribunal Constitucional ha considerado que el contenido esencial del derecho fundamental a la remuneración incluye los siguientes elementos:¹⁵
 - **Acceso**, en tanto nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución (artículo 23 de la Constitución).
 - **No privación arbitraria**, como reflejo del acceso, en tanto ningún empleador puede dejar de otorgar la remuneración sin causa justificada
 - **Prioritario**, en tanto su pago es preferente frente a las demás obligaciones del empleador, de cara a su naturaleza alimentaria y su relación con el derecho a la vida y el principio-derecho a la igualdad y la dignidad (segundo párrafo del artículo 24 de la Constitución).
 - **Equidad**, al no ser posible la discriminación en el pago de la remuneración (primer párrafo del artículo 24 de la Constitución).
 - **Suficiencia**, por constituir el *quantum* mínimo que garantiza al trabajador y a su familia su bienestar (primer párrafo del artículo 24 de la Constitución).
22. La remuneración “suficiente” (que es diferente a la remuneración mínima), según el aludido artículo 24 de la Constitución, debe procurar, para el trabajador y su familia, el bienestar material y espiritual. En términos del artículo 23 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: “3. toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será com-

14 Tribunal Constitucional. Exp. 00020-2012-PI/TC FJ 12.

15 Tribunal Constitucional. Exp. 00020-2012-PI/TC FJ 16.

pletada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social”. De otro lado, el artículo 7.a del Protocolo de San Salvador, prevé la obligación de los Estados para que garanticen, mediante sus legislaciones nacionales, “una remuneración que asegure como mínimo a todos los trabajadores condiciones de subsistencia digna y decorosa para ellos y sus familias y un salario equitativo e igual por trabajo igual, sin ninguna distinción”.

23. Teniendo en cuenta la importancia que tiene la remuneración “suficiente” en el aseguramiento de la subsistencia digna y decorosa del trabajador y su familia, no podría excluirse como una de las materias objeto de negociación colectiva en el ámbito de la Administración Pública. No sólo es una exigencia razonable, sino que además viene exigida por los derechos fundamentales a la remuneración y a la negociación colectiva, además de los pronunciamientos de los propios órganos de control de la OIT.
24. En efecto, en el ámbito normativo de la OIT, ésta, en ninguna disposición o interpretación, ha negado que los incrementos remunerativos puedan ser resueltos mediante la negociación colectiva. Así se desprende de los Convenios 98 y 151, pues ambos utilizan el término “condiciones de empleo” para identificar el contenido de la negociación, ya sea en el sector privado o en el sector público, según corresponda.
25. Precisamente, en cuanto a las materias que pueden ser objeto de negociación, incluido el tema salarial, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, ha sostenido lo siguiente:

442

314. (...) La noción de condiciones de trabajo utilizada por los órganos de control de la OIT (...) no se limita a los temas tradicionales (jornada laboral, horas extraordinarias, períodos de descanso, salarios, etc.), sino que cubre también otras cuestiones (por ejemplo, «materias que normalmente pertenecen a la esfera de las condiciones de empleo», como los ascensos, los traslados, o las supresiones de puestos sin aviso previo). Esta orientación concuerda con la tendencia actual de los países a reconocer a menudo la negociación colectiva «gestional», que se ocupa de los procedimientos para resolver problemas como las reestructuraciones, las reducciones de personal, los cambios de horario, el traslado de establecimientos y otras cuestiones que rebasan el marco estricto de las condiciones de trabajo. [resaltado agregado]

320. La Comisión recuerda que, en el marco de la administración pública, las materias objeto de negociación incluyen el conjunto de condiciones de empleo y las relaciones entre las partes. Sin embargo, la Comisión destaca

de manera general que en muchos países convendría ampliar los contenidos de la negociación colectiva y velar por que ésta no se limite esencialmente a cuestiones salariales, como aún sucede con demasiada frecuencia. A juicio de la Comisión, tanto a los trabajadores como a los empleadores también les interesa negociar juntos, si así lo desean, otros aspectos de las relaciones laborales, en particular cuestiones vinculadas a los derechos fundamentales en el trabajo, la igualdad de remuneración por un trabajo de igual valor, la protección de la maternidad, la formación y la promoción profesionales, los mecanismos de prevención y solución de conflictos, las medidas de lucha contra la discriminación, las cuestiones relacionadas con el acoso en el trabajo, la conciliación de la vida familiar y la vida profesional y, en el marco de la administración pública, toda medida aceptada por las partes que permita mejorar el funcionamiento de las instituciones públicas y la aplicación de los principios de gestión pública de los Estados democráticos.¹⁶

26. Como se aprecia, las materias que pueden ser objeto de la negociación colectiva pública, van más allá del incremento de remuneraciones, sino que además pueden incluir la progresiva materialización de derechos fundamentales sociales que dada la base económica que los sustenta, deben ser posibles de una tolerante, equilibrada y prudente negociación entre sindicatos y Administración Pública.
27. Asimismo, será importante que en la futura ley que regule la negociación colectiva en todo el ámbito de la Administración Pública, se prevean elementos o criterios que determinen la necesidad de incremento de los sueldos de los trabajadores del sector público. Entre los criterios que pueden establecerse, cabe mencionar:
 - i. El índice de precios del consumidor.- se refiere al incremento de precios de los bienes y servicios durante un periodo determinado. Dicho crecimiento tiene impacto en la capacidad de consumo de los consumidores (trabajadores del Estado).
 - ii. El incremento salarial de años anteriores.- debe establecerse un parámetro de comparación entre los sectores beneficiados por incrementos salariales durante años anteriores y aquellos que aún no los han recibido. Igualmente, permite analizar el incremento de salarios de un grupo en específico, que, además, viene solicitando un aumento.

16 Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. *La negociación colectiva en la administración pública. Un camino a seguir. Op.cit.*, párrafo 320.

- iii. Proyecciones en materia de inflación de precios e incremento de salarios.
 - iv. Oportunidad para el incremento de sueldo: en las entidades que sean dirigidas por autoridades electas por votación popular no será posible negociar un aumento de salarios para los empleados en el último año de mandato.
28. Llama la atención que a nivel comparado, sobretodo regional, existan interesantes regulaciones de la negociación colectiva en la Administración Pública, las mismas ofrecen razonables alternativas que conforme a sus competencias podrían ser analizadas por el Poder Legislativo:

Decreto número 160 (2014), Colombia

(que reglamenta la Ley 411 de 1997 aprobatoria del Convenio 151 de la OIT, en lo relativo a los procedimientos de negociación y solución de controversias con las organizaciones de empleados públicos)

Artículo 5°. Materias de negociación. Son materias de negociación:

(...) Parágrafo 2. En materia salarial podrá haber negociación y concertación, consultando las posibilidades fiscales y presupuestales; Sin perjuicio de lo anterior, en el nivel territorial, se respetarán los límites que fije el Gobierno Nacional. En materia prestacional las entidades no tienen facultad de negociar y concertar, toda vez que por mandato constitucional y legal la única autoridad competente para regular la materia es el Presidente de la República.

Artículo 6°. Partes en la negociación. Pueden ser partes en la negociación:

1. Una o varias entidades y autoridades públicas competentes, según la distribución constitucional y legal y,
2. Una o varias organizaciones sindicales de empleados públicos.

Artículo 7°. Ámbito de la negociación. Constituyen ámbitos de la negociación:

1. El general o de contenido común, con efectos para todos los ‘empleados públicos o para parte de ellos, por región, departamento, distrito o municipio.
2. El singular o de contenido particular por entidad o por distrito, departamento o municipio.

Parágrafo. En el ámbito general o de contenido común, la negociación se realizará con representantes de las Confederaciones y federaciones sindicales de empleados públicos y los representantes de los Ministerios del Trabajo

y de Hacienda y Crédito Público, de Planeación Nacional y del Departamento Administrativo de la Función Pública y por las demás autoridades competentes en las materias objeto de negociación. En el ámbito singular o de contenido particular, la participación de las anteriores instancias será facultativa.

Artículo 16°. Capacitación. Los organismos y entidades públicas que están dentro del campo de aplicación del presente decreto, deberán incluir dentro de los Planes Institucionales de Capacitación la realización de programas y talleres dirigidos a impartir formación a los servidores públicos en materia de negociación colectiva.

Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público, España

Artículo 31. Principios generales.

1. Los empleados públicos tienen derecho a la negociación colectiva, representación y participación institucional para la determinación de sus condiciones de trabajo.

Artículo 32. Negociación colectiva, representación y participación del personal laboral.

(...) Se garantiza el cumplimiento de los convenios colectivos y acuerdos que afecten al personal laboral, salvo cuando excepcionalmente y por causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas, los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas suspendan o modifiquen el cumplimiento de Convenios Colectivos o acuerdos ya firmados en la medida estrictamente necesaria para salvaguardar el interés público.

En este supuesto, las Administraciones Públicas deberán informar a las Organizaciones Sindicales de las causas de la suspensión o modificación.

Artículo 33. Negociación colectiva.

1. La negociación colectiva de condiciones de trabajo de los funcionarios públicos que estará sujeta a los principios de legalidad, cobertura presupuestaria, obligatoriedad, buena fe negocial, publicidad y transparencia, se efectuará mediante el ejercicio de la capacidad representativa reconocida a las Organizaciones Sindicales en los artículos 6.3.c); 7.1 y 7.2 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical y lo previsto en este Capítulo.

Artículo 34. Mesas de Negociación.

1. A los efectos de la negociación colectiva de los funcionarios públicos, se constituirá una Mesa General de Negociación en el ámbito de la Administración General del Estado, así como en cada una de las Comunidades Autónomas, Ciudades de Ceuta y Melilla y Entidades Locales.

2. Se reconoce la legitimación negocial de las asociaciones de municipios, así como la de las Entidades Locales de ámbito supramunicipal. A tales efectos, los municipios podrán adherirse con carácter previo o de manera sucesiva a la negociación colectiva que se lleve a cabo en el ámbito correspondiente.

Asimismo, una Administración o Entidad Pública podrá adherirse a los Acuerdos alcanzados dentro del territorio de cada Comunidad Autónoma, o a los Acuerdos alcanzados en un ámbito supramunicipal.

Artículo 37. Materias objeto de negociación.

1. Serán objeto de negociación, en su ámbito respectivo y en relación con las competencias de cada Administración Pública y con el alcance que legalmente proceda en cada caso, las materias siguientes:

a) La aplicación del incremento de las retribuciones del personal al servicio de las Administraciones Públicas que se establezca en la Ley de Presupuestos Generales del Estado y de las Comunidades Autónomas.

b) La determinación y aplicación de las retribuciones complementarias de los funcionarios.

446

29. Más allá de que nuestro Parlamento, conforme a sus competencias, goza de la discrecionalidad pertinente para la regulación de la futura ley de negociación colectiva en el ámbito de la Administración Pública, es importante analizar el derecho laboral comparado. A modo de ejemplo se han mencionado sólo los casos de Colombia y España, también vinculados por los convenios de la OIT, de modo que tanto el Poder Legislativo, la Administración Pública, los sindicatos u órganos de representación de los trabajadores, al momento de realizar propuestas para dicha futura ley, cuenten con más información sobre distintas de formas de materializar eficazmente la negociación colectiva en dicho ámbito.

5) El derecho a una remuneración igual por un trabajo de igual valor. El especial caso de las mujeres

30. Como lo refiere la OIT, la discriminación en el ámbito laboral es un fenómeno cotidiano y general. Esta se produce, entre otros casos, cuando “se rechaza o esco-

ge a un trabajador por razón del color de su piel, cada vez que se niega un puesto en el consejo de administración a una directora competente o que se le atribuye un sueldo inferior al de un colega con la misma productividad. Asimismo, se comete una discriminación cada vez que se exige una prueba de embarazo para considerar la candidatura de una mujer, o cuando se despide a un minero porque es o se cree que es seropositivo”.¹⁷

31. Conforme al artículo 1 del Convenio 111 de la OIT (1958),¹⁸ el término **discriminación** comprende: (a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación; y (b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados. Las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación.
32. En dicho contexto, uno de los derechos fundamentales que debe ser observado escrupulosamente en todo ámbito laboral es el principio de remuneración igual por un trabajo de igual valor. En nuestro ordenamiento jurídico, dicho principio se encuentra contenido en el primer párrafo del artículo 24 de la Constitución, tal como se ha dado cuenta en el fundamento 21 del presente fundamento de voto. Dicho principio prohíbe la discriminación en el pago de la remuneración.
33. En el plano internacional este derecho fundamental guarda igual coherencia y relación con lo recogido en el artículo 23º numeral 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: “2. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual”; en el artículo 7º del Pacto Internacional de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial: a) Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores: i) Un salario equitativo e

17 Organización Internacional del Trabajo. *La hora de la igualdad en el trabajo*. Informe del Director General. Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativo a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Conferencia Internacional del Trabajo, 91ª reunión, 2003, Informe I(B), p.1.

18 Ratificado por el Estado peruano el 10 de agosto de 1970.

igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual; y, en el artículo 2.1 del Convenio OIT N.º 100, sobre la igualdad de remuneración establece en su artículo 2.1 lo siguiente: “Todo Miembro deberá, empleando medios adaptados a los métodos vigentes de fijación de tasas de remuneración, promover y, en la medida en que sea compatible con dichos métodos, garantizar la aplicación a todos los trabajadores del principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor”.

34. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha sostenido que la remuneración en tanto “retribución que percibe el trabajador por el trabajo prestado a su empleador no debe ser sometida a ningún acto de discriminación, ni ser objeto de recorte, ni de diferenciación, como por ejemplo otorgar a unos una mayor remuneración que a otros por igual trabajo. En efecto se prohíbe y queda vedado cualquier trato discriminatorio e irracional que afecte el derecho a la remuneración como derecho fundamental de la persona humana” (Expediente N.º 04922-2007-PA/TC FJ 8).
35. Conforme a lo expuesto, queda claro que en el ordenamiento jurídico peruano está prohibido todo acto de discriminación laboral, por ejemplo respecto del derecho a una remuneración igual por un trabajo de igual valor, lo que habilita a cada uno de los trabajadores que la padecen a accionar judicialmente para proteger sus derechos. Sin embargo, la mención que de dicho derecho se hace en este fundamento de voto, tiene razón de ser en la medida que la realidad laboral peruana evidencia un permanente desconocimiento del mismo (pues existe innumerable cantidad de casos en que trabajadores que hacen un mismo tipo de trabajo, pero que pertenecen a distintas instituciones –unas “privilegiadas” y otras no–, ganan una distinta remuneración), de modo que será tarea de los sindicatos y empleadores (incluida la Administración) la correcta materialización en cada ámbito de trabajo.
36. El caso de las mujeres es característico de la discriminación en materia de remuneraciones. Al respecto, en el Informe Anual 2012: *la mujer en el mercado laboral* peruano, presentado por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo y basado en la “Encuesta Nacional INEI de Hogares sobre Condiciones de Vida y Pobreza, continua 2012”, se establece que es la discriminación la razón que explica en gran parte la diferencia de ingresos entre hombres y mujeres a favor de los hombres.¹⁹ Asimismo, se sostiene que “El diferencial de ingresos en el año 2012

¹⁹ Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. *Informe Anual 2012: la Mujer en el Mercado Laboral Peruano*, p. 53.

entre hombres y mujeres fue 32,9%, es decir los hombres obtuvieron ingresos por hora mayores a los de las mujeres. De ese porcentaje, aproximadamente el 3,8% se debería a características individuales, mientras que el 29,1% se atribuiría a la discriminación”.²⁰

37. Sobre el particular, la Recomendación N.º 90, que complementa el Convenio 100 de la OIT sobre igualdad de remuneraciones (1951)²¹, establece lo siguiente:
6. Para facilitar la aplicación del principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor se deberían tomar medidas pertinentes, cuando fuere necesario, para elevar el rendimiento de las trabajadoras, especialmente:
 - (a) garantizando a los trabajadores de uno u otro sexo facilidades iguales o equivalentes, en materia de orientación profesional o de consejos profesionales, de formación profesional y de colocación;
 - (b) adoptando medidas adecuadas para estimular entre las mujeres la utilización de las facilidades, en materia de orientación profesional o de consejos profesionales, de formación profesional y de colocación;
 - (c) estableciendo servicios sociales y de bienestar que correspondan a las necesidades de las trabajadoras, especialmente de aquellas que tengan cargas familiares, y financiando dichos servicios con fondos públicos generales, con fondos del seguro social o con fondos de las empresas o industrias, destinados al bienestar y constituidos con pagos efectuados en beneficio de los trabajadores, independientemente del sexo; y
 - (d) promoviendo la igualdad entre la mano de obra masculina y la femenina en cuanto al acceso a las diversas profesiones y funciones, a reserva de las disposiciones de la reglamentación internacional y de la legislación nacional relativas a la protección de la salud y al bienestar de las mujeres.
38. Como se aprecia, existe una gran brecha que debe ir cerrándose entre trabajadores hombres y mujeres, si nos atenemos al derecho a una remuneración igual por un trabajo de igual valor, de modo que no sólo son los sindicatos o representantes de los trabajadores quienes deben exigir dicho cambio sino que la obligación de garantizarlos le corresponde al Estado, cuando legisla, juzga o administra.

²⁰ *Idem.* p. 52.

²¹ Ratificado por el Estado peruano el 1 de febrero de 1960.

6) La legítima limitación del control difuso arbitral

39. El presente caso los demandantes han sostenido que las disposiciones legales cuestionadas impiden a los árbitros ejercer plenamente su jurisdicción, negándoles la posibilidad de aplicar el control difuso en sede arbitral, lo que vulneraría los artículos 138 y 139.1 de la Constitución.
40. Sobre el particular, estimo que la prohibición de aplicar el control difuso en el ámbito arbitral, contenida en las disposiciones cuestionadas, resulta legítima en la medida que se encuentra dentro del ámbito de discrecionalidad del Parlamento y no afecta ninguna disposición constitucional.
41. En efecto, teniendo en cuenta que el principio de corrección funcional “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” (Exp. N.º 05854-2005-PA/TC FJ 12), no encuentro forma de justificar la competencia de los árbitros para aplicar, al igual que los jueces, el control difuso de constitucionalidad de las leyes, y menos aún, que no exista un mecanismo de revisión de la aplicación de tal tipo de control, como si existe en el ámbito judicial. El principio de corrección funcional no sólo prohíbe que se resten competencias a los diferentes poderes del Estado u órganos constitucionales, sino que se adicione competencias que no les corresponden a dichos órganos.
42. No cabe duda que el arbitraje representa en la actualidad uno de los mecanismos de mayor legitimidad en la solución de determinado tipo de controversias, básicamente sobre materias de libre disposición. Sin embargo, son considerables las diferencias entre ámbitos de justicia (la ordinaria y la arbitral) que impiden otorgar a los árbitros mayores poderes que a los jueces.
43. El control difuso de constitucionalidad de las leyes ha sido establecido expresamente como una competencia de los jueces del Poder Judicial (artículo 138º de la Constitución), siendo además ejercido por el Tribunal Constitucional cuando conocer los diferentes procesos constitucionales de naturaleza concreta (artículos 200, 201 y 202 de la Constitución). Al respecto, el Tribunal Constitucional ha sostenido que “el control judicial difuso de constitucionalidad de las normas legales es una competencia reconocida a todos los órganos jurisdiccionales para declarar inaplicable una ley, con efectos particulares, en todos aquellos casos en los que aquella resulta manifiestamente incompatible con la Constitución (...)”.

El control difuso es, entonces, un poder-deber del juez consustancial a la Constitución del Estado Democrático y Social de Derecho”. (Exp. N.º 02132-2008-PA/TC FJ 17).

44. Como tal, el control difuso representa uno de los poderes de mayor relevancia en los sistemas constitucionales que así lo han reconocido e incluso en aquellos, como el estadounidense, que pese a no otorgarse de modo expreso a los jueces, resulta implícito a todo ordenamiento jurídico que pretenda controlar el enorme poder del Parlamento.
45. Al respecto, se ha sostenido que

la revisión judicial ha tenido fundamental importancia en el esquema constitucional estadounidense. Es en ejercicio de este poder, por ejemplo, que la Corte Suprema ha proscrito la segregación en las escuelas, las leyes sobre el aborto, y la oración en horas de clase. Sin embargo, sorprendentemente, el lector no encontrará referencia explícita alguna a la revisión judicial en la Constitución. Fueron los jueces, guiados por el espíritu de aquella, quienes hallaron la revisión judicial en sus disposiciones menos claras. Ese descubrimiento fue explicado en la famosa sentencia de *Marbury v. Madison* de 1803 (...) ¿De dónde obtuvieron los jueces esa autoridad? Marshall sostuvo en primer término que era inherente a la naturaleza de una Constitución escrita. (...) las limitaciones constitucionales explícitas sobre la autoridad del Congreso no tendrían valor alguno si los jueces se vieran obligados a obedecer leyes inconstitucionales: ‘Significaría dar a la legislatura una omnipotencia práctica y real, con el mismo ánimo que aparenta restringir sus poderes dentro de los límites estrechos. Significa establecer límites y declarar que esos límites pueden ser transgredidos sin restricciones’.²²

451

46. Como se aprecia, el control difuso de constitucionalidad de las leyes ha sido establecido para asuntos de la mayor trascendencia en un ordenamiento jurídico. Es por ello que sólo se ha otorgado a determinados intérpretes especializados como los jueces. En el caso de la justicia arbitral, que actúa generalmente en asuntos de libre disponibilidad y por lo tanto es limitada, no aprecia forma de interpretación legítima que genere una interpretación en el sentido que el marco constitucional le otorgue la competencia para aplicar el control difuso e inaplicar toda ley, incluso las de presupuesto general de la República. Otorgar a la justi-

²² Currie, David. *Introducción a la Constitución de Estados Unidos*. Argentina, Zavalia, 1993, pp.27 y 29.

cia arbitral dicha competencia y peor aún, otorgarla sin ningún tipo de control (como la “consulta” que existe en el ámbito judicial), es crear una “omnipotencia real y práctica” para dicho tipo de justicia. Por tanto, considero que no es inconstitucional que las disposiciones legales cuestionadas en el proceso de autos, hayan prohibido a los árbitros la inaplicación de las leyes de presupuesto.

47. Finalmente, debo mencionar que más allá de que mediante la presente sentencia el Tribunal Constitucional ha identificado una *situación de hecho inconstitucional* y declarado inconstitucional la prohibición del mecanismo de negociación colectiva en la Administración Pública, luego de que ésta se publicada, se inicia una etapa de deliberación en la sociedad peruana, que tendrá su punto final en la futura ley de negociación colectiva en el sector público, en la que resulta indispensable materializar una correcta ponderación de los principios en conflicto, tarea en la cual estimo, respetuosamente, que deberán tomarse en cuenta también los criterios aquí mencionados.

S.

LEDESMA NARVÁEZ

EXPEDIENTES ACUMULADOS NÚMEROS
003-2013-PI/TC, 004-2013-PI/TC Y 0023-2013-PI/TC
COLEGIO DE ABOGADOS DEL CALLAO
COLEGIO DE ABOGADOS DE AREQUIPA Y
CIUDADANOS C. CONGRESO DE LA REÚBLICA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

1. Coincidiendo con lo ya señalado mayoritariamente con mis colegas al respecto, creo que esta es una buena ocasión para especificar, dentro del margen de acción propia de un juez o jueza constitucional en un Estado Constitucional, que es lo que puede interpretarse, controlarse y revisarse en sede de un proceso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional si la norma impugnada es una Ley de Presupuesto.
2. Y es que debe tenerse presente que el reconocerle hoy a la Constitución el rol de parámetro de validez formal y parámetro de validez material del ordenamiento jurídico de un Estado determinado permite la configuración de una serie de fenómenos. La denominada “constitucionalización del Derecho” es uno de ellos. En mérito a ella, la configuración de las competencias dentro del Estado (“constitucionalización juridización”), la conformación del sistema de fuentes (“constitucionalización elevación”), y la determinación de los alcances de las diferentes disciplinas jurídicas y sus instituciones (“constitucionalización transformación”), deben ser comprendidas conforme con los preceptos constitucionales vigentes, así como de lo que se desprende de ellos. Y de la mano de aquello, están los denominados efectos indirectos de este fenómeno: modernización del Derecho, unificación del orden jurídico, simplificación del ordenamiento jurídico. Todas estas posibilidades de labor interpretativa deben configurarse de acuerdo con los parámetros constitucionalmente establecidos.
3. En esta “constitucionalización del Derecho” al juez o jueza constitucional le corresponde un rol fundamental.
4. Otro fenómeno de gran relevancia es el de la “convencionalización del Derecho”. Actualmente se va a la superación de una distinción entre monismo y dualismo,

y se propende a la configuración de un Derecho común, el cual tiene como sustento al reconocimiento y la tutela de los derechos en función al tratamiento que éstos reciben en los diferentes tratados parte del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la jurisprudencia vinculante que se desprende de ellos. En este escenario, e incluso desde antes de “Almonacid Arellano Vs. Chile”, el juez constitucional tiene la gran responsabilidad de hacer respetar las posiciones ya asumidas al respecto a nivel convencional, así como la de construir sus respuestas a nuevos casos en base a dichas posiciones.

5. Al lado de lo recientemente expuesto, y con especial relevancia para el caso sometido a nuestra competencia, aspecto central del redimensionamiento del rol de la Constitución es el de la denominada “constitucionalización de la política”. Lo político y lo jurídico no son lo mismo, pero en un Estado Constitucional lo político, lo social o lo económico no pueden manejarse al margen de lo dispuesto en los diferentes preceptos constitucionales y lo que se infiere de ellos. Aquello pondrá en debate la pertinencia de mantener figuras como las “political questions”, “actos políticos” o “actos de gobierno”, las cuales hoy apuntan a la conveniencia de reconocer la existencia de ciertas actuaciones que, por su naturaleza, no deberían ser revisadas bajo parámetros jurídicos en sede jurisdiccional. Actualmente se admite entonces la revisión de estas actuaciones o decisiones, e incluso de otras manifestaciones del quehacer habitualmente asignado al Estado, como las relacionadas con el diseño y la materialización de diversas políticas públicas.
6. Es más, hoy hay quienes reclaman que los jueces y juezas constitucionales no solamente controlen la constitucionalidad de políticas públicas, sino que, en el ejercicio de su labor interpretativa del ordenamiento jurídico y las demás expresiones de la vida ciudadana conforme a la Constitución, puedan incluso hacer sugerencias y tener iniciativas frente a la configuración de diversas actuaciones estatales, para así asegurar la constitucionalidad de las mismas (en ese sentido, por ejemplo, conviene revisar el sustento de las denominadas “sentencias estructurales”, usadas en ordenamientos jurídicos iberoamericanos como el colombiano o el costarricense).
7. Sin pronunciarme aquí sobre este último aspecto, lo que quiero resaltar es que cabe la revisión de actuaciones “políticas” o incluso de políticas públicas por la judicatura constitucional. Y es que si hoy la legitimación del poder en un Estado Constitucional es jurídica, y si aquello básicamente se tutela y potencia en sede jurisdiccional, se puede entender, tal como se ha señalado en la última Conferencia Internacional de Tribunales y Cortes Constitucionales, que los jueces y juezas constitucionales pueden evaluar la constitucionalidad de ciertas políticas públicas asuman labores de integración social.

8. Esta integración social, siquiera enunciativamente, alude a apuntalar elementos de cohesión social (búsqueda de que toda persona pertenezca a una comunidad política, dentro de la cual pueda desarrollar sus proyectos de vida), inclusión social (esfuerzo por incorporar a quienes se encuentran excluidos del sistema político, de la configuración de lo económico o de la capacidad de ejercer sus derechos o su cultura a cabalidad) y reconciliación social (búsqueda de superación colectiva de periodos asumidos como difíciles dentro de la historia de nuestros países mediante el impulso o la materialización de diversas acciones). Supone por último un intento de consolidación de un clima de ausencia de conflictos, o de solución rápida y eficaz de los ya existentes.
9. En síntesis, cabe dejar sentado que un juez o jueza constitucional en principio no participa en el diseño de diversas políticas o decisiones institucionales. Tampoco decide qué opción es mejor que otra o prioriza las metas en estos temas. Lo que en todo caso debe verificar es que de la aplicación de las mismas no se produzcan vulneraciones de derechos, o que esos derechos no se afecten por un quehacer omisivo de la autoridad correspondiente.
10. Esta afirmación no es nueva. Es más, podría decirse que constituye una constante jurisprudencial de este Tribunal, en cuanto se ha afirmado previamente que "... ante cuestionamientos de que una norma con rango de ley —que diseña e implementa determinadas políticas públicas— haya violentado una "norma directriz" de la Constitución, este Tribunal se siente en la necesidad de advertir que la declaración de invalidez de esta no solo será admisible en aquellos casos en los que las acciones implementadas contravengan manifiestamente la promoción del objetivo colectivo señalado por la Constitución, o cuando las acciones adoptadas constituyan medios absolutamente inidóneos para procurar en algún grado el objetivo identificado por la Constitución y se encuentren, a su vez, supuestos a los que acabamos de hacer referencia, para declarar su validez" (STC 00021-2010-AI/TC, FJ 71).
11. Son muchas entonces las posibilidades de configurar el quehacer interpretativo, contralor y revisor propio de la "constitucionalización del Derecho", la "convencionalización del Derecho" y la "constitucionalización de la política". En este último caso, el de la "constitucionalización de la política", más directamente vinculado a lo planteado en el proceso que este Tribunal viene conociendo, bien podría plantearse un nivel de control en base a consideraciones vinculadas a si se siguieron parámetros de procedimiento y competencia establecidos en la Constitución, o si se actúa en base a contenidos constitucionalmente previstos. También cabe, si se quiere y puede asumir a algunas de estas decisiones como el ejercicio de la potestad discrecional de la Administración, invocar (sobre todo si

de “actos políticos”, “cuestiones políticas” o “actos de gobierno” se habla), la aplicación de las diferentes técnicas de control de la discrecionalidad administrativa.

12. Es dentro de este marco que se puede entender la labor interpretativa, revisora e incluso contralora que hemos emprendido frente a la Ley del Presupuesto, tanto en aspectos formales como en materias sustanciales. Ello nos ha permitido considerar ciertos aspectos como conformes a la Constitución; y a otros, como el de la prohibición de la negociación colectiva para incrementos salariales de los trabajadores de la Administración pública, como inconstitucionales.
13. Ahora bien, la declaración de inconstitucionalidad de una o varias disposiciones de una ley, sobre todo si la ley en cuestión es una de tanta trascendencia y repercusiones como la Ley de Presupuesto, debe tomar en cuenta que durante la vigencia de la normativa impugnada la misma generó situaciones y relaciones jurídicas que no son fáciles de revertir, o por lo menos, de adaptar a los parámetros constitucionalmente invocables. Aquello justifica plenamente la vacatio decretada sobre la entrada en vigencia de ciertos efectos de la presente sentencia, práctica por cierto aplicada por este mismo Tribunal Constitucional y muchos otros en el Derecho Comparado en muchos casos.
14. Conviene además tener presente que las tareas de interpretación y revisión propias del Tribunal Constitucional se dan dentro de ciertos límites. Uno de ellos, entre muchos, es el del proceso constitucional mediante el cual toma conocimiento. Otro obviamente es el de la pretensión que se busca atender.
15. Digo esto en mérito a que debe tenerse claro por ello que, por ejemplo, la discusión en un proceso de constitucionalidad no puede en rigor abarcar un pronunciamiento sobre, por citar un caso, la pertinencia y los alcances de un precedente establecido en un proceso de Amparo. En ese sentido, y frente a la alegación de que con la Ley de Presupuesto se busca eliminar la posibilidad de ejercer el control difuso arbitral, riesgo que en nuestra opinión no se encuentra acreditado o presente, quiero anotar lo que sigue a continuación.
16. Comparto el sentido resolutivo de este extremo de la sentencia suscrita por la mayoría de mis colegas pero considero entonces que es indispensable expresar algunas consideraciones adicionales que fundamentan mi voto, las cuales son las siguientes:
 - A. El artículo 139 de la Constitución recogen una serie de “Principios y derechos de la función jurisdiccional”. Allí se comienza por garantizar la unidad y exclusividad de dicha competencia en cabeza del Poder Judicial, proscribiendo el juzgamiento por comisiones especiales o la delegación de facultades.

- B. Además, parece reconocerse la existencia de función jurisdiccional, independiente de la del Poder Judicial, en el ámbito militar y el del arbitraje (artículo 139.1), así como en el de las comunidades campesinas y nativas, dentro de su ámbito territorial (artículo 149).
- C. Independientemente del concepto de jurisdicción que se maneje, conviene anotar que en ninguno de los casos mencionados en el punto anterior se desplaza o sustituye al Poder Judicial. Se introducen más bien alternativas que complementan y desarrollan determinados ámbitos especializados, como el de la tutela de bienes jurídicos propios de las Fuerzas Armadas; o se impulsa la conservación y respeto de la diversidad cultural, en el caso de las Comunidades Nativas.
- D. El arbitraje, por su parte, es una opción que habilita la posibilidad de que las partes recurran a un mecanismo independiente para la resolución de aquellas controversias que se relacionan con derechos disponibles, descargando al Poder Judicial de aquellos casos en los que los privados hubiesen pactado que arribarían a una solución por sus propios medios.
- E. Se trata entonces de un ámbito cuyas decisiones tienen la particularidad de que se edifica a partir de la autonomía de la voluntad de las partes.
- F. Ahora bien, del hecho de que la Constitución reconozca al arbitraje en los términos recogidos en el primer inciso de su del artículo 139 no se deriva en absoluto que cumpla una función idénticamente equiparable a la del Poder Judicial.
- G. Además, podemos apreciar las diferencias existentes entre quienes se desempeñan como jueces de la judicatura ordinaria y los árbitros:

	Jueces	Árbitros
Fuente de su autoridad	La potestad de impartir justicia emana del pueblo	Voluntad de las partes
Sistema de designación	Concurso Público de méritos	Propuesta de las partes
Sujeto que designa	Consejo Nacional de la Magistratura	Partes u órgano predeterminado para tal fin en el convenio
Capacitación	Por medio de la Academia de la Magistratura	No previsto

Ratificación	Cada siete años por el Consejo Nacional de la Magistratura	No aplica
Decisiones jurídicas	Siempre	No necesariamente
Poder de coerción	En virtud de su autoridad pública	Debe recurrir al Poder Judicial
Nacionalidad	Peruanos de nacimiento	Cualquier nacionalidad
Estabilidad en la función	Permanente mientras observen conducta e idoneidad propias y sean ratificados	Limitada al caso
Rendición de cuentas	Ante el Consejo Nacional de la Magistratura	No aplica
Ejercicio del control difuso	Expresamente previsto en la Constitución	No previsto
Consecuencia del ejercicio del control difuso	Elevación en consulta (artículo 14 de la LOPJ y 3 del CPConst).	Ninguna
Revisión de sus decisiones	Si	No

- H. De lo expuesto surge con claridad que aún cuando los jueces y los árbitros realizan una importante labor constitucionalmente reconocida que hay que proteger, precisar y potenciar, ello no implica que sus competencias y atribuciones sean las mismas. Para empezar por algo elemental, el origen del poder de los jueces, de acuerdo con nuestra Constitución, emana del pueblo. Añade el artículo 138 para despejar toda duda que la potestad allí descrita “se ejerce por el Poder Judicial”. Mientras tanto la autoridad de los árbitros deriva de la voluntad de las partes, las cuales, al designarlos para decidir una controversia concreta, los invisten de autoridad.
- I. El Estado brinda reconocimiento a un conjunto de soluciones privadas, aplicadas en el ámbito de determinados derechos disponibles de las partes como ya se pusiera de relieve. Además, reviste sus decisiones de fuerza jurídica. Sin embargo, a diferencia de las resoluciones judiciales, las emitidas en sede arbitral, a la hora de requerir la coerción para la ejecución (sustantiva o cautelar), deben recurrir al Poder Judicial que ejerce la potestad pública. Nadie habla entonces de rebajar la tutela al arbitraje. La pregunta es si se pueden invocar todas las competencias

de un juez (ordinario o constitucional), y entre ellas, la del ejercicio del control difuso.

- J. Cabe tenerse presente que la pretensión de los demandantes en el presente proceso se orienta a que se declare la inconstitucionalidad del artículo 6 y del tercer párrafo de la Quincuagésima Octava Disposición Complementaria Final de la Ley 29951. En su opinión dichas disposiciones impiden a los árbitros ejercer plenamente sus labores, negándoles la posibilidad de aplicar el control difuso en sede arbitral y permitiendo que los laudos sean anulados.
- K. Coincidiendo con la parte resolutive de la sentencia en cuanto declara infundado este extremo de la demanda, pues lo dispuesto en la ley no recorta el margen de acción de los árbitros, entiendo que debe quedar claro que ello no supone pronunciarse sobre la pertinencia de la potestad de ejercer control difuso por parte de los árbitros. Se anota entonces nuevamente que en autos no resulta posible analizar si debería dejarse sin efecto, o no, lo establecido, con carácter de precedente, en la STC 00142-2011-PA/TC.
- L. Conviene por último, tener presente como en la STC 00142-2011-PA/TC, este Tribunal Constitucional sostuvo que “Siendo el arbitraje una jurisdicción independiente, como expresamente señala la Constitución, y debiendo toda jurisdicción poseer las garantías de todo órgano jurisdiccional (como las del Poder Judicial), es consecuencia necesaria de ello que la garantía del control difuso de constitucionalidad, prevista en el segundo párrafo del artículo 138° de la Constitución, pueda también ser ejercida por los árbitros en la jurisdicción arbitral, pues el artículo 138° no puede ser objeto de una interpretación constitucional restrictiva y literal, como exclusiva de la jurisdicción ordinaria o constitucional” (Fundamento Jurídico 24).
- M. Estamos pues ante una materia que debe ser analizada y discutida en el momento y el espacio pertinente. En cualquier caso, necesario resulta recordar que, incluso recurrir a fórmulas como las del establecimiento de un precedente, requiere acreditar el cumplimiento de una serie de condiciones.
- N. En ese sentido, el establecimiento del precedente, el cambio de precedente o la decisión de dejar sin efecto lo establecido previamente con carácter de precedente, exige entre otras cosas, atenerse a la regla de que debe existir una relación inmediata con la ratio decidendi de un caso concreto.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

EXPS. N.ºS 00003-2013-PI/TC, 00004-2013-PI/TC Y 00023-2013-PI/TC
(ACUMULADOS)

LIMA

ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DEL CALLAO Y OTROS

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO URVIOLA HANI

Con el debido respeto por el parecer de mis honorables colegas magistrados, emito el presente voto singular, a fin de plasmar las razones por las que me permito disentir de sus respetables posiciones.

Como no es la primera oportunidad en que una controversia relacionada a la prohibición impuesta a los trabajadores estatales de negociar incrementos de carácter remunerativo es sometida a mi conocimiento como juez constitucional, justificaré el porqué debo mantener mi posición al respecto, añadiendo algunas razones a las esbozadas en pronunciamiento anterior.

460

1. La negociación colectiva de los trabajadores de la Administración Pública es un derecho de configuración legal

En su momento, suscribí un voto en el expediente n.º 18-2013-PI/TC, y opté por declarar infundado el extremo de la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra la Ley n.º 30057, del Servicio Civil, ya que, aunque los trabajadores del sector público son titulares del derecho fundamental a la negociación colectiva, se encuentran impedidos, a mi juicio, de negociar incrementos salariales a través de dicho medio, por lo que solo están facultados para transar condiciones de empleo futuras.

Las razones en que sustenté mi posición son las siguientes:

- Nuestro país, solamente, ha ratificado el Convenio OIT n.º 151, a través del cual, el Estado únicamente se ha obligado a someter a negociación colectiva “condiciones de empleo”. Por su parte, el Convenio OIT n.º 154, que reconoce la posibilidad de negociar conceptos remunerativos, no ha sido ratificado, y por consiguiente, no forma parte de nuestro derecho interno. En ese orden de ideas, concluí que el Estado peruano no ha asumido el compromiso de someter a negociación colectiva asuntos remunerativos de sus trabajadores.

Dicha conclusión se basó en que tanto el artículo 55° de nuestra Carta Magna como el artículo 2.b. de la Convención de Viena sobre derechos de los Tratados estipulan que solo las normas supranacionales formalmente ratificadas por el Estado integran nuestro ordenamiento jurídico.

- A la luz de lo antes expuesto, señalé que la negociación colectiva es un derecho constitucional de configuración legal, cuya delimitación recae en el legislador democrático, quien para tal efecto tiene un amplio margen de discrecionalidad para dotarlo de contenido. También precisé que, como cualquier otro derecho fundamental, puede ser objeto de limitación, siempre que no vulnere su contenido esencial.

En esa línea, enfatiqué que, en el sector público, el principio de equilibrio presupuestal recogido en la propia Constitución y los Convenios antes mencionados, impone una legítima restricción al derecho fundamental a la negociación colectiva que no debe ser desconocida.

- Sin perjuicio de ello, y con el fin de facilitar un diálogo fructífero y constante entre la Administración Pública y sus trabajadores sobre cuestiones remunerativas, manifesté que tales reclamaciones deberían ser canalizadas a través de un mecanismo alternativo a la negociación colectiva, que aún no se ha implementado, a pesar de estar expresamente contemplado en el artículo 7° del Convenio OIT n.º 151, por lo que el Estado se encuentra obligado a regularlo, y a través del mismo tomar en cuenta los requerimientos de los trabajadores de la Administración Pública.

461

2. La singularidad de la negociación colectiva en la Administración Pública

En mi criterio, resulta constitucionalmente válido que el legislador democrático no equipare a los trabajadores estatales con los del ámbito privado, debido a que el Estado como empleador cuenta con una serie de singularidades propias que, objetivamente, justifican un tratamiento diferenciado, a la luz del artículo 39° y siguientes de la Constitución que regulan los alcances de la función pública.

A modo de ejemplo, resulta ilustrativo señalar que, en el sector público, el acceso a un puesto de trabajo necesariamente se supedita a un concurso público de méritos, a fin de garantizar que se realice en condiciones de igualdad y siguiendo lineamientos meritocráticos, conforme a lo desarrollado en la STC n.º 5057-2013-PA/TC (Caso Huatuco).

En efecto, mientras los particulares cuentan con total libertad para fijar libremente la política remunerativa que mejor les convenga para atraer o retener al personal que mejor responda a sus necesidades, pudiendo incluso negociar con ellos de manera individual o conjunta, siempre que no se contravengan normas imperativas, el Estado

no cuenta con esa libertad, dado que su desenvolvimiento, en tanto Administración Pública, se encuentra sometido al principio de legalidad, entendido como el respeto al ordenamiento jurídico en su conjunto, el mismo que, ciertamente, incluye a las normas presupuestarias.

Por ese motivo, entiendo que se encuentra plenamente justificado que la regulación del derecho fundamental a la negociación colectiva tome en cuenta que el Estado como empleador tiene una serie de limitaciones, básicamente de carácter presupuestal, que explican el tratamiento diferenciado que reciben sus trabajadores. Es más, quien voluntariamente decide laborar para las entidades de la Administración Pública conoce de antemano la rigidez con que ellas están obligadas a manejar su presupuesto, así como la carencia de ciertos beneficios como, por ejemplo, la participación en la utilidades.

3. Previsión de consecuencias

Ahora bien, no puede perderse de vista que 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 (Cfr. STC n.º 48-2004-PI/TC). De ahí que, como jueces constitucionales, debemos procurar que, en la práctica, nuestras decisiones solucionen los problemas sometidos a nuestro conocimiento.

462

Temo que la decisión en mayoría no coadyuvará a pacificar las relaciones colectivas y tendrá efectos contraproducentes, pues **más allá** de que los trabajadores estatales tengan la legítima expectativa de que se incremente su remuneración, juzgo que es un contrasentido iniciar un proceso de negociación colectiva respecto de cuestiones que no son susceptibles de ser negociadas si el Estado no se encuentra en capacidad de atender dichos pedidos de aumento.

4. El mecanismo alternativo de la consulta

No puede soslayarse que aunque es posible congelar temporalmente los salarios en el sector público en aras de satisfacer otras necesidades, no es constitucionalmente admisible postergar indefinidamente su incremento por contravenir la buena fe que debe guiar las relaciones colectivas laborales.

En un Estado Social y Democrático de Derecho, el Estado y sus trabajadores tienen el ineludible deber de conducirse de manera sumamente responsable en la conciliación de sus legítimos intereses. En ese contexto, es preciso que ambas partes procuren llegar a un punto de equilibrio a través del mecanismo alternativo de la consulta, para lo cual es imprescindible que actúen con mesura.

5. Pronunciamento

Si bien se ha denunciado la inconstitucionalidad formal del artículo 6 de las Leyes de Presupuesto del Sector Público para los Años Fiscales 2013, 2014 y 2015 –que reprodujeron año tras año la proscripción de reajustar o incrementar conceptos remunerativos o impedir que se someta a arbitraje tales materias, por regular asuntos ajenos a la materia presupuestaria– considero que tal objeción carece de asidero debido a que dicha regulación impone una prohibición de modificar el presupuesto. Al existir entonces una razonable vinculación entre lo expresamente regulado en el citado artículo 6 y la materia presupuestaria, no puede entenderse que exista un vicio de inconstitucionalidad formal.

En cuanto a la alegada inconstitucionalidad por el fondo, juzgo que la prohibición de incrementar remuneraciones mediante la negociación colectiva o el arbitraje resulta constitucional, conforme a lo desarrollado *supra* y a lo cual me remito. Consecuentemente, estimo que este extremo de la demanda resulta **INFUNDADO**.

6. Un aspecto final del voto

Con relación a la alegada inconstitucionalidad del segundo párrafo de la Quincuagésima Cuarta Disposición Complementaria Final de la Ley n.º 29812, de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2012 y del tercer párrafo de la Quincuagésima Octava Disposición Complementaria Final de la Ley n.º 29951, de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013 –que versaron sobre cuestiones relacionadas a la designación de árbitros y las consecuencias de desconocer normas presupuestarias– estimo que este extremo de la demanda resulta **IMPROCEDENTE**, pues a diferencia del resto de normas sometidas a escrutinio constitucional ambas normas han perdido vigencia, tan es así que no han sido recogidas por las ulteriores leyes presupuestarias.

A mayor abundamiento, estimo pertinente añadir que si a pesar de tener una vigencia anual, un contenido normativo de carácter presupuestario se reitera o se reproduce en lo sustancial en la ley presupuestaria del año subsiguiente, resulta razonable que el Tribunal Constitucional pueda controlar su constitucionalidad al subsistir el interés constitucional de velar por el recto ejercicio de la potestad legislativa; sin embargo, dado que en las actuales circunstancias dichas normas no se encuentran vigentes, resulta innecesario expedir un pronunciamiento de fondo, al haber operado la sus-tracción de la materia.

Sr.

URVIOLA HANI

EXP. N.º 0003-2013-PI/TC, 0004-2013-PI/TC y 0023-2013-PI/TC
COLEGIO DE ABOGADOS DEL CALLAO Y OTROS

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO SARDON DE TABOADA

Discrepo de la sentencia en mayoría en cuanto extiende el derecho a la negociación colectiva de los servidores públicos al tema de sus remuneraciones. Diga lo que diga la sentencia en mayoría, la Constitución no reconoce tal derecho. El artículo 42º de la Constitución, dedicado a enumerar los derechos de los servidores públicos, solo establece el derecho a la sindicación y el derecho a la huelga. Léase:

“Artículo 42º.- Se reconocen los derechos de *sindicación* y *huelga* de los servidores públicos. (...)” [*itálicas* agregadas].

464 La sentencia en mayoría soslaya este artículo y pretende extraer el derecho a la negociación colectiva de los servidores públicos del artículo 28º de la Constitución. Dicho artículo dice lo siguiente:

“Artículo 28º.- El Estado reconoce los derechos de *sindicación*, *negociación colectiva* y *huelga*. (...)” [*itálicas* agregadas].

Sin embargo, ello no significa —como señala la sentencia en mayoría— que todos los trabajadores —incluyendo los servidores públicos— tienen estos tres derechos y que el artículo 42º solo pretende subrayar los derechos a la sindicación y a la huelga de los servidores públicos. Semejante interpretación constituye una especulación temeraria respecto a las intenciones de los autores de la Constitución.

En realidad, es evidente que el artículo 28º contiene la regla y el 42º, la excepción. Según la Constitución, todos los trabajadores tienen derecho a la negociación colectiva, salvo los servidores públicos, que no lo tienen.

Esta restricción de los derechos de los servidores públicos no debe causar extrañeza. Ella deriva de la distinción entre lo público y lo privado, ubicua en el Derecho. El contenido de la libertad jurídica, por ejemplo, varía en uno y otro ámbitos: en el privado, puede hacerse todo, salvo lo que la ley prohíbe; en el público, no puede hacerse nada, salvo lo que la ley autoriza.

El Derecho, pues, no siempre trata igual a quienes actúan en el ámbito público y a quienes actúan en el ámbito privado —sobre todo, cuando les reconoce prerrogativas y facultades.

Además, la sentencia en mayoría pasa por alto que la negociación colectiva de las remuneraciones de los servidores públicos comprometerá ese otro bien constitucionalmente tutelado, que es el equilibrio presupuestal (artículo 78°). Para que no lo haga de inmediato, recurre a la ingeniosa figura de la *vacatio sententiae*, señalando que lo dispuesto en ella no debe ser cumplido de inmediato sino dentro de tres años.

Sin embargo, si algo debiera caracterizar a la interpretación constitucional, precisamente, es no estar sujeta a contingencias circunstanciales. Lo que es inconstitucional ahora, también lo será entonces, y viceversa.

Lo dispuesto por el artículo 78° de la Constitución está cargado de sentido histórico. Como consecuencia de que sucesivos gobiernos irresponsables trataron que el Estado viva más allá de sus medios, cediendo a presiones de intereses particulares, el Perú experimentó una espiral inflacionaria entre 1973 y 1990. Ella culminó en la más profunda crisis económica de nuestra historia.

La Constitución intenta evitar que esto vuelva a ocurrir, pero no lo logrará, si continúa siendo soslayada por el Tribunal Constitucional.

465

Finalmente, la sentencia en mayoría se refiere a los compromisos asumidos por el Perú, al haber ratificado los Convenios 98 y 151 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Empero, pasa por alto que el Perú no ha ratificado el Convenio 154, que trata específicamente de la negociación colectiva. Así, presenta un cuadro incompleto de las obligaciones asumidas internacionalmente por el Estado peruano.

La sentencia en mayoría trata de justificar la selectividad de su memoria citando *in extenso* jurisprudencia e incluso un estudio general de la OIT. Sin embargo, la interpretación debe tener límites: no puede desnaturalizar lo establecido por la Constitución. Ninguno de esos documentos puede prevalecer sobre la letra y el espíritu de la Constitución Política del Perú.

Por todas estas consideraciones, más bien, estimo que las demandas son INFUNDADAS en todos sus extremos y no solo en los que la sentencia en mayoría así declara.

SARDON DE TABOADA

Sentencia 00014-2014-PI/TC, 00016-2014-PI/TC, 00019-2014-PI/TC y 00007-2015-PI/TC (expedientes acumulados)

Procesos de inconstitucionalidad interpuestos por el Colegio de Abogados de Lima, el Colegio de Abogados de Lima Norte, congresistas y ciudadanos. El Tribunal confirmó la constitucionalidad de la Ley 30220, Ley Universitaria.

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 12 de noviembre de 2015

Resumen: El Tribunal Constitucional declaró infundadas las demandas interpuestas contra la Ley 30220, Ley Universitaria, confirmando así su constitucionalidad. Los demandantes alegaron que la citada ley vulnera, entre otros, el principio de autonomía universitaria, la libertad de empresa y contratación.

467

El Tribunal se pronunció sobre su capacidad para contralar políticas públicas, concluyendo que tiene el deber de controlar la legitimidad constitucional de las políticas públicas e incluso la ausencia de estas, en el contexto de sus deberes de respeto y garantía de los derechos.

El Tribunal señaló que la educación es un servicio público, y que ésta se encuentra especialmente relacionada con la formación del proyecto de vida de cada persona y con la dignidad humana, por lo que si bien satisface necesidades individuales, tiene una implicancia colectiva. A continuación, el Tribunal realizó un análisis de la regulación constitucional de la universidad, incluyendo la gratuidad de la universidad pública, la finalidad y creación de universidades, la autonomía universitaria y su régimen tributario especial, para luego analizar puntualmente cada una de las disposiciones impugnadas, confirmando su constitucionalidad una a una.

Por último, se estableció que el plazo de adecuación de cinco años establecido en la Disposición Complementaria Transitoria Tercera comienza a computarse desde el momento de la publicación de la sentencia en el diario oficial *El Peruano*, donde fue publicada el 14 de noviembre de 2015.

Temas Claves: Autonomía universitaria — derecho a la educación — libertad de contratación — libertad de empresa — libre iniciativa privada.

PLENO JURISDICCIONAL

Expedientes 0014-2014-PI/TC, 0016-2014-PI/TC, 0019-2014-PI/TC y 0007-2015-PI/TC

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Del 10 de noviembre de 2015

Caso Ley Universitaria

COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA, COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA NORTE, CONGRESISTAS DE LA REPÚBLICA Y 6453 CIUDADANOS C. CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Asunto

468 Demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra diversos artículos de la Ley Universitaria número 30220

Magistrados firmantes:

SS.

URVIOLA HANI

MIRANDA CANALES

RAMOS NÚÑEZ

LEDESMA NARVÁEZ

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

TABLA DE CONTENIDOS

I. CUESTIONES PRELIMINARES	4
A. PETITORIO CONSTITUCIONAL	4
B. DEBATE CONSTITUCIONAL	16
B.1. Demandas.....	16
B.2. Contestaciones de demanda	17
II. CUESTIONES PROCESALES PREVIAS	21
A. SOBRE LA ACUMULACIÓN DE PROCESOS.....	21

III. FUNDAMENTOS	22
A. LA CAPACIDAD DE CONTROL DE POLÍTICAS PÚBLICAS QUE TIENE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	22
B. LA EDUCACIÓN COMO SERVICIO PÚBLICO.....	26
C. LA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA UNIVERSIDAD .	28
C.1. Gratuidad de la universidad pública (artículo 17 de la Constitución)	28
C.2. Finalidad y creación de universidades (artículo 18 de la Constitución) ...	29
C.3. Autonomía universitaria (artículo 18 de la Constitución)	30
C.4. Régimen tributario especial (artículo 19 de la Constitución)	33
D. ANALISIS DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS DISPOSICIONES IMPUGNADAS.....	33
D.1. Las Disposiciones Generales.....	34
D.1.1. El objeto de la Ley.....	34
D.1.2. Sobre los fines de la Universidad.....	34
D.1.3. Sobre la posible afectación a la autonomía universitaria que se alega habría generado esta ley.....	35
D.1.4. La responsabilidad de las autoridades	36
D.1.5. La transparencia de las universidades.....	38
D.2. La creación y funciones de la Superintendencia Nacional de Educación Superior Universitaria (SUNEDU)	40
D.2.1. Creación de la SUNEDU.....	40
D.2.2. Temporalidad del licenciamiento.....	49
D.2.3. Ámbito de competencia de la SUNEDU	51
D.2.4. Las funciones de la SUNEDU.....	52
D.2.5. Organización de la SUNEDU.....	53
D.2.6. Funciones del Consejo Directivo de la SUNEDU	54
D.2.7. Designación del Superintendente	55
D.2.8. Régimen sancionador	56
D.2.9. Articulación y coordinación de la SUNEDU con otras instituciones ...	57
D.3. La creación y licenciamiento de universidades y facultades	58
D.3.1. Requisitos para la creación de universidades	58
D.3.2. Licenciamiento de universidades	60
D.4. Organización académica.....	61
D.5. Gobierno de la Universidad.....	62
D.5.1. La Asamblea Universitaria y sus atribuciones.....	62
D.5.2. Atribuciones del Consejo Universitario	63
D.5.3. Remuneraciones y dietas	64
D.6. Docencia universitaria.....	65
D.7. Calidad del ejercicio profesional.....	68

D.8. Regulación de las universidades privadas	69
D.8.1. Definición.....	69
D.8.2. Bienes y beneficios	72
D.8.3. Programas de inversión.....	73
D.8.4. Facultades y prohibición de cambio de personería jurídica.....	74
D.9. Disposiciones complementarias transitorias, modificatorias, finales y derogatorias	74
D.9.1. Proceso de adecuación del gobierno de la universidad pública	75
D.9.2. Proceso de adecuación del estatuto de la universidad privada.....	76
D.9.3. Plazo de adecuación de docentes de la universidad pública y privada ...	77
D.9.4. Comisión organizadora	78
D.9.5. Materialización progresiva	78
D.9.6 Disposición complementaria derogatoria única	79
IV. FALLO.....	80

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 10 días del mes de noviembre de 2015, el Tribunal Constitucional, en sesión del Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Urviola Hani, Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada, Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, con los votos singulares de los magistrados Miranda Canales (sobre el artículo 84 de la Ley Universitaria), Blume Fortini (sobre todos los artículos impugnados), y Sardón de Taboada (sobre todos los artículos impugnados) y los fundamentos de voto de los magistrados Ramos Núñez (en lo referido al nombramiento del Superintendente de la Superintendencia Nacional de Educación Superior Universitaria) y Ledesma Narváez (sobre diversos aspectos vinculados con esta Ley).

I. CUESTIONES PRELIMINARES

A. PETITORIO CONSTITUCIONAL

Las demandas fueron interpuestas por el Colegio de Abogados de Lima Norte, debidamente representado por su decano, con fecha 14 de julio de 2014 (Expediente 0014-2014-PI/TC); por Congresistas de la República, que designaron apoderada a la congresista Martha Gladys Chávez Cossio, con fecha 30 de julio de 2014 (Expediente 0016-2014-PI/TC), y por el Colegio de Abogados de Lima, debidamente representado por su decano, con fecha 3 de septiembre de 2014 (Expediente 0019-2014-PI/TC), contra diversos artículos de la Ley Universitaria número 30220, publicada con fecha 9 de julio de 2014 en el diario oficial *El Peruano*.

Se alega la violación de la autonomía universitaria y la restricción ilegítima del derecho de acceso a la educación universitaria, de los derechos a las libertades de empresa y contratación y del derecho al trabajo. Se sostiene que diversas disposiciones de la ley impugnada quebrantan la prohibición de aplicar retroactivamente las leyes y, además, afectan el contenido constitucionalmente protegido de los derechos a participar en la vida cultural de la nación y a acceder a la función pública de las autoridades de las universidades públicas. Por último, se sostiene que esta ley universitaria desnaturaliza la competencia de los colegios profesionales en materia de vigilancia de la calidad del servicio que prestan los egresados de las universidades.

Si bien las demandas han sido planteadas contra diversos artículos de la Ley 30220, lo que consta de las respectivas resoluciones de admisibilidad y de una revisión minuciosa de los argumentos expuestos en las demandas y las subsanaciones de estas, los accionantes solicitan que se declaren inconstitucionales las siguientes disposiciones:

Artículo 1. Objeto de la Ley

La presente Ley tiene por objeto normar la creación, funcionamiento, supervisión y cierre de las universidades. Promueve el mejoramiento continuo de la calidad educativa de las instituciones universitarias como entes fundamentales del desarrollo nacional, de la investigación y de la cultura.

471

Asimismo, establece los principios, fines y funciones que rigen el modelo institucional de la universidad.

El Ministerio de Educación es el ente rector de la política de aseguramiento de la calidad de la educación superior universitaria.

Artículo 8. Autonomía universitaria

El Estado reconoce la autonomía universitaria. La autonomía inherente a las universidades se ejerce de conformidad con lo establecido en la Constitución, la presente Ley y demás normativa aplicable. Esta autonomía se manifiesta en los siguientes regímenes:

- 8.1 Normativo, implica la potestad autodeterminativa para la creación de normas internas (estatuto y reglamentos) destinadas a regular la institución universitaria.
- 8.2 De gobierno, implica la potestad autodeterminativa para estructurar, organizar y conducir la institución universitaria, con atención a su naturaleza, características y necesidades. Es formalmente dependiente del régimen normativo.
- 8.3 Académico, implica la potestad autodeterminativa para fijar el marco del proceso de enseñanza-aprendizaje dentro de la institución universitaria. Supone el señalamiento de los planes de estudios, programas de investigación, formas de ingreso

y egreso de la institución, etc. Es formalmente dependiente del régimen normativo y es la expresión más acabada de la razón de ser de la actividad universitaria.

- 8.4 Administrativo, implica la potestad autodeterminativa para establecer los principios, técnicas y prácticas de sistemas de gestión, tendientes a facilitar la consecución de los fines de la institución universitaria, incluyendo la organización y administración del escalafón de su personal docente y administrativo.
- 8.5 Económico, implica la potestad autodeterminativa para administrar y disponer del patrimonio institucional; así como para fijar los criterios de generación y aplicación de los recursos.

Artículo 9. Responsabilidad de las autoridades

Las autoridades de la institución universitaria pública son responsables por el uso de los recursos de la institución, sin perjuicio de la responsabilidad civil, penal o administrativa correspondiente.

Cualquier miembro de la comunidad universitaria debe denunciar ante la Superintendencia Nacional de Educación Superior Universitaria (SUNEDU), la comisión de actos que constituyan indicios razonables de la existencia de infracciones a la presente Ley.

472

La Superintendencia Nacional de Educación Superior Universitaria (SUNEDU), de oficio o a pedido de parte, emite recomendaciones para el mejor cumplimiento de las disposiciones previstas en esta Ley y otras normas reglamentarias, en el marco de su ámbito de competencia. Dichas recomendaciones pueden servir de base para la determinación de las responsabilidades pertinentes.

Artículo 11. Transparencia de las universidades

Las universidades públicas y privadas tienen la obligación de publicar en sus portales electrónicos, en forma permanente y actualizada, como mínimo, la información correspondiente a:

- 11.1 El Estatuto, el Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA), el Plan Estratégico Institucional y el reglamento de la universidad.
- 11.2 Las actas aprobadas en las sesiones de Consejo de Facultad, de Consejo Universitario y de Asamblea Universitaria.
- 11.3 Los estados financieros de la universidad, el presupuesto institucional modificado en el caso de las universidades públicas, la actualización de la ejecución presupuestal y balances.
- 11.4 Relación y número de becas y créditos educativos disponibles y otorgados en el año en curso.

- 11.5 Inversiones, reinversiones, donaciones, obras de infraestructura, recursos de diversa fuente, entre otros.
- 11.6 Proyectos de investigación y los gastos que genere.
- 11.7 Relación de pagos exigidos a los alumnos por toda índole, según corresponda.
- 11.8 Número de alumnos por facultades y programas de estudio.
- 11.9 Conformación del cuerpo docente, indicando clase, categoría y hoja de vida.
- 11.10 El número de postulantes, ingresantes, matriculados y egresados por año y carrera.

Las remuneraciones, bonificaciones y demás estímulos que se pagan a las autoridades y docentes en cada categoría, por todo concepto, son publicados de acuerdo a la normativa aplicable.

Artículo 12. Creación

Créase la Superintendencia Nacional de Educación Superior Universitaria (SUNEDU) como Organismo Público Técnico Especializado adscrito al Ministerio de Educación, con autonomía técnica, funcional, económica, presupuestal y administrativa, para el ejercicio de sus funciones. Tiene naturaleza jurídica de derecho público interno y constituye pliego presupuestal. Tiene domicilio y sede principal en la ciudad de Lima y ejerce su jurisdicción a nivel nacional, con su correspondiente estructura orgánica.

473

Artículo 13. Finalidad

La SUNEDU es responsable del licenciamiento para el servicio educativo superior universitario, entendiéndose el licenciamiento como el procedimiento que tiene como objetivo verificar el cumplimiento de condiciones básicas de calidad para ofrecer el servicio educativo superior universitario y autorizar su funcionamiento.

La SUNEDU es también responsable, en el marco de su competencia, de supervisar la calidad del servicio educativo universitario, incluyendo el servicio brindado por entidades o instituciones que por normativa específica se encuentren facultadas a otorgar grados y títulos equivalentes a los otorgados por las universidades; así como de fiscalizar si los recursos públicos y los beneficios otorgados por el marco legal a las universidades, han sido destinados a fines educativos y al mejoramiento de la calidad.

La SUNEDU ejerce sus funciones de acuerdo a la normativa aplicable y en coordinación con los organismos competentes en materia tributaria, de propiedad y competencia, de control, de defensa civil, de protección y defensa del consumidor, entre otros.

La autorización otorgada mediante el licenciamiento por la SUNEDU es temporal y renovable y tendrá una vigencia mínima de 6 (seis) años.

Artículo 14. Ámbito de competencia

La SUNEDU ejecuta sus funciones en el ámbito nacional, público y privado, de acuerdo a su finalidad y conforme a las políticas y planes nacionales y sectoriales aplicables y a los lineamientos del Ministerio de Educación.

Artículo 15. Funciones generales de la SUNEDU

La SUNEDU tiene las siguientes funciones:

- 15.1 Aprobar o denegar las solicitudes de licenciamiento de universidades, filiales, facultades, escuelas y programas de estudios conducentes a grado académico, de conformidad con la presente Ley y la normativa aplicable.
- 15.2 Determinar las infracciones e imponer las sanciones que correspondan en el ámbito de su competencia, conforme a lo dispuesto por el artículo 21 de la presente Ley.
- 15.3 Emitir opinión respecto al cambio de denominación de las universidades a solicitud de su máximo órgano de gobierno, con excepción de aquellas creadas por ley.
- 15.4 Supervisar en el ámbito de su competencia la calidad de la prestación del servicio educativo, considerando la normativa establecida respecto a la materia.
- 15.5 Normar y supervisar las condiciones básicas de calidad exigibles para el funcionamiento de las universidades, filiales, facultades, escuelas y programas de estudios conducentes a grado académico, así como revisarlas y mejorarlas periódicamente.
- 15.6 Supervisar el cumplimiento de los requisitos mínimos exigibles para el otorgamiento de grados y títulos de rango universitario en el marco de las condiciones establecidas por ley.
- 15.7 Fiscalizar si los recursos públicos, la reinversión de excedentes y los beneficios otorgados por el marco legal a las universidades han sido destinados a fines educativos, en el marco de las normas vigentes sobre la materia y en coordinación con los organismos competentes, con el objetivo de mejorar la calidad.
- 15.8 Proponer al Ministerio de Educación, las políticas y lineamientos técnicos en el ámbito de su competencia.
- 15.9 Administrar el Registro Nacional de Grados y Títulos.
- 15.10 Supervisar que ninguna universidad tenga en su plana docente o administrativa a personas impedidas conforme al marco legal vigente.

- 15.11 Aprobar sus documentos de gestión.
- 15.12 Exigir coactivamente el pago de sus acreencias o el cumplimiento de las obligaciones que correspondan.
- 15.13 Establecer los criterios técnicos para la convalidación y/o revalidación de estudios, grados y títulos obtenidos en otros países.
- 15.14 Publicar un informe anual sobre el uso de los beneficios otorgados por la legislación vigente a las universidades.
- 15.15 Publicar un informe bienal sobre la realidad universitaria del país, el mismo que incluye ranking universitario, respecto del número de publicaciones indexadas, entre otros indicadores.
- 15.16 Organizar y administrar estadística de la oferta educativa de nivel superior universitario bajo su competencia y hacerla pública.
- 15.17 Otras que le sean otorgadas por ley o que sean desarrolladas por su Reglamento de Organización y Funciones.

En los casos que establezca su Reglamento de Organización y Funciones, la SUNE-
DU puede contratar los servicios necesarios para el mejor cumplimiento de las fun-
ciones antes señaladas.

475

Artículo 16. Estructura orgánica

La SUNEDU, para el cumplimiento de sus funciones, cuenta con la estructura orgá-
nica básica siguiente:

- 16.1 Alta Dirección: Consejo Directivo, Superintendente y Secretario General.
- 16.2 Órganos de administración interna.
- 16.3 Órganos de línea.

La SUNEDU cuenta, además, con una Procuraduría Pública y una Oficina de Ejecu-
ción Coactiva. La estructura detallada de su organización y funciones se establece en
el respectivo Reglamento de Organización y Funciones, en el marco de la normativa
vigente.

Artículo 17. Consejo Directivo

- 17.1 El Consejo Directivo es el órgano máximo y de mayor jerarquía de la SUNE-
DU. Es responsable de aprobar políticas institucionales y de asegurar la marcha
adecuada de la entidad.

Está conformado de la siguiente manera:

- 17.1.1 El Superintendente de la SUNEDU, quien lo presidirá.
- 17.1.2 Un representante del Consejo Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación Tecnológica (CONCYTEC), con un nivel no menor de Director General.
- 17.1.3 Cinco (5) miembros seleccionados mediante concurso público. Dos serán docentes provenientes de universidades públicas y uno de universidad privada. En estos casos cumplirán con lo señalado en el punto 17.2.1. Los otros dos seleccionados serán personalidades que cumplan con lo señalado en los puntos 17.2.2 o 17.2.3.

Los miembros del Consejo Directivo, con excepción del Superintendente, perciben dietas por las sesiones en que participan, aprobadas de conformidad con lo dispuesto en el Texto Único Ordenado de la Ley 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto.

Los ciudadanos seleccionados son designados por un periodo de cinco (5) años, en la forma prevista en el Reglamento de Organización y Funciones, con opinión favorable del Consejo Nacional de Educación, aprobada por mayoría simple para cada ciudadano. Todos los miembros del Consejo Directivo son designados mediante resolución suprema refrendada por el Ministro de Educación.

476

17.2 Los ciudadanos seleccionados mediante concurso público, deberán cumplir con alguno de los siguientes requisitos:

- 17.2.1 Contar con el grado académico de Doctor, habiéndolo obtenido con estudios presenciales y un mínimo de 10 (diez) años como Docente Principal, ó
- 17.2.2 Contar con el grado académico de Doctor, habiéndolo obtenido con estudios presenciales y un mínimo de 10 (diez) años de experiencia en el campo de la investigación y el desarrollo de las ciencias y el conocimiento, con investigaciones y publicaciones en revistas científicas indexadas, ó
- 17.2.3 Contar con el grado académico de Doctor o Maestro habiéndolo obtenido con estudios presenciales y haber desempeñado cargos de gestión en el ámbito público o privado o en el ámbito educativo, por un periodo mínimo de 10 (diez) años.

Los ciudadanos seleccionados no pueden ser reelegidos de manera inmediata.

El concurso para la selección de miembros del Consejo Directivo de la SUNEDU otorga el puntaje máximo en la etapa correspondiente, a los candidatos que hayan obtenido el grado de Doctor, a tiempo completo y dedicación exclusiva.

En ningún caso se podrá seleccionar a los cinco ciudadanos integrantes del Consejo Directivo bajo el mismo requisito.

Los ciudadanos seleccionados se encuentran sujetos a lo dispuesto por el Código de Ética de la Función Pública.

17.3 Los miembros del Consejo Directivo, no pueden ser personas que:

17.3.1 Sean titulares de acciones o participaciones en universidades o sus empresas vinculadas o en otras personas jurídicas relacionadas a las actividades o materias reguladas por la SUNEDU, ni que lo sean sus cónyuges o parientes hasta el tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad. En caso de haberlo sido, deberán haber cesado en dicha actividad al menos un año antes de asumir el cargo.

17.3.2 Sean autoridades, directores, representantes legales o apoderados, asesores o consultores permanentes de universidades o personas jurídicas vinculadas a estas. En caso de haberlo sido, deberán haber cesado en dicha actividad al menos un año antes de asumir el cargo. Haber sido usuario de las referidas entidades no resulta causal de inhabilitación.

El representante del CONCYTEC es designado por el mismo periodo que el Superintendente, pudiendo ser renovada su designación por un periodo adicional.

477

Todos los miembros del Consejo Directivo deben ser personas de reconocido prestigio y de conducta intachable públicamente reconocida.

Artículo 19. Funciones del Consejo Directivo

Las funciones del Consejo Directivo son las siguientes:

- 19.1 Proponer la política y lineamientos técnicos en el ámbito de su competencia.
- 19.2 Aprobar los planes, políticas, estrategias institucionales y las condiciones básicas de calidad; en concordancia con las políticas y lineamientos técnicos que apruebe el Ministerio de Educación.
- 19.3 Aprobar, denegar, suspender o cancelar las licencias para el funcionamiento del servicio de educación superior universitaria bajo su competencia.
- 19.4 Aprobar, cuando corresponda, sus documentos de gestión.
- 19.5 Velar por el cumplimiento de los objetivos y metas de la SUNEDU.
- 19.6 Aprobar el presupuesto institucional.
- 19.7 Evaluar el desempeño y resultados de gestión de la SUNEDU.
- 19.8 Otras funciones que desarrolle su Reglamento de Organización y Funciones.

El Consejo Directivo constituye la única instancia administrativa en los casos que sean sometidos a su conocimiento. Las resoluciones que expida son precedentes de observancia obligatoria en los casos que interprete de modo expreso y con carácter general, el sentido de la normativa bajo su competencia.

Artículo 20. Superintendente de la SUNEDU

El Superintendente de la SUNEDU es la máxima autoridad ejecutiva de la entidad y titular del pliego presupuestal. Es designado mediante resolución suprema a propuesta del Ministro de Educación por un periodo de tres años, pudiendo ser renovada su designación por un periodo adicional. El Superintendente continúa en el ejercicio del cargo mientras no se designe a su sucesor. El ejercicio del cargo es remunerado y a tiempo completo.

20.1 Para ser designado Superintendente se requiere:

20.1.1 Ser peruano y ciudadano en ejercicio.

20.1.2 Tener el grado académico de Doctor, habiéndolo obtenido con estudios presenciales y contar con no menos de diez años de experiencia profesional.

20.1.3 Acreditar no menos de cinco años de experiencia en un cargo de gestión ejecutiva pública o privada.

20.1.4 No tener inhabilitación vigente para contratar con el Estado ni para el ejercicio de la función pública en el momento de ser postulado para el cargo, incluyendo las incompatibilidades que señala esta Ley para los miembros del Consejo Directivo.

20.1.5 Gozar de conducta intachable públicamente reconocida.

20.2 Son funciones del Superintendente de la SUNEDU las siguientes:

20.2.1 Representar a la Superintendencia.

20.2.2 Ejecutar las políticas y realizar las acciones necesarias para la correcta aplicación de los lineamientos técnicos aplicables al servicio en materia de educación superior universitaria que resulten de su competencia.

20.2.3 Aprobar las normas de regulación del funcionamiento interno de la entidad.

20.2.4 Cumplir y hacer cumplir los acuerdos del Consejo Directivo, emitiendo las Resoluciones de Superintendencia correspondientes.

20.2.5 Designar y remover a los Jefes de los órganos de línea y de administración interna de la SUNEDU.

20.2.6 Otras funciones que desarrolle su Reglamento de Organización y Funciones.

Artículo 21. Infracciones y sanciones

Constituyen infracciones pasibles de sanción las acciones u omisiones que infrinjan las normas sobre (i) el licenciamiento, (ii) uso educativo de los recursos públicos y/o beneficios otorgados por el marco legal a las universidades, (iii) condiciones básicas de calidad para ofrecer el servicio educativo universitario o servicio educativo conducente al otorgamiento de grados y títulos equivalentes a los otorgados por las universidades; así como las obligaciones establecidas en la presente Ley y en su reglamento de infracciones y sanciones. Las infracciones serán clasificadas como leves, graves y muy graves.

La SUNEDU, en función a la gravedad de las infracciones, podrá imponer las siguientes sanciones:

- a) Infracciones leves: multa.
- b) Infracciones graves: multa y/o suspensión de la licencia de funcionamiento.
- c) Infracciones muy graves: multa y/o cancelación de la licencia de funcionamiento.

479

La tipificación de las infracciones, así como la cuantía y la graduación de las sanciones se establecerán en el Reglamento de Infracciones y Sanciones, el cual será aprobado mediante decreto supremo refrendado por el Ministro de Educación.

Artículo 22. Carácter de autoridad central

La SUNEDU es la autoridad central de la supervisión de la calidad bajo el ámbito de su competencia, incluyendo el licenciamiento y supervisión de las condiciones del servicio educativo de nivel superior universitario, en razón de lo cual dicta normas y establece procedimientos para asegurar el cumplimiento de las políticas públicas del Sector Educación en materia de su competencia.

Artículo 23. Mecanismos de articulación y coordinación

La SUNEDU establece mecanismos de articulación y coordinación intersectorial con otras entidades del Poder Ejecutivo e intergubernamental con gobiernos regionales y gobiernos locales, con la finalidad de:

23.1 Coordinar la ejecución de las funciones bajo su competencia.

23.2 Implementar mecanismos de seguimiento, supervisión, evaluación y monitoreo, así como indicadores de gestión para la mejora continua.

23.3 Celebrar convenios interinstitucionales de asistencia técnica y ejecutar acciones de cooperación y colaboración mutua.

Artículo 27. Requisitos para la creación de universidades

Los requisitos básicos que se deben contemplar en los instrumentos de planeamiento para la creación de una institución universitaria, en cualquiera de los niveles, son los siguientes:

- 27.1 Garantizar la conveniencia y pertinencia con las políticas nacionales y regionales de educación universitaria.
- 27.2 Vincular la oferta educativa propuesta a la demanda laboral.
- 27.3 Demostrar disponibilidad de recursos humanos y económicos, para el inicio y sostenibilidad de las actividades proyectadas, que le sean exigibles de acuerdo a su naturaleza.

Estos requisitos también son verificados en el proceso de licenciamiento de las universidades, conjuntamente con las condiciones básicas que establezca la SUNEDU, de conformidad al artículo siguiente.

Artículo 28. Licenciamiento de universidades

Las condiciones básicas que establezca la SUNEDU para el licenciamiento, están referidas como mínimo a los siguientes aspectos:

- 28.1 La existencia de objetivos académicos; grados y títulos a otorgar y planes de estudio correspondientes.
- 28.2 Previsión económica y financiera de la universidad a crearse compatible con los fines propuestos en sus instrumentos de planeamiento.
- 28.3 Infraestructura y equipamiento adecuados al cumplimiento de sus funciones (bibliotecas, laboratorios, entre otros).
- 28.4 Líneas de investigación a ser desarrolladas.
- 28.5 Verificación de la disponibilidad de personal docente calificado con no menos del 25% de docentes a tiempo completo.
- 28.6 Verificación de los servicios educacionales complementarios básicos (servicio médico, social, psicopedagógico, deportivo, entre otros).
- 28.7 Existencia de mecanismos de mediación e inserción laboral (bolsa de trabajo u otros).

Artículo 35. Creación de Facultades y Escuelas Profesionales

La creación de Facultades y Escuelas Profesionales se realiza de acuerdo a los estándares establecidos por la SUNEDU.

Artículo 56. Asamblea Universitaria

La Asamblea Universitaria es un órgano colegiado que representa a la comunidad universitaria, se encarga de dictar las políticas generales de la universidad y está constituida por:

56.1 El Rector, quien la preside.

56.2 Los Vicerrectores.

56.3 Los Decanos de las Facultades.

56.4 El Director de la Escuela de Posgrado.

56.5 Los representantes de los docentes de las diversas Facultades, en número igual al doble de la suma de las autoridades universitarias a que se refieren los incisos anteriores. Están representados de la siguiente manera: 50% de Profesores Principales, 30% de Profesores Asociados y 20% de Profesores Auxiliares.

56.6 Los representantes de los estudiantes de pregrado y posgrado, que constituyen el tercio del número total de los miembros de la Asamblea. Los representantes estudiantiles de pregrado deben pertenecer al tercio superior y haber aprobado como mínimo treinta y seis créditos.

La inasistencia de los estudiantes no invalida la instalación ni el funcionamiento de dichos órganos.

56.7 El representante de los graduados, en calidad de supernumerario, con voz y voto.

56.8 Un representante de los trabajadores administrativos, con voz y sin voto.

La Asamblea Universitaria se reúne en sesión ordinaria una vez al semestre, y en forma extraordinaria por iniciativa del Rector, o de quien haga sus veces, o de más de la mitad de los miembros del Consejo Universitario, o de más de la mitad de los miembros de la Asamblea Universitaria.

Artículo 57. Atribuciones de la Asamblea Universitaria

La Asamblea Universitaria tiene las siguientes atribuciones:

57.1 Aprobar las políticas de desarrollo universitario.

57.2 Reformar los estatutos de la universidad con la aprobación de por lo menos dos tercios del número de miembros, y remitir el nuevo Estatuto a la SUNEDU.

57.3 Velar por el adecuado cumplimiento de los instrumentos de planeamiento de la universidad, aprobados por el Consejo Universitario.

- 57.4 Declarar la revocatoria y vacancia del Rector y los Vicerrectores, de acuerdo a las causales expresamente señaladas en la presente Ley; y a través de una votación calificada de dos tercios del número de miembros.
- 57.5 Elegir a los integrantes del Comité Electoral Universitario y del Tribunal de Honor Universitario.
- 57.6 Designar anualmente entre sus miembros a los integrantes de la Comisión Permanente encargada de fiscalizar la gestión de la universidad. Los resultados de dicha fiscalización se informan a la Contraloría General de la República y a la SUNEDU.
- 57.7 Evaluar y aprobar la memoria anual, el informe semestral de gestión del Rector y el informe de rendición de cuentas del presupuesto anual ejecutado.
- 57.8 Acordar la constitución, fusión, reorganización, separación y supresión de Facultades, Escuelas y Unidades de Posgrado, Escuelas Profesionales, Departamentos Académicos, Centros e Institutos.
- 57.9 Declarar en receso temporal a la universidad o a cualquiera de sus unidades académicas, cuando las circunstancias lo requieran, con cargo a informar a la SUNEDU.
- 57.10 Las demás atribuciones que le otorgan la ley y el Estatuto de la universidad.

482

El Secretario General de la Universidad y el Director General de Administración asisten a las sesiones con derecho a voz, sin voto.

Artículo 59. Atribuciones del Consejo Universitario

El Consejo Universitario tiene las siguientes atribuciones:

... 59.3 Aprobar el presupuesto general de la universidad, el plan anual de adquisiciones de bienes y servicios, autorizar los actos y contratos que atañen a la universidad y resolver todo lo pertinente a su economía.

Artículo 78. Remuneraciones y dietas

Los miembros de los órganos de gobierno de la universidad no reciben dietas, ni pago alguno por las sesiones en las que participen. Toda disposición en contrario es nula.

Artículo 84. Periodo de evaluación para el nombramiento y cese de los profesores ordinarios

El periodo de nombramiento de los profesores ordinarios es de tres (3) años para los profesores auxiliares, cinco (5) para los asociados y siete (7) para los principales. Al vencimiento de dicho periodo, los profesores son ratificados, promovidos o separados de la docencia a través de un proceso de evaluación en función de los méritos académicos que incluye la producción científica, lectiva y de investigación.

El nombramiento, la ratificación, la promoción y la separación son decididos por el Consejo Universitario, a propuesta de las correspondientes facultades.

Toda promoción de una categoría a otra está sujeta a la existencia de plaza vacante y se ejecuta en el ejercicio presupuestal siguiente.

La edad máxima para el ejercicio de la docencia en la universidad pública es setenta años. Pasada esta edad solo podrán ejercer la docencia bajo la condición de docentes extraordinarios y no podrán ocupar cargo administrativo.

La universidad está facultada a contratar docentes. El docente que fue contratado puede concursar a cualquiera de las categorías docentes, cumpliendo los requisitos establecidos en la presente Ley.

Artículo 109. Calidad del ejercicio profesional

La universidad y los colegios profesionales deben mantener una actitud vigilante en cuanto a la calidad del ejercicio profesional de sus afiliados, y deben establecer mecanismos orientados a supervisar y promover el ejercicio eficiente de su profesión.

Artículo 115. Definición

Toda persona natural o jurídica tiene derecho a la libre iniciativa privada para constituir una persona jurídica, con la finalidad de realizar actividades en la educación universitaria, ejerciendo su derecho de fundar, promover, conducir y gestionar la constitución de universidades privadas. En caso de que la promotora tenga fines lucrativos se constituye bajo la forma societaria y en caso no tenga fines de lucro, bajo la forma asociativa.

Para iniciar sus actividades, la promotora debe contar con la autorización de la SUNE-DU, de conformidad con las normas y atribuciones que se señalan en la presente Ley.

Adicionalmente, se deben sujetar a las siguientes reglas:

115.1 La persona jurídica promotora de la institución universitaria se constituye con la finalidad exclusiva de promover solo una institución universitaria.

115.2 Las actividades de extensión y proyección social se sujetan a lo establecido por sus autoridades académicas, quienes deben tener en cuenta las necesidades más urgentes de la población de su región.

Artículo 116. Bienes y beneficios

Los bienes y beneficios de la universidad privada se rigen por los parámetros siguientes:

... 116.3 Los excedentes que generan las universidades privadas societarias considerados utilidades, están afectos a las normas tributarias del Impuesto a la Renta. Los programas de reinversión son supervisados por la Superintendencia Nacional de Aduanas

y de Administración Tributaria (SUNAT) y por la SUNEDU para verificar que estos contribuyan de modo efectivo al desarrollo académico de la institución.

Artículo 120. Programas de reinversión

120.1 Las universidades privadas asociativas y societarias deben presentar un informe anual de reinversión de excedentes o utilidades a la SUNEDU y a la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (SUNAT), para efectos de verificación del cumplimiento de lo dispuesto por la presente Ley. El informe debe contener la información detallada y valorizada sobre las inversiones, la adquisición de bienes y la contratación de servicios, así como de las donaciones y becas; publicado en su página web. El incumplimiento de las disposiciones de este artículo acarrea la suspensión o el retiro del régimen de reinversión de excedentes, según la gravedad de la falta, y el pago, según el caso, de las multas o las deudas tributarias generadas.

120.2 Los programas de reinversión de utilidades de las universidades privadas societarias deben contener la información sobre la universidad, incluyendo la designación de sus representantes legales y la persona responsable del programa durante su periodo de desarrollo, la exposición de motivos, el informe de autoevaluación general y la definición de los objetivos del programa, acorde con la finalidad de la presente Ley; la información detallada, priorizada y valorizada sobre las inversiones, la adquisición de bienes y la contratación de servicios, las donaciones y el monto estimado y número de becas; así como la declaración de acogimiento al beneficio y el compromiso de cumplimiento de sus disposiciones y del propio programa. Su presentación, ejecución, fiscalización, ajustes, términos y renovación se rigen por las normas sobre la materia.

484

Artículo 121. Facultades y prohibición de cambio de personería jurídica

Las universidades privadas deciden su fusión, transformación, escisión, disolución o liquidación conforme al procedimiento establecido por la SUNEDU. Está prohibido el cambio de personería jurídica de universidades privadas asociativas a universidades privadas societarias.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS TRANSITORIAS

PRIMERA. Proceso de adecuación del gobierno de la universidad pública

A la entrada en vigencia de la presente Ley, cesa la Asamblea Universitaria de las universidades públicas. Quedan suspendidos todos los procesos de nombramiento, ascenso y ratificación del personal docente y no docente hasta que asuman las nuevas autoridades de gobierno.

A tal efecto, a los diez (10) días calendario de la entrada en vigencia de la presente Ley, se conforma en cada universidad un Comité Electoral Universitario Transitorio y Autónomo, integrado por tres docentes principales, dos docentes asociados y un docente auxiliar, todos a tiempo completo y dedicación exclusiva, que sean los más antiguos en sus respectivas categorías, y por tres estudiantes, uno por cada facultad de las tres con mayor número de alumnos, quienes hayan aprobado como mínimo cinco semestres académicos y ocupen el primer lugar en el promedio ponderado de su facultad.

La abstención total o parcial de los representantes estudiantiles en el Comité Electoral Universitario no impide su instalación y funcionamiento. La antigüedad de los docentes se determina en función al tiempo de servicios efectivo en dicha categoría en la universidad; en caso de empate se optará por los de mayor edad.

El Comité Electoral Universitario se instala teniendo como Presidente al docente principal elegido más antiguo; dicho Comité convoca, conduce y proclama los resultados del proceso electoral conducente a elegir a los miembros de la asamblea estatutaria en un plazo máximo de veinticinco (25) días calendario.

La asamblea estatutaria está conformada por 36 miembros: 12 profesores principales, 8 profesores asociados, 4 profesores auxiliares y 12 estudiantes. Estos últimos deben cumplir los requisitos señalados en la presente Ley para los representantes para la Asamblea Universitaria.

485

La elección se realiza mediante voto universal obligatorio y secreto de cada una de las categorías de los profesores indicados y por los estudiantes regulares.

La asamblea estatutaria se instala inmediatamente después de concluida la elección de sus miembros por convocatoria del presidente del Comité Electoral Universitario, y presidida por el docente principal más antiguo.

La asamblea estatutaria redacta y aprueba el Estatuto de la universidad, en un plazo de cincuenta y cinco (55) días calendario.

A la fecha de aprobación de los nuevos estatutos, la asamblea estatutaria establece el cronograma de elección de las nuevas autoridades y el plazo para su designación en reemplazo de las autoridades vigentes. El referido cronograma debe incluir las fechas de la convocatoria a nuevas elecciones, de realización del proceso electoral, y de designación de las nuevas autoridades.

La designación de las nuevas autoridades debe realizarse antes de que concluya el periodo de mandato de las autoridades vigentes.

Aprobado el Estatuto de la universidad y el referido cronograma, la asamblea estatutaria asume transitoriamente las funciones de la Asamblea Universitaria hasta la

elección de las nuevas autoridades. El proceso de elección de nuevas autoridades es realizado por el Comité Electoral constituido conforme a lo establecido por la presente Ley, y comprende la elección del Rector, del Vicerrector y de los Decanos, reconstituyéndose así la Asamblea Universitaria, el Consejo Universitario y los Consejos de Facultad.

Es de responsabilidad de las autoridades elegidas completar la adecuación de la universidad a las normas de la presente Ley y el respectivo Estatuto.

La Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE) participa y garantiza la transparencia de los procesos electorales, a través de la asistencia técnica a cada Comité Electoral Universitario.

SEGUNDA. Proceso de adecuación del Estatuto de la universidad privada

En las universidades privadas, asociativas y societarias, el proceso de adecuación a la presente Ley, en lo que resulte aplicable, será regulado por el órgano máximo de la persona jurídica en un plazo máximo de 90 días calendario.

TERCERA. Plazo de adecuación de docentes de la universidad pública y privada

Los docentes que no cumplan con los requisitos a la entrada en vigencia de la presente Ley, tienen hasta cinco (5) años para adecuarse a esta; de lo contrario, son considerados en la categoría que les corresponda o concluye su vínculo contractual, según corresponda.

486

CUARTA. Comisión Organizadora

El Ministerio de Educación, mediante resolución ministerial, conformará la Comisión Organizadora de la SUNEDU, la cual podrá estar integrada por miembros de la sociedad civil.

DÉCIMA PRIMERA. Implementación progresiva

La SUNEDU aprobará un plan de implementación progresiva, lo que implica inicialmente, la constatación de las condiciones básicas de calidad en las universidades con autorización provisional. Las universidades autorizadas, deberán adecuarse a las condiciones básicas de calidad en el plazo que la SUNEDU establezca, sometándose a la supervisión posterior.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

SEXTA. Universidades católicas aprobadas en el Perú

Las universidades católicas se gobiernan de acuerdo con sus propios estatutos, dados conforme a lo establecido en la presente Ley y en el Acuerdo entre la Santa Sede y la República del Perú, aprobado por Decreto Ley 23211.

DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA DEROGATORIA ÚNICA

Deróganse la Ley 23733, Ley Universitaria, y sus modificatorias; la Ley 26439, Ley que Crea el Consejo Nacional para la Autorización de Funcionamiento de Universidades (CONAFU), y sus modificatorias; y déjense sin efecto el Decreto Legislativo N° 882 en lo que respecta al ámbito universitario, con excepción de los artículos 14°, 16°, 17°, 18°, 19°, 20°, 21° y 22°, y además normas que se opongan a lo dispuesto en la presente Ley.

B. DEBATE CONSTITUCIONAL

Los accionantes y el demandado postulan una serie de razones, o tesis interpretativas, sobre la constitucionalidad de las normas objetadas que se presentan a continuación.

B.1. DEMANDAS

Las demandas interpuestas se sustentan en los siguientes argumentos:

Expediente 0014-2014-PI/TC

- Para el Colegio profesional accionante serían inconstitucionales los artículos 1, 8, 9, 11.3, 12, 13, 14, 15, 19.3, 20, 21, 22, 27, 28, 35, 57, 59.3, 115, 116.3, 120, 121, así como las Disposiciones Complementarias Transitorias Primera, Cuarta y Decimoprimeras, por vulnerar el principio de autonomía universitaria.

487

Expediente 0016-2014-PI/TC

- Para los Congresistas accionantes serían inconstitucionales los artículos 9 (tercer párrafo), 11, 12, 17, 56, 57.6 y la Primera Disposición Complementaria Transitoria por vulnerar la autonomía universitaria. También los artículos 1, 13, 19.3, 28.4 y 121, pues afectarían el “derecho a la inversión privada en el sector educación”, así como las libertades de empresa y contratación. Los accionantes señalan además que los artículos 13 (último párrafo) y 115.1, además de la Segunda disposición Complementaria Transitoria y la Disposición Complementaria Derogatoria Única, resultan contrarios a los derechos a la educación y de acceso a la educación universitaria. Manifiestan que los artículos 78, 84 y 121 vulnerarían el derecho al trabajo. Finalmente, sostiene que el artículo 109 desnaturaliza la competencia de los colegios profesionales en materia de vigilancia de la calidad del servicio que prestan los egresados de las universidades.

Expediente 0019-2014-PI/TC

- Para el Colegio profesional accionante serían inconstitucionales los artículos 12, 13, 14, 15, 16, 17, 19, 20, 21, 22 y 23, por afectar directamente a la autonomía universitaria. Añaden que sería inconstitucional el artículo 84 (cuarto párrafo) por atentar contra el régimen administrativo de las universidades públicas y

violar el principio de igualdad. Agregan finalmente que la Primera Disposición Complementaria Transitoria atenta contra el régimen de gobierno de las universidades públicas; quebranta la prohibición de aplicar retroactivamente las leyes y afecta el contenido de los derechos a participar en la vida cultural de la nación y de acceso a la función pública de las autoridades de las universidades públicas.

Expediente 0007-2015-PI/TC

- Para los ciudadanos accionantes serían inconstitucionales los artículos 8, 12, 13, 14, 15.1 al 15.7, 15.10, 39 y 40, por cuanto afectan la autonomía universitaria. En relación con el artículo 11, sostienen que resulta contrario al inciso 5 del artículo 2 de la Constitución, por cuanto este no especifica el derecho de acceso a tal información. Por último, respecto del artículo 84 de la Ley impugnada, sostienen que vulnera el derecho al trabajo, la protección al trabajo y el principio de progresividad reconocidos en la Constitución y los tratados de derechos humanos firmados por el Perú.

B.2. CONTESTACIONES DE DEMANDA

Dado que lo que se impugna es una ley, la defensa de su constitucionalidad ha correspondido al Congreso de la República, a través de sus apoderados, designados por Acuerdo de Mesa Directiva 033-2013-2014/MESA-CR, de fecha 18 de setiembre de 2013; y por Acuerdo de Mesa Directiva 117-2014-2015/MESA-CR, de fecha 30 de diciembre de 2014. Los apoderados del Congreso sustentan sus contestaciones en los siguientes argumentos:

488

Contestación de la demanda recogida en el Expediente 0014-2014-PI/TC

- La Constitución le impone al Estado el deber de aseguramiento de la calidad de la educación superior universitaria, con el fin de garantizar el desarrollo integral de la persona humana a través de la formación profesional, la difusión cultural, la creación cultural y artística, y la investigación científica y tecnológica.
- La política de aseguramiento de la calidad de la educación universitaria tiene alcance nacional y, por ende, su diseño y supervisión constituye una competencia exclusiva del Poder Ejecutivo.
- El bloque de constitucionalidad para resolver el presente caso debe comprender el artículo 22.2 de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, en cuanto dispone que “Los Ministerios diseñan, establecen, ejecutan y supervisan políticas nacionales y sectoriales, asumiendo la rectoría respecto de ellas”.
- La autonomía no puede resultar un obstáculo para la supervisión de la calidad de la educación universitaria. Por ende, no puede considerarse como sinónimo

de autarquía; y, en consecuencia, ninguna universidad se encuentra exenta de un proceso de evaluación externo riguroso.

- Las “recomendaciones”, por definición, no tienen carácter obligatorio. Cosa distinta es que puedan servir de referencia para los órganos que evalúan el cumplimiento de los deberes que impone la Ley impugnada.
- No existe una “discriminación jurídicamente relevante” entre las universidades que cuentan con autorización definitiva y aquellas que poseen autorización temporal de seis años, sin mencionar que el término de comparación ofrecido es inválido.
- La forma de designación del Superintendente de la SUNEDU no atenta contra la autonomía universitaria porque las funciones del referido funcionario no inciden en las potestades que tienen las universidades en su régimen normativo, de gobierno, académico, administrativo y económico, de conformidad con el último párrafo del artículo 18 de la Constitución.
- Existe una interferencia en la libre iniciativa privada y la libertad de empresa, pero esta es legítima y proporcionada, ya que permite alcanzar un alto grado de satisfacción del derecho a la educación universitaria.
- Podría existir algún nivel de interferencia en la libertad de empresa y el pluralismo económico, pero resulta constitucionalmente legítima a la luz de un alto nivel de satisfacción y a la luz del derecho de los usuarios del servicio que prestan las universidades sin fines de lucro y del derecho a la educación universitaria.
- No existe vulneración al artículo 2, inciso 17, referido al derecho a la elección, toda vez que la propia ley objeto de cuestionamiento indica que la asamblea estatutaria establece el cronograma de elección de las nuevas autoridades y el plazo para su designación en reemplazo de las autoridades vigentes.

489

Contestación de la demanda recogida en el Expediente 0016-2014-PI/TC

- Los artículos 13 al 19 de la Constitución garantizan una “educación para la vida” y, por tanto, es deber del Estado implementarla y promoverla.
- La autonomía universitaria no es un derecho ni una garantía absoluta. Procura garantizar que las actividades y la evolución institucional se produzcan conforme a los fines constitucionales, por lo que allí se encuentran sus límites.
- La autonomía universitaria en la Constitución es un concepto que si bien cuenta con líneas directrices en sede superior, sigue siendo indeterminado. Requiere de una configuración legal, la cual corresponde materializar al legislador.

- La autonomía universitaria en ningún caso significa autarquía. El Estado debe cumplir con la supervisión que es llevada a cabo por la SUNEDU de un modo plenamente compatible con dicho instituto.
- La Ley no establece la obligatoriedad de las “recomendaciones”, sino que deja en libertad para su valoración a las instancias sustanciadoras y determinadoras de responsabilidad de las autoridades.
- El tránsito de un estamento autónomo como ha sido la Asamblea Nacional de Rectores, con la consabida ausencia del Estado, hacia una superintendencia, no implica, a priori, una reforma inconstitucional.
- La consolidación de la SUNEDU es una fórmula que satisface el mandato del control externo, así como el adecuado rol del poder ejecutivo para los fines constitucionales de la educación.
- La creación de la SUNEDU resulta una medida idónea para solucionar el estado de cosas inconstitucional que pusiera de relieve este Tribunal en el ámbito de la educación universitaria.
- En resumidas cuentas, la regulación de las universidades incluida en la Ley no resulta contraria a principio constitucional alguno.

490

Contestación de la demanda recogida en el Expediente 0019-2014-PI/TC

- La Constitución reconoce autonomía a las universidades y les otorga prerrogativas en los ámbitos normativo, de gobierno, académico, administrativo y económico. Ello con el fin de evitar intervenciones injustificadas en la vida de la comunidad universitaria. A renglón seguido, se afirma que el otorgamiento de tales prerrogativas a nivel constitucional no puede resultar un obstáculo para la supervisión de la calidad de la educación universitaria, la cual adopta diversas formas que dependen de la oportunidad en que se ejerce y de los órganos encargados de ejercerla.
- Sobre la base de lo establecido en el artículo 16 de la Constitución, el Estado tiene el deber de participar en la supervisión de la calidad de la educación universitaria, tanto antes de otorgarse la autorización de funcionamiento como después de iniciarse la actividad educativa universitaria.
- La SUNEDU ha sido creada justamente para cumplir con el deber de participación que tiene el Estado en la supervisión de la calidad de la educación universitaria. La conformación de su Consejo Directivo no puede ser cuestionada, en abstracto, por su falta de imparcialidad objetiva.

- El legislador debe regular no solo las condiciones para autorizar el funcionamiento de las universidades privadas o públicas, sino también la participación de los representantes de los promotores en la universidad.
- El límite de edad hará posible no solo el acceso a la carrera docente en las universidades públicas, sino también el ascenso de una categoría a otra en dicha carrera, resultando una intervención legítima en la autonomía administrativa de las universidades. Precisa, además, que no constituye una forma de discriminación por la edad.
- El test de proporcionalidad realizado por el demandante es, cuestionable. No se ha determinado la existencia de un tratamiento legislativo diferente entre docentes de universidades públicas y privadas, resultando inválido el término de comparación propuesto.
- Finalmente, en lo que concierne concretamente a la autonomía de gobierno de las universidades, el legislador está facultado para regular aspectos como la conformación y las atribuciones de los órganos de gobierno, los requisitos para acceder a los diversos cargos o la elección de las autoridades, entre otros.

Contestación de la demanda recogida en el Expediente 0007-2015-PI/TC

491

- La Constitución reconoce autonomía a las universidades y les otorga prerrogativas en los ámbitos normativo, de gobierno, académico, administrativo y económico con el fin de evitar intervenciones injustificadas en su desenvolvimiento. Ahora bien, tal disposición no puede resultar un obstáculo para la supervisión de la calidad de la educación universitaria.
- Las disposiciones de la Ley no atentan contra la autonomía universitaria, pues esta garantía institucional debe ser ejercida de conformidad con la Constitución y la Ley Universitaria, pero también de acuerdo a la “demás normativa aplicable”, en la que puede encontrarse no solo normas legales, sino también aquellas de carácter infralegal que se emiten, por ejemplo, en el ejercicio de la supervisión externa de la educación universitaria.
- Un proceso de inconstitucionalidad no tiene la finalidad de efectuar un análisis de las razones que justificaron la aprobación de las disposiciones impugnadas, como parece entender la parte demandante. En este tipo de procesos se debe realizar un juicio abstracto de compatibilidad entre la Constitución u otras fuentes normativas distintas (parámetro de control) y la norma cuestionada (objeto de control).
- De acuerdo a la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, las universidades privadas son consideradas como entidades públicas a efectos de

la transparencia y acceso público a la información que generen, por lo que también deberían publicar información de carácter económico en sus portales institucionales.

- El derecho a la vida privada de las personas jurídicas puede ser limitado no solo cuando se trata de universidades públicas, sino también en el caso de las universidades privadas, pues estas obtienen beneficios patrimoniales debido a que “gozan de inafectación de todo impuesto directo e indirecto que afecte los bienes, actividades y servicios propios de su finalidad educativa y cultural”, de acuerdo a lo establecido en el artículo 19 de la Constitución. Por ende, no es posible sostener que resulta inconstitucional establecer que las universidades privadas deben publicar la información especificada en los incisos 3), 4), 5), 6), 7) y 8) del artículo 11 de la Ley Universitaria.
- Entre las funciones asignadas a la SUNEDU no es posible encontrar alguna que pueda resultar contraria a la autonomía universitaria. Antes bien, es posible sostener que con la creación del referido organismo se da cumplimiento a lo señalado jurisprudencialmente por el Tribunal Constitucional.
- El cuarto párrafo del artículo 84 de la Ley Universitaria, al establecer la edad máxima para el ejercicio de la docencia en las universidades públicas, no vulnera el derecho al trabajo reconocido en el artículo 22 de la Constitución, ni el principio de condición más beneficiosa.
- Ante la ausencia de regulación específica en la antigua Ley N.º 23733, los docentes de las universidades públicas no podrían considerar la posibilidad del ejercicio permanente sin límite de edad, pues se encontraban sujetos al régimen general establecido por el Decreto Legislativo N.º 276, que también señalaba los setenta años de edad como término de la relación laboral del servidor público.
- El legislador está facultado para complementar la labor del constituyente en la configuración de la autonomía universitaria, pero sin atentar contra la función institucional de la universidad, que se alcanza a partir de la autodeterminación de los contenidos culturales, científicos y técnicos, los cuales tienen relación directa con el derecho a la libertad de cátedra.
- Si comparamos el grado de afectación del derecho al trabajo (leve o medio) con el grado de satisfacción del derecho de acceso a la función pública (alto), podemos concluir que no estamos ante una medida excesiva o desproporcionada, como parece entender la parte demandante.

II. CUESTIONES PROCESALES PREVIAS

1. Antes de entrar en el análisis de fondo de las impugnaciones planteadas, corresponde justificar la acumulación de las demandas planteadas contra la Ley Universitaria.

A. SOBRE LA ACUMULACIÓN DE PROCESOS

2. En cualquier momento del proceso, el Tribunal Constitucional puede disponer la acumulación de procesos cuando estos sean conexos (artículo 117 del Código Procesal Constitucional).
3. Esta conexidad, atendiendo a criterios de economía procesal, impulso de oficio y búsqueda de efectividad de la tutela constitucional, se configura cuando dos o más demandas recaen sobre la misma norma impugnada y sustentan su inconstitucionalidad en argumentos similares.
4. En el caso concreto, dada la naturaleza de las demandas interpuestas, todas ellas contra la Ley Universitaria número 30220, y en virtud de que dichas demandas recogen argumentos concurrentes, este Tribunal opta por el análisis conjunto de todas ellas.

493

III. FUNDAMENTOS

5. Las pretensiones planteadas imponen que este Tribunal Constitucional comience haciendo algunas precisiones sobre los alcances de su capacidad de control de las políticas públicas, así como acerca de qué involucra la regulación constitucional de la universidad, para luego abordar el contenido y alcance de la autonomía universitaria, en cuyo contexto habrán de examinarse las disposiciones impugnadas en los procesos acumulados.

A. LA CAPACIDAD DE CONTROL DE POLÍTICAS PÚBLICAS QUE TIENE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

6. Los órganos de la administración tienen a su cargo el diseño, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas, pero este ejercicio de las labores naturalmente debe encontrarse dentro del marco de la Constitución y las leyes.
7. También se debe destacar que el Estado tiene el deber de asegurar el respeto de los derechos reconocidos por la constitución y los tratados de derechos humanos. Pero no basta con señalar que el Estado se abstenga de afectar los derechos, sino que resulta indispensable la adopción de medidas positivas, las cuales se irán concretando de acuerdo a las necesidades de protección de cada sujeto.

8. Esta obligación de garantizar los derechos implica el deber de organizar todas las estructuras públicas de manera que estén en capacidad de asegurar las condiciones para su libre y pleno ejercicio.
9. Al respecto, este Tribunal Constitucional tiene resuelto que “[...] las políticas públicas que debe llevar a cabo un Estado exigen, desde promover la existencia de medios organizacionales [...] pasando por medios procedimentales e incluso legales, orientados a prevenir, investigar y reparar actos violatorios” de derechos fundamentales (STC 01776-2004-AA, FJ 40).
10. En ese mismo sentido, en el caso González y otras contra México, la Corte Interamericana de Derechos Humanos decidió que “[...] la ausencia de una política general que se hubiera iniciado por lo menos en 1998 –cuando la Comisión Nacional de Derechos Humanos advirtió del patrón de violencia contra la mujer en Ciudad Juárez– es una falta del Estado en el cumplimiento general de su obligación de prevención” (Considerando 282) y añadió que “[...] el Estado no demostró tener mecanismos de reacción o políticas públicas que dotaran a las instituciones involucradas de los mecanismos necesarios para garantizar los derechos de las niñas” (Considerando 410).
11. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuyas decisiones constituyen pauta interpretativa de los derechos a tenor del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, y en aplicación del control de convencionalidad, encuentra responsable al Estado denunciado, aunque deja sentado que no se pronuncia sobre la eficacia de las políticas públicas desarrolladas por México. Ahora bien, justo es anotar que llega a esa conclusión, básicamente, por encontrar insuficiente la argumentación de la Comisión y, en general, por no encontrar elementos de convicción y estadísticas que le permitan medir el impacto de las medidas adoptadas.
12. Cabe preguntarse ahora si este Tribunal Constitucional, llamado a garantizar la supremacía normativa de la Constitución y los derechos fundamentales de las personas, tiene capacidad para controlar las políticas públicas adoptadas por los órganos competentes.
13. Y es que debe tenerse presente que el reconocerle hoy a la Constitución el rol de parámetro de validez formal y parámetro de validez material del ordenamiento jurídico de un Estado determinado permite la configuración de una serie de fenómenos. La denominada “constitucionalización del Derecho” es una de ellas. En mérito a ella, la configuración de las competencias dentro del Estado (“constitucionalización jurídica”), la conformación del sistema de fuentes (“cons-

titucionalización elevación”) y la determinación de los alcances de las diferentes disciplinas jurídicas y sus instituciones (“constitucionalización transformación”) deben ser comprendidas conforme a los preceptos constitucionales vigentes, así como a partir de lo que se desprende de ellos. Y de la mano de ello están los denominados efectos indirectos de este fenómeno: modernización del Derecho, unificación del orden jurídico, simplificación del ordenamiento jurídico. Todas estas posibilidades de labor interpretativa deben configurarse de acuerdo con los parámetros constitucionalmente establecidos.

14. Junto a lo recientemente expuesto, otro importante efecto de este redimensionamiento del rol de la Constitución es el de la denominada “constitucionalización de la política”. Lo político y lo jurídico no son lo mismo, pero en un Estado Constitucional lo político, lo social o lo económico no pueden manejarse al margen de lo dispuesto en los diferentes preceptos constitucionales y de lo que se infiere de ellos. Aquello pondrá en debate la pertinencia de mantener figuras como las “political questions”, “actos políticos” o “actos de gobierno”, las cuales hoy apuntan a la conveniencia de reconocer la existencia de ciertas actuaciones que, por su naturaleza, no deberían ser revisadas bajo parámetros jurídicos en sede jurisdiccional.
15. Sin embargo, también hay otras expresiones de este fenómeno que convendría tener presentes. Como es de conocimiento general, el desarrollo de las actividades habitualmente asignadas al Estado incluye el diseño y la materialización de diversas políticas públicas. Ahora bien, la desconfianza en el quehacer estatal en general, reforzada con los reparos también existentes a la labor de organismos más “políticos” o “político partidarios”, sin entrar aquí a discutir si estos puntos de vista se condicen con la realidad de las cosas, ha generado múltiples efectos.
16. Además de una mayor transferencia o delegación de funciones a particulares, entre otros, uno de estos efectos es, sin duda, el reclamar que los jueces y juezas constitucionales no solamente controlen, sino que incluso pasen a hacer sugerencias y tener iniciativas frente a la configuración de políticas públicas, para así asegurar la constitucionalidad de las mismas (en ese sentido, por ejemplo, conviene revisar las denominadas “sentencias estructurales”, usadas en ordenamientos jurídicos iberoamericanos como el colombiano o el costarricense). Sin pronunciarnos aquí sobre este último aspecto, pues lo que aquí importa es justificar bajo qué consideraciones puede hacerse un control de políticas públicas en sede jurisdiccional, se alega que si hoy la legitimación del poder en un Estado Constitucional es jurídica, y si aquello básicamente se tutela y potencia en sede jurisdiccional, se puede entender, tal como se ha señalado en la última Confe-

rencia Internacional de Tribunales y Cortes Constitucionales, que los jueces y juezas constitucionales pueden evaluar la constitucionalidad de ciertas políticas públicas, máxime si hoy asumen labores de integración social.

17. Esta integración social, siquiera enunciativamente, alude a apuntalar elementos de cohesión social (búsqueda de que toda persona pertenezca a una comunidad política dentro de la cual pueda desarrollar sus proyectos de vida), inclusión social (esfuerzo por incorporar a quienes se encuentran excluidos del sistema político, de la configuración de lo económico o de la capacidad de ejercer sus derechos o su cultura a cabalidad) y reconciliación social (búsqueda de superación colectiva de períodos asumidos como difíciles dentro de la historia de nuestros países mediante el impulso o la materialización de diversas acciones). Supone también un intento de consolidación de un clima de ausencia de conflictos o de solución rápida y eficaz de los ya existentes.
18. Al respecto, cabe dejar sentado que este órgano de control de la Constitución, en principio, no participa en el diseño de las políticas públicas, no decide qué opción es mejor que otra, ni prioriza las metas; pero, en todo caso, debe verificar que de la aplicación de las mismas no surjan vulneraciones de derechos o que estos se afecten por su omisión.
19. De hecho, ya este Tribunal, en el pasado, ha controlado la legitimidad constitucional de medidas relacionadas con
 - a. la provisión de agua potable (STC 03333-2012-AA/TC);
 - b. la circulación de vehículos usados con timón cambiado (STC 02500-2011-AA/TC);
 - c. el consumo de bebidas alcohólicas (STC 00850-2008-AA/TC);
 - d. El combate contra el tráfico ilícito de drogas (STC 00033-2007-AI/TC); o
 - e. la infancia y los programas sociales (STC 01817-2009-HC/TC, FJ 11), entre muchas otras.
20. En lo específicamente relacionado con la educación, este Tribunal Constitucional ha sostenido que esta se configura como derecho fundamental, pero también como un servicio público, en la medida en que se trata de una prestación pública que explicita una de las funciones-fines del Estado, de ejecución *per se* o por terceros bajo fiscalización estatal, y ha añadido que “[...] corresponde al Ministerio de Educación desarrollar políticas públicas que optimicen y lleven a la práctica el mandato constitucional” (STC 06752-2008-AA/TC, FJ 6 y 7). Esta afirmación no impide, naturalmente, que el Tribunal Constitucional pueda controlar

la conformidad de las políticas públicas adoptadas con el efectivo respeto de los derechos fundamentales. Más bien abona a favor de esa capacidad contralora y revisora.

21. Esta conclusión no es nueva. Es más, podría decirse que constituye una constante jurisprudencial de este Tribunal, en cuanto se ha afirmado previamente que “[...] ante cuestionamientos de que una norma con rango de ley –que diseña e implementa determinadas políticas públicas- haya violentado una ‘norma directriz’ de la Constitución, este Tribunal se siente en la necesidad de advertir que la declaración de invalidez de esta solo será admisible en aquellos casos en los que las acciones implementadas contravengan manifiestamente la promoción del objetivo colectivo señalado por la Constitución, o cuando las acciones adoptadas constituyan medios absolutamente inidóneos para procurar en algún grado el objetivo identificado por la Constitución y se encuentren, a su vez, prohibidos por otras “normas directrices” que anida la misma Ley Fundamental. Puesto que en el ámbito de la justicia constitucional no está en cuestión la corrección o eficacia de la medida empleada, bastará que la norma enjuiciada no incurra en cualesquiera de los supuestos a los que acabamos de hacer referencia, para declarar su validez” (STC 00021-2010-AI/TC, FJ 71).
22. En conclusión, este Tribunal Constitucional entiende que tiene el deber de controlar la legitimidad constitucional de las políticas públicas e incluso la ausencia de estas, en el contexto de sus deberes de respeto y garantía de los derechos.

497

B. LA EDUCACIÓN COMO SERVICIO PÚBLICO

23. Nuestra carta constitucional vigente establece que la educación tiene como finalidad “el desarrollo integral de la persona humana” (artículo 13). A ello debe agregarse que tal desarrollo no debe comprenderse solo a partir de una perspectiva individual, puesto que el ideal de la educación correspondiente a una sociedad democrática y regida bajo parámetros constitucionales debe reforzar los lazos sociales, ya que “Prepara para la vida y el trabajo y fomenta la solidaridad” (artículo 14).
24. En ese sentido, la educación debe incentivar el despliegue de las múltiples potencialidades humanas y brindar una formación integral. Con ello proporciona calificados elementos para que se cristalice el proyecto de vida de cada persona en particular.
25. De otro lado, el Tribunal ha sostenido en ocasiones anteriores que la educación no es solo un derecho, sino un auténtico servicio público que explica una de las

funciones-fines del Estado, cuya ejecución puede operar directamente o a través de terceros (entidades privadas), aunque siempre bajo fiscalización estatal. En la lógica de la finalidad del Estado Constitucional anteriormente mencionada, es conveniente subrayar la importancia que la educación representa para la persona, así como anotar cuáles son las condiciones que debe promover ese mismo Estado para cumplir con dicha misión de manera efectiva, a la par que eficiente (STC 04646-2007-PA/TC, Fundamento Jurídico 25).

26. También en la jurisprudencia de este Tribunal se dejó sentado que a la universidad le corresponde realizar el servicio público de la educación mediante la investigación, la docencia y el estudio. Para alcanzar ello, la universidad tiene como funciones, entre otras, la creación, el desarrollo, la transmisión y crítica de la ciencia, de la técnica, de las artes y de la cultura, así como la difusión, valorización y transferencia del conocimiento para lograr una mayor calidad de vida, desarrollo económico y el fomento de la solidaridad, la ética y el civismo (STC 04232-2004-PA/TC, Fundamento Jurídico 20).

27. En resumen:

498

El servicio de educación que brindan las universidades privadas se configura como un “servicio público”, “en la medida en que se trata de una prestación pública que explicita una de las funciones-fines del Estado, de ejecución *per se* o por terceros bajo fiscalización estatal (STC 03221-2010-HD, Fundamento Jurídico 8).

28. Por su parte, la Ley General de Educación N° 28044, publicada en el diario oficial *El Peruano* con fecha 29 de julio de 2003, establece en su artículo 4° que “La educación es un servicio público”, reproduciendo la pauta ya establecida jurisprudencialmente.

29. Es cierto que el artículo 15 de la Constitución establece que

[...] toda persona, natural o jurídica, tiene el derecho de promover y conducir instituciones educativas y el de transferir la propiedad de éstas, conforme a ley.

30. Ahora bien, necesario es también anotar al respecto que este Tribunal Constitucional ya ha señalado que dicha disposición no puede ser interpretada como el derecho de hacer de las entidades educativas simples sociedades sometidas a las directivas de la oferta y la demanda que rigen el mercado.

31. De hecho, cuando el Estado abre la posibilidad de que determinadas actividades, en principio a él encomendadas, sean llevadas a cabo por particulares, genera con

ello un deber especial de vigilancia y fiscalización del servicio brindado, ya que su cumplimiento no es solo una cuestión concerniente a la entidad privada, sino que guarda especial relación con los fines del propio Estado.

32. En el caso de la educación, su especial conexión con la formación del proyecto de vida de cada persona y, en consecuencia, con el principio de dignidad humana, generan un especial deber de resguardar que los servicios prestados puedan encontrarse de otorgar aquellos elementos mínimos para el desarrollo de dicho proyecto vital. Se trata, pues, de otorgar un servicio que, si bien satisface necesidades individuales (ya que toda persona tiene diseñado un determinado proyecto de vida), ostenta también una considerable implicancia colectiva.

C. LA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA UNIVERSIDAD

33. Dentro del marco indicado supra, habrá que contextualizar la regulación que el constituyente ha dispuesto en relación con la educación superior universitaria.
34. Los artículos 17, 18 y 19 de la Constitución de 1993 determinan dicho marco, dentro del cual debe desenvolverse el legislador a la hora de regular tanto la creación y funcionamiento de universidades como la cancelación de la licencia para el ejercicio de tal actividad.

499

C.1. GRATUIDAD DE LA UNIVERSIDAD PÚBLICA (ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN)

35. El artículo 17 de la Constitución de 1993 señala que

En las universidades públicas el Estado garantiza el derecho a educarse gratuitamente a los alumnos que mantengan un rendimiento satisfactorio y no cuenten con los recursos económicos necesarios para cubrir los costos de educación.

36. La Constitución materializa de este modo algunos principios básicos del proceso educativo, como son los de solidaridad y accesibilidad. Ahora bien, la gratuidad garantizada en el ámbito de las universidades públicas alcanza a aquellas personas que reúnan dos requisitos:
 - a. Mantener un rendimiento adecuado, y
 - b. Carecer de posibilidades económicas de solventar los estudios.
37. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, en relación con la aplicación del artículo 13º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, sostuvo que las instituciones y los pro-

gramas de enseñanza han de ser accesibles desde el punto de vista económico, pero también desde la perspectiva material o geográfica, y, adicionalmente, no deben resultar discriminatorios.

C.2. FINALIDAD Y CREACIÓN DE UNIVERSIDADES (ARTÍCULO 18 DE LA CONSTITUCIÓN)

38. De conformidad con los artículos 13 y 14 de la Constitución de 1993, los fines constitucionales del proceso educativo son: a) promover el desarrollo integral de la persona, b) promover la preparación de la persona para la vida y el trabajo, y c) el desarrollo de la acción solidaria.
39. En dicho contexto, el artículo 18 de la Constitución de 1993, referido específicamente a la educación universitaria, comienza fijando la finalidad de la educación universitaria, la cual incluye;
- a. la formación profesional;
 - b. la difusión cultural;
 - c. la creación intelectual y artística; y
 - d. la investigación científica y tecnológica.
40. El primer párrafo del artículo 18 mencionado concluye garantizando “la libertad de cátedra”, que supone la facultad de expresar, en el ejercicio de la docencia universitaria, las ideas o creencias vinculadas con el desarrollo de una asignatura o materia, sin ningún tipo de sometimiento o sumisión ante alguna autoridad estatal o privada.
41. A continuación, esta disposición establece:
- Las universidades son promovidas por entidades privadas o públicas. La ley fija las condiciones para autorizar su funcionamiento.
42. Queda claro, entonces, que el Congreso de la República, por ley, o, en su caso, los particulares, pueden promover la creación de universidades según unas finalidades e ideario determinados. Ahora bien, en cualquier situación, dicha facultad se debe ejercer dentro del contexto establecido por el ordenamiento jurídico vigente.
43. El constituyente deriva expresamente al legislador la potestad de regular las condiciones para que el Estado autorice el funcionamiento, tanto de las universidades públicas como de las privadas, aunque por supuesto sin afectar la autonomía universitaria, la cual garantiza de acuerdo con pautas como las que señalamos a continuación.

C.3. AUTONOMÍA UNIVERSITARIA (ARTÍCULO 18 DE LA CONSTITUCIÓN)

44. En lo referido a los alcances y límites de la autonomía universitaria, este Tribunal Constitucional ha emitido múltiples pronunciamientos que podrían sistematizarse de la siguiente manera:
- a. “La autonomía consiste en el *atributo de la autodeterminación* en el desarrollo de las actividades y funciones derivadas de los fines institucionales” (STC 04232-2004-AA/TC, Fundamento Jurídico 23).
 - b. “[...] la autonomía universitaria puede afectarse si al regularse otros aspectos relativos a su función, *se amenaza o afecta desproporcionadamente la misión* que la Constitución ha otorgado a las universidades. Tales aspectos se manifiestan en los siguientes cinco planos: “a) Régimen normativo: Implica la potestad autodeterminativa para la creación de normas internas (estatuto y reglamentos) destinados a regular, *per se*, la institución universitaria. b) Régimen de gobierno: Implica la potestad autodeterminativa para estructurar, organizar y conducir, *per se*, la institución universitaria. Es formalmente dependiente del régimen normativo. c) Régimen académico; Implica la potestad autodeterminativa para fijar el marco del proceso de enseñanza-aprendizaje dentro de la institución universitaria. Ello comporta el señalamiento de los planes de estudios, programas de investigación, formas de ingreso y egreso de la institución, etc. Es formalmente dependiente del régimen normativo y es la expresión más acabada de la razón de ser de la actividad universitaria. d) Régimen administrativo: Implica la potestad autodeterminativa para establecer los principios, técnicas y prácticas de sistemas de gestión, tendientes a facilitar la consecución de los fines de la institución universitaria; e) Régimen económico: Implica la potestad autodeterminativa para administrar y disponer del patrimonio institucional; así como para fijar los criterios de generación y aplicación de los recursos financieros” (STC 04232-2004-AA/TC, Fundamento Jurídico 28).
 - c. “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” (STC 00012-1996-AI/TC, Fundamento Jurídico Unico).
 - d. “[...] la autonomía universitaria se consagra constitucionalmente con la finalidad de salvaguardar las condiciones a partir de las cuales las entidades universitarias tienen que cumplir, de manera autodeterminada, con la función encomendada por la Constitución. En tal sentido, *es el Legislativo*

el encargado de dictar las normas estructurales y elementales del sistema universitario, complementando la labor del constituyente en la configuración de la autonomía universitaria. La propia norma fundamental es explícita en ello al disponer que los estatutos de las universidades se registrarán siempre dentro del marco de la ley y la Constitución. Dicho de otro modo, *es la ley la que termina de dotar de contenido a la autonomía universitaria.* Así, es a partir de la ley universitaria que tal autonomía se proyecta con medidas concretas, siendo al mismo tiempo presupuesto que estructura el funcionamiento de las universidades” (STC 00025-2006-AI/TC, Fundamento Jurídico 7).

- e. “[...] si bien es cierto que la autonomía universitaria garantiza la independencia de las universidades, en diversos aspectos, también lo es que la misma no le da carta blanca para actuar abusando de una libertad irrestricta, más aún cuando dicha actuación es contraria a la ley o a la Constitución, pues de este modo se estaría avalando el abuso de derecho” (STC 00037-2009-AI/TC, Fundamento Jurídico 28).
- f. “[...] si bien [las garantías institucionales] reservan un margen de actuación que garantiza contenidos objetivos ajenos al legislador, ello no significa la creación de un espacio de autosuficiencia extraño al resto del ordenamiento, por lo que en todos los casos, ese ámbito de actuación -como cualquier otro de un Estado de derecho- está sujeto a la Constitución y las Leyes” (STC 00010-2006-AI/TC, Fundamento Jurídico 6).
- g. “Se trata sin duda de ponderar la exigencia de una educación universitaria de calidad basada en las libertades aludidas [de cátedra y cultural], pero sin que de ello se desprenda una ausencia total del Estado en la supervisión y control de la calidad del servicio público de la educación universitaria, en un contexto donde confluyen gestores públicos y privados” (STC 00023-2007-AI/TC, Fundamento Jurídico 36); y
- h. “Es probable que la manifestación más importante de esta autonomía [universitaria] se encuentre cifrada en la búsqueda de una *plena libertad ideológica en el ámbito académico* que pueda hacer de la universidad un espacio seguro para la libre exploración en el conocimiento y en la evolución del pensamiento, protegida frente a cualquier injerencia de carácter político” (STC 00017-2008-AI/TC, Fundamento Jurídico 177).

45. En mérito a lo expuesto, para este Tribunal Constitucional queda claro que cuando el constituyente dotó de autonomía a las universidades, lo hizo pensando en garantizar su finalidad constitucional de desarrollo del conocimiento de manera completamente libre de interferencias políticas o ideológicas.

46. En cualquier caso, la autonomía no supone autarquía y, por ende, no se confirió a las universidades para mantenerlas al margen del ordenamiento jurídico del Estado al cual pertenecen, sino más bien para que, dentro de él, puedan desempeñar su labor sin controles ideológicos.
47. Al respecto, este Tribunal Constitucional tiene pacíficamente resuelto que “[...] autonomía no es sinónimo de autarquía, por lo que ninguna universidad se encuentra exenta de un proceso de evaluación externo riguroso, y, en su caso, de la obligación de adoptar las medidas que les sean impuestas por los órganos del Estado competentes para elevar su nivel educativo” (STC 00017-2008-AI/TC, FJ 180. Argumento reproducido en SSTC 00015-2009-AI/TC, 00029-2009-AI/TC y 00019-2011-AI/TC, entre otras).
48. Sin embargo, esa potestad autodeterminativa, como ya se ha dado cuenta *supra*, no alcanza solo al régimen académico, sino que se extiende, además, a otros aspectos como el normativo, económico, administrativo y de gobierno.
49. Ahora bien, conviene también apreciar que en el ordenamiento jurídico peruano esa facultad de autogobierno que involucra la autonomía universitaria debe desenvolverse “[...] en el marco de la Constitución y las leyes”, tal como dispone el último párrafo del artículo 18 de la norma fundamental.
50. En síntesis, no se amenaza o vulnera la autonomía universitaria cuando el legislador realiza una regulación que incluso incida en ciertos aspectos propios de la misión que la Constitución ha otorgado a dichas instituciones públicas o privadas. Habría, en cambio, una violación de la autonomía universitaria, o una amenaza cierta e inminente de su vulneración, si se trata de una incidencia desproporcionada o arbitraria en las competencias conferidas a las universidades que las despoje de sus atribuciones, o que las limite en forma irrazonable.

C.4. RÉGIMEN TRIBUTARIO ESPECIAL (ARTÍCULO 19 DE LA CONSTITUCIÓN)

51. A fin de favorecer el desarrollo de la educación superior, en general, y universitaria, en particular, el constituyente estableció que estas instituciones, entre otras:

[...] gozan de inafectación de todo impuesto directo e indirecto que afecte los bienes, actividades y servicios propios de su finalidad educativa y cultural. En materia de aranceles de importación, puede establecerse un régimen especial de afectación para determinados bienes.
52. La inafectación de la que gozan las universidades se encuentra condicionada a la verificación de los siguientes requisitos:

- a. Que las Universidades, Institutos Superiores y demás Centros Educativos se encuentren constituidos conforme a la legislación de la materia.
 - b. Que se trate de un impuesto directo o indirecto y no de otro tipo de tributo como contribuciones o tasas.
 - c. Que tenga efecto sobre los bienes, actividades y servicios propios de su finalidad educativa y cultural (STC 08391-2006-AA, Fundamento Jurídico 25).
53. Como ya se ha advertido en pronunciamientos anteriores, solo quedan excluidos de la protección de la inmunidad tributaria los aranceles de importación y las instituciones educativas privadas que generen ingresos que por ley sean calificados como utilidades, pudiendo en estos casos aplicárseles el impuesto a la renta.
54. Atendiendo a que ello supone reasignar una parte de los ingresos públicos, el Estado tendrá no solo la potestad, sino el deber de materializar los mecanismos de control que permitan supervisar la legitimidad de la aplicación del beneficio. Como señala el propio artículo 19 de la Constitución actualmente vigente, pesa sobre el legislador el deber de establecer esos mecanismos de fiscalización a los que se encuentran sujetas las universidades.

D. ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS DISPOSICIONES IMPUGNADAS

55. Establecido lo anterior, corresponde ahora abordar cada una de las impugnaciones planteadas por los demandantes.

D.1. LAS DISPOSICIONES GENERALES

56. Los demandantes han cuestionado la constitucionalidad de los artículos 1, 8, 9 y 11 de las Disposiciones Generales contenidas en el Capítulo I de la Ley.

D.1.1. EL OBJETO DE LA LEY

57. La disposición del artículo 1 de la Ley sometida a control se dirige a regular todos los ciclos de la vida de las universidades: es decir, la creación, el funcionamiento, la supervisión y el cierre. Este último debe ser entendido como la cancelación de la licencia para realizar las actividades propias del quehacer universitario.
58. El Colegio de Abogados de Lima Norte, en función de lo recogido en el Expediente 00014-2014-AI, y los Congresistas en el Expediente 00016-2014-AI, sostienen que esta disposición es inconstitucional por cuanto “Las personas jurídicas no pueden ser disueltas por resolución administrativa”.

59. Al respecto, debe tenerse presente que el inciso 13 del artículo 2 de la Constitución establece que toda persona tiene derecho:

A asociarse y a constituir fundaciones y diversas formas de organización jurídica sin fines de lucro, sin autorización previa y con arreglo a ley. *No pueden ser disueltas por resolución administrativa*

60. Para este Tribunal Constitucional queda claro que, cuando el legislador en el artículo 1 de la ley impugnada alude al cierre, se refiere a la cancelación de la licencia de la universidad. Ello no supone, como es obvio, la disolución de la persona jurídica del promotor.
61. La decisión administrativa de suspender la licencia para prestar un servicio público (y la educación universitaria lo es) no supone la disolución de la persona jurídica que lo venía prestando, la cual puede explotar otras licencias o realizar otro tipo de actividades económicas; por lo tanto, la impugnación sustentada en esta razón debe ser desestimada.

D.1.2. SOBRE LOS FINES DE LA UNIVERSIDAD

62. En relación con los fines de la Universidad, el inciso 6 del artículo 6 de la ley impugnada establece que las casas de altos estudios deben “Difundir el conocimiento universal en beneficio de la humanidad”.
63. Una interpretación literal de la disposición señalada podría resultar contraria a la Constitución, particularmente en un país donde existe una importante diversidad étnica y cultural, que, según el inciso 19 del artículo 2 de la Constitución, debe ser objeto de especial reconocimiento y protección.
64. En la diversidad de nuestra cultura ancestral y de nuestras tradiciones pre- y posrepúblicas reposa un abundante bagaje de saberes que las personas tienen el derecho fundamental de conservar y las universidades el deber de estudiar y difundir.
65. Las universidades deben favorecer la difusión de todo tipo de conocimiento; el cosmopolita, que es patrimonio de la humanidad, el cual, en sentido estricto, constituye lo que se podría denominar “cultura universal”, pero también el autóctono, derivado de nuestra específica y propia tradición cultural.
66. Este último es igual de importante que el conocimiento universal y constituye el fundamento de nuestro “ser nacional”.
67. Concordante con esta lógica, el artículo 17 de la Constitución vigente fija como deber del Estado el de fomentar “la educación bilingüe e intercultural” y añade

la misma disposición que “Preserva las diversas manifestaciones culturales y lingüísticas del país”.

68. El artículo 18 de la Constitución, ya analizado supra, se limita a establecer como fin de la educación universitaria “... la difusión cultural”, sin añadidos que lo relacionen con un tipo de contenido específico. Más bien, por el contrario, las universidades deben “rechazar la intolerancia”.
69. Ahora bien, el artículo 6.6 de la Ley no puede ser leído en forma aislada, sino de manera integral con todo el texto de la Ley 30220. En ese sentido, debe tenerse presente que el artículo 6.7 de la ley sujeta a nuestro análisis señala lo siguiente: “[...]”. Una lectura sistemática de los artículos 6.6 y 6.7 salva, en nuestra opinión, cualquier preocupación al respecto.
70. Por las razones expuestas, se entiende que la disposición impugnada resulta conforme a la Constitución, por su lectura sistemática con lo previsto en el resto de la Ley 30220, y, sobre todo, con lo establecido en su artículo 6.7. Por estas consideraciones, este extremo de la demanda debe ser desestimado.

D.1.3. SOBRE LA POSIBLE AFECTACIÓN A LA AUTONOMÍA UNIVERSITARIA QUE SE ALEGA HABRÍA GENERADO ESTA LEY

71. Respecto del artículo 8, el Colegio de Abogados de Lima Norte, en el Expediente 00014-2014-AI; y los ciudadanos demandantes, en el Expediente 00007-2015-AI, señalan que introducir la posibilidad de que las universidades se rijan por las “demás normas aplicables” resulta inconstitucional, por cuanto las casas de altos estudios se rigen por su propio estatuto en el marco de la Constitución y la ley sin aludir a otras normas.
72. Los ciudadanos demandantes, en el Expediente 00007-2015-AI, añaden que se vulnera la autonomía universitaria en todas sus vertientes, ya que en su opinión la ley que impugnan tergiversa el espíritu de la definición dada oportunamente por este Tribunal Constitucional.
73. Corresponde, entonces, aquí aclarar que una interpretación literal del párrafo *in fine* del artículo 18 de la Constitución conduciría al contrasentido de sostener que las universidades no pueden regirse por su propio estatuto y reglamentos. Por ello, la referencia a la “demás normativa aplicable” no resulta, en principio, contraria a la Constitución.
74. Naturalmente que dicha normativa no podría ser contraria a la Constitución o la ley, ni afectar la autonomía, algo que, en todo caso, por su carácter reglamen-

tario, si quiere ser cuestionado en abstracto, podría ser controlado por la vía del proceso de acción popular.

75. Y es que la universidad no puede ser concebida como una isla desvinculada de los derechos fundamentales. La autonomía con la que estas instituciones cuentan, como ya lo ha subrayado el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia, y se apuntara supra, no es sinónimo de autarquía, por lo que su sujeción al ordenamiento jurídico no resulta inconstitucional.
76. Por las razones expuestas, corresponde desestimar la demanda en este extremo.

D.1.4. LA RESPONSABILIDAD DE LAS AUTORIDADES

77. En relación con el artículo 9 de la Ley sometida a control, el Colegio de Abogados de Lima Norte, en el Expediente 00014-2014-AI; y los Congresistas, en el 00016-2014-AI, sostienen que esta disposición vulnera la autonomía universitaria, en cuanto tales “recomendaciones” tendrán carácter obligatorio y darán lugar a la determinación de responsabilidades.
78. Cabría analizar en este punto dos aspectos: el primero se encuentra relacionado con la posibilidad de que la SUNEDU emita recomendaciones. El segundo con la determinación de la naturaleza que poseen tales recomendaciones.
79. La formulación de recomendaciones por parte del órgano regulador y fiscalizador de la prestación de un servicio público dirigida a quienes desarrollan la actividad no se encuentra prohibida por la Constitución. En consecuencia, resulta constitucionalmente posible.
80. La disposición no establece que las recomendaciones que expida la SUNEDU resulten obligatorias. Una “recomendación” es siempre una sugerencia, pero que, en este caso, viene respaldada por la función rectora de la actividad universitaria que le corresponde al organismo público que la expide.
81. Si el legislador crea un órgano especializado y le encomienda regir una determinada actividad, no incurre en inconstitucionalidad si se autoriza que ese órgano formule recomendaciones a las instituciones que operan en el sector.
82. Naturalmente que esas recomendaciones no pueden ir contra aspectos básicos que configuren la autonomía universitaria. Ello sucedería si, por ejemplo, se recomendara eliminar determinados contenidos curriculares o constituir los órganos de gobierno de determinada forma, etcétera.

83. Por otra parte, cuando la disposición objeto de control establece que dichas recomendaciones “pueden” servir de base para la determinación de responsabilidades, queda claro que se limita a introducir una situación probable, la cual no se encuentra constitucionalmente prohibida, y, por ende, no resulta en abstracto inconstitucional. Ello en tanto y en cuanto no acredita por sí misma la existencia de un peligro cierto e inminente a la plena vigencia de los diferentes preceptos, derechos y demás instituciones recogidas por el texto constitucional, o que razonablemente se desprende de él.
84. Del hecho de que un acontecimiento sea probable no se deriva que necesariamente vaya a presentarse y, aun cuando efectivamente se diera, no implica que vaya a vulnerar necesariamente la autonomía. Eso podrá afirmarse recién cuando se haya presentado el supuesto y se evalúe el caso concreto, o cuando se presenten los elementos jurídicamente exigidos para, por ejemplo, encontrarnos frente a una amenaza a un derecho fundamental.
85. En este sentido, conviene tener presente que para que a nivel de este tribunal pueda hablarse de la amenaza a un derecho fundamental, debemos estar ante algo cierto y de inminente de realización, características que no se evidencian en estos autos.
86. De otro lado, conviene tener presente que no seguir las recomendaciones del órgano rector de una actividad podría conducir a que se incurra en infracciones sancionables, y es justamente por ello que en la ley impugnada se establece que dichas recomendaciones “pueden” servir de base para la determinación de responsabilidades, afirmación que, en principio, no implica la vulneración de algún precepto constitucional.
87. Además, resulta oportuno anotar que el órgano encargado de la fiscalización de una actividad, por la naturaleza de la función que desempeña, es evidente que puede emitir recomendaciones, a fin de que los diferentes actores que se desenvuelven en el sector tengan la posibilidad de ir materializando y respetando, de manera progresiva, todas aquellas medidas que promuevan la realización de los fines de la ley.
88. Por las razones expuestas, esta disposición no resulta inconstitucional, y, en consecuencia, corresponde desestimar la demanda en este extremo.

D.1.5. LA TRANSPARENCIA DE LAS UNIVERSIDADES

89. El Colegio de Abogados de Lima Norte, en el Expediente 00014-2014-AI, señala que el inciso 3° del artículo 11 de la Ley Universitaria atenta contra la reserva tributaria y el secreto bancario. Por su parte, los Congresistas, en el 00016-2014-

AI, sostienen que las universidades privadas no tienen TUPA, y añaden que no existe justificación para que las universidades privadas exhiban las actas o publiquen sus inversiones.

90. Los ciudadanos demandantes en el Expediente 00007-2015-AI añaden que diversos aspectos del artículo 11 de la ley resultan contrarios al inciso 5 del artículo 2º de la Constitución, por cuanto este no especifica el derecho de acceso a esta información
91. Al respecto entonces, corresponde anotar que la educación universitaria puede ser impartida por instituciones públicas o privadas. En ambos casos, estas instituciones poseen planes estratégicos y reglamentos. La discusión se genera sobre la base de si solo las primeras tendrían Textos Únicos de Procedimientos Administrativos (TUPA), o también es una exigencia para las universidades privadas.
92. Ciertamente es que, como se ha indicado supra, las universidades, públicas o privadas, prestan un servicio público. Ello, en el caso de las universidades privadas, implica que, en ciertos temas, ejercen función administrativa.
93. (...) entonces tener presente que, de la lectura del artículo 1 del Título Preliminar de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, se desprende que los particulares que ejercen función administrativa están sometidos a las obligaciones establecidas en dicha ley. Entre ellas se puede deducir la exigencia de contar con Textos Únicos de Procedimientos Administrativos, conforme a lo señalado en los artículos 37 y siguientes de la Ley 27444.
94. Es pues en mérito a lo recientemente expuesto, que este extremo de la demanda, referido a una supuesta inconstitucionalidad del artículo 11, inciso 1, de la ley, debe ser desestimado.
95. De otro lado, y con respecto a la publicación de las actas dispuesta por el inciso 2 del artículo 11 sub examine, cabría tomar en cuenta que la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública establece en su artículo 10 que

... para los efectos de esta Ley, se considera como información pública cualquier tipo de documentación financiada por el presupuesto público que sirva de base a una decisión de naturaleza administrativa, así como las actas de reuniones oficiales (resaltado añadido).
96. Queda claro entonces que la objeción debe desestimarse respecto de las universidades públicas. En relación con las privadas, este Tribunal Constitucional entiende, estamos ante entidades que prestan un servicio administrativo. En ese sentido, existe un deber de informar, tal como lo ha señalado reiterada jurisprudencia

de este Tribunal en estos casos. Por ello, también este extremo de la demanda de ser desestimado, máxime cuando allí se habla de los servicios públicos que presta, sus tarifas y las funciones administrativas que ejercen.

97. Por otra parte, y con relación a la publicación de estados financieros e inversiones (incisos 3º y 5º del artículo 11 de la ley), conviene tener en cuenta que las universidades públicas manejan fondos del Estado y, además, tanto estas como las privadas gozan del régimen tributario especial que se describiera *supra*.
98. Además, este Tribunal ya tiene señalado que en el Estado Constitucional la transparencia de la administración pública y de la prestación de los servicios públicos constituye una pauta fundamental. Al respecto, ha sostenido que

... las personas jurídicas a quienes puede solicitarse este tipo de información de naturaleza pública son aquellas que, pese a encontrarse bajo el régimen privado, prestan servicios públicos o ejercen función administrativa (STC 03221-2010-HD/TC, Fundamento Jurídico 5).

99. Por las razones expuestas, corresponde desestimar la demanda en estos extremos, considerándose que en el caso de las universidades su deber de transparencia alcanza a la publicación de sus estados financieros e inversiones, únicamente se considerará habilitado en cuanto se relacionen con el funcionamiento de los servicios públicos educativos universitarios que prestan, sus tarifas y las funciones administrativas que ejercen en ese contexto.

510

D.2. LA CREACIÓN Y FUNCIONES DE LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE EDUCACIÓN SUPERIOR UNIVERSITARIA (SUNEDU)

100. Se han impugnado los artículos 12 al 17 y 19 al 23 de la ley, referidos a la regulación de la SUNEDU. Por las múltiples implicancias que tienen estos cuestionamientos, la constitucionalidad de estos artículos debe entonces ser analizada individualmente.

D.2.1. CREACIÓN DE LA SUNEDU

101. El Colegio de Abogados de Lima Norte, en el Expediente 00014-2014-AI; los Congresistas, en el Expediente 00016-2014-AI; el Colegio de Abogados de Lima, en el Expediente 00019-2014-AI; y los ciudadanos, en el Expediente 00007-2015-AI, sostienen que este artículo 12 de la ley es inconstitucional. Sostienen ello en cuanto se crea a la SUNEDU como organismo técnico adscrito al Ministerio de Educación, lo que, en opinión de los demandantes, supone una intervención política contraria a la autonomía universitaria.

102. Los ciudadanos demandantes, en el Expediente 00007-2015-AI, añaden que, en su opinión, este Tribunal tiene resuelto que "... la autonomía universitaria es una de las garantías institucionales que la Constitución protege manteniéndola intangible respecto al legislador y poderes públicos".
103. En relación con este cuestionamiento, formulado por todos los demandantes, cabría tener en cuenta que en nuestro medio existen, sobre todo si estamos ante el ejercicio de un servicio público, una importante cantidad de actividades reguladas o supervisadas por diversos organismos públicos, todos ellos adscritos a diferentes instancias del Poder Ejecutivo.
104. De hecho, la Ley 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, presenta dos tipos distintos de Organismos Públicos Especializados:
 - a. Organismos Reguladores
 - b. Organismos Técnicos Especializados
105. Los Organismos Reguladores se crean para actuar en ámbitos especializados de regulación de mercados, asegurando cobertura de atención en todo el territorio nacional. Asimismo, definen sus lineamientos técnicos, objetivos y estrategias bajo la política general del gobierno de turno, encontrándose adscritos a la Presidencia de Consejo de Ministros.
106. En esa misma línea de pensamiento, debe tenerse presente que la Ley 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, desarrolla la estructura y funcionamiento de diversas instituciones públicas que supervisan, regulan, norman y resuelven controversias y reclamos en materia de telecomunicaciones, energía, transporte público y servicios de saneamiento. Todas ellas se encuentran adscritas a la Presidencia del Consejo de Ministros.
107. Es más, el artículo 2 de dicha Ley establece que:

Los Organismos Reguladores son organismos públicos descentralizados *adscritos a la Presidencia del Consejo de Ministros*, con personería de derecho público interno y con autonomía administrativa, funcional, técnica, económica y financiera.
108. En este punto corresponde tener en cuenta que la adscripción de un organismo a determinado ministerio implica que pertenece formalmente a su estructura orgánica, pero no supone, necesariamente, que se conduzca como un órgano político, ya que puede estar dotado de autonomía económica, técnica y funcional, tal como sucede con los organismos reguladores y superintendencias que se analizarán a continuación.

109. En el caso peruano, encontramos los siguientes organismos reguladores:

Actividad	Organismo	Adscrito
Promueve el desarrollo de más y mejores servicios públicos de telecomunicaciones, integrando al país en un marco de inclusión, libre competencia y protección de los derechos de los usuarios. Asimismo, establece el marco normativo y regulatorio que deben seguir las empresas operadoras y provee los mecanismos adecuados para la solución de controversias entre empresas y reclamos de los usuarios.	OSIPTEL - Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones	Presidencia del consejo de Ministros
Regula el comportamiento de los mercados y supervisa las condiciones de prestación del servicio de infraestructura de transporte de uso público, en beneficio de los usuarios, los inversionistas y del Estado en el ámbito de su competencia.	OSITRAN - Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público	Presidencia del consejo de Ministros
Contribuye a la prestación de servicios de agua potable y saneamiento, garantizando al usuario que los servicios se den en las mejores condiciones de calidad. Asimismo, establece las condiciones generales de la prestación del servicio promoviendo la conservación y el uso racional del recurso hídrico y del medio ambiente en las 50 empresas Prestadoras de Servicios de Saneamiento (EPS), a las cuales se encarga de fiscalizar.	SUNASS - Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento	Presidencia del consejo de Ministros
Es la institución pública encargada de regular y supervisar que las empresas del sector eléctrico, hidrocarburos y minero cumplan las disposiciones legales de las actividades que desarrollan.	OSINERGMIN - Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería	Presidencia del consejo de Ministros

110. Los Organismos Técnicos Especializados, en cambio, se crean por excepción, cuando se necesita planificar y supervisar, o ejecutar y controlar, políticas de Estado de largo plazo que requieren un alto grado de independencia funcional. En muchos casos, estas entidades se encuentran adscritas a ministerios distintos a la Presidencia del Consejo de Ministros.
111. Dentro de esta categoría encontramos las siguientes entidades:

Actividad	Organismo	Adscrito
Promueve el cumplimiento de la normativa de contrataciones del Estado peruano, mejora las prácticas en los procesos de contratación de bienes, servicios y obras por parte de este, contribuyendo a mejorar el acceso al mercado estatal y a elevar la calidad del gasto público. Asimismo, se encarga de operar y administrar el Registro Nacional de Proveedores (RNP) y el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE).	OSCE - Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado	Ministerio de Economía y Finanzas
Promueve y regulariza que las actividades económicas en el Perú se desarrollen en equilibrio con el derecho de las personas a gozar de un ambiente sano. Para ello, se encarga de la evaluación, supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental, así como de la aplicación de los incentivos en los sectores de minería, energía, pesquería e industria.	OEFA - Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental	Ministerio del Ambiente

112. Por otra parte, conviene tener presente que en el caso peruano, al igual que en otros países, existen actividades que se encuentran regidas por organismos públicos denominados “superintendencia”, y todas ellas (como los reguladores y los organismos técnicos) se encuentran adscritas a distintas instancias del Poder Ejecutivo.
113. Esas superintendencias, como los casos aquí anteriormente reseñados, son órganos formalmente adscritos al Poder Ejecutivo, pero se encuentran dotados de autonomía, funcional, económica, presupuestal y administrativa.

114. En el Perú, tienen carácter de superintendencia las siguientes:

Actividad	Superintendencia	Adscrito
Se encarga de administrar, aplicar, fiscalizar y recaudar los aranceles y tributos del Gobierno Central que fije la legislación aduanera, Tratados y Convenios Internacionales y demás normas que rigen la materia, y otros tributos cuya recaudación se le encomienda; así como la represión de la de la defraudación de Rentas de Aduana y del contrabando, la evasión de tributos aduaneros y el tráfico ilícito de bienes.	SUNAT - Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria	Ministerio de Economía y Finanzas
Se encarga de planificar, organizar, normar, dirigir, coordinar y supervisar la inscripción y publicidad de los actos y contratos en los Registros Públicos que integran el Sistema Nacional de los Registros Públicos.	SUNARP - Superintendencia Nacional de los Registros Públicos	Ministerio de Justicia y de Derechos Humanos
Se encarga de dictar y supervisar y promover las normas legales que regulan las materias de mercados de valores, mercados de productos y sistemas de fondos colectivos. Asimismo, supervisa el cumplimiento de las normas internacionales de auditoría por parte de las sociedades auditoras habilitadas por un colegio de contadores públicos del Perú, para lo cual puede impartir disposiciones de carácter general concordantes con las referidas normas internacionales de auditoría y requerirles cualquier información o documentación para verificar tal cumplimiento.	SMV - Superintendencia del Mercado de Valores	Ministerio de Economía y Finanzas
Se encarga de registrar, autorizar, supervisar y regular a las instituciones administradoras de fondos de asegura-	SUSALUD - Superintendencia Nacional de salud	Ministerio de Salud

<p>miento e salud así como supervisar a las instituciones prestadoras de servicios de salud en el ámbito de su competencia. Asimismo, supervisa que el valor del as prestaciones y contraprestaciones de los servicios proteja los intereses de los asegurados.</p>		
<p>Controlar, administrar, supervisar, fiscalizar, normar y sancionar las actividades en el ámbito de los servicios de seguridad privada, fabricación y comercio de armas, municiones y conexos, explosivos y productos pirotécnicos de uso civil. Ello de conformidad con la Constitución Política del Perú, los tratados internacionales y la legislación nacional vigente. En esta materia, comprende también la facultad de autorizar el uso de dichas armas.</p>	<p>SUCAMEC - Superintendencia Nacional de control de Servicios de seguridad, Armas, Municiones y Explosivos de Uso Civil</p>	<p>Ministerio del Interior</p>
<p>Se encarga de administrar, coordinar, controlar, supervisar y fiscalizar los actos de disposición de la propiedad estatal. También está habilitada para celebrar convenios con entidades del sector Público o del Sector Privado nacionales con el propósito de desarrollar proyectos de mejora relacionados con los bienes de propiedad estatal.</p>	<p>SBN - Superintendencia Nacional de Bienes Estatales</p>	<p>Ministerio de Vivienda, construcción y Saneamiento</p>
<p>Se encarga de promover y vigilar las normas laborales. También es competente para aprobar las políticas institucionales en materia de inspección del trabajo, en concordancia con las políticas nacionales y sectoriales de su competencia.</p>	<p>SUNAFIL - Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral</p>	<p>Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo</p>
<p>Administra, supervisa y fiscaliza el control migratorio; controla la emisión de documentos de viaje a ciudadanos nacionales y extranjeros, y el otorgamiento de la nacionalidad que contribuye a la seguridad y el desarrollo del país.</p>	<p>Superintendencia Nacional de Migraciones</p>	<p>Ministerio del Interior</p>

115. La Superintendencia de Banca Seguros y AFP merece una consideración particular, por cuanto es objeto de una regulación constitucional específica. Y es que en el artículo 87 de la Constitución se establece que

La Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones ejerce el control de las empresas bancarias, de seguros, de administración de fondos de pensiones, de las demás que reciben depósitos del público y de aquellas otras que, por realizar operaciones conexas o similares, determine la ley.

La ley establece la organización y la autonomía funcional de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones.

El Poder Ejecutivo designa al Superintendente de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones por el plazo correspondiente a su período constitucional. El Congreso lo ratifica.

116. Como podrá apreciarse también en este caso, la organización y autonomía del órgano viene dispuesta por la ley. Aún más, conviene apreciar cómo, en este caso, el Poder Ejecutivo es el que designa al Superintendente, con ratificación por parte del Congreso.
117. De lo expuesto puede concluirse que estos órganos, aun cuando se encuentran formalmente adscritos al Poder Ejecutivo, no son simples instancias administrativas, sino que, atendiendo a su finalidad de supervisión y control de las distintas actividades, están dotados de autonomía tanto funcional y administrativa como presupuestal y económica.
118. En relación con la educación universitaria, este Tribunal sostuvo que

... deberá disponerse la *creación de una Superintendencia* altamente especializada, objetivamente imparcial, y supervisada eficientemente por el Estado, que cuente, *entre otras*, con las siguientes *competencias*:

- *Evaluar a todas las universidades del país*, y sus respectivas filiales, adoptando las medidas necesarias para, cuando sea necesario, elevar su nivel de calidad educativa.
- *Evaluar a todas las universidades y filiales ratificadas o autorizadas por el CONAFU*, adoptando las medidas necesarias para, cuando sea necesario, elevar su nivel de calidad educativa. Esta evaluación, de conformidad con el fundamento jurídico 216, *supra*, deberá incluir a las

filiales universitarias cuyo funcionamiento haya sido autorizado judicialmente. En caso de que, en un tiempo razonable, estas entidades no alcancen el grado necesario de calidad educativa, deberá procederse a su clausura y disolución. En este supuesto, el Estado deberá adoptar las medidas necesarias para proteger los derechos de los alumnos, profesores y trabajadores que resulten afectados.

- *Garantizar que el examen de admisión a las universidades cumpla con adecuados niveles de exigibilidad y rigurosidad intelectual*, tomando en cuenta que, de acuerdo al artículo 13º 2 c. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la enseñanza superior universitaria debe hacerse accesible a todos, “sobre la base de la capacidad de cada uno” (STC 00017-2008-AI/TC, Fundamento Jurídico 219).
119. Una institución pública de tal naturaleza debía permitir enfrentar la profunda crisis de la educación universitaria adoptando las medidas necesarias para cumplir cabalmente con el deber constitucional de garantizar una educación universitaria de calidad.
 120. La exigencia de la calidad de la educación impartida deriva de la finalidad constitucional que ella está llamada a cumplir, pues solo una educación de calidad asegura el desarrollo integral de la persona humana, según exige el artículo 13 de la Constitución.
 121. El concepto de calidad de la educación ya ha sido definido por este Tribunal Constitucional en referencia a dos principios:
 - a. Desarrollo cognitivo del educando: Es el objetivo explícito más importante de todo el sistema, y, por consiguiente, el éxito en este ámbito constituye un indicador de la calidad de la educación que ha recibido.
 - b. Promoción de la formación en valores: La educación fomenta el desarrollo de actitudes y valores relacionados con una buena conducta cívica, así como las condiciones propicias para el desarrollo afectivo y creativo del educando (STC 00017-2008-AI/TC, Fundamento Jurídico 13).
 122. A tenor de lo señalado, el legislador creó la SUNEDU, y atendiendo a que la ha dotado de autonomía técnica, funcional, económica, presupuestal y administrativa, su mera adscripción al ámbito del ministerio del sector al que pertenece la actividad (como en el caso de todas las demás superintendencias creadas por el legislador) no resulta inconstitucional.

123. Es más, resulta pertinente mencionar que, cuando este Tribunal Constitucional, en la STC 00019-2011-AI/TC, y antes en la STC 04232-2004-PA/TC, ha sostenido que tiene el deber de mantener la intangibilidad de determinados contenidos objetivos de la Constitución, no está afirmando que alguno de estos tenga carácter absoluto o que no puedan ser objeto de restricciones legítimas y proporcionadas.
124. La creación de la SUNEDU, ordenada en su momento por este Tribunal Constitucional, no puede entonces considerarse por sí misma como una restricción ilegítima de la autonomía universitaria. En todo caso, se examinará a continuación, y por separado, la regulación de diversos aspectos cuya constitucionalidad se discute.
125. Por las razones expuestas, corresponde desestimar la demanda en este extremo.

D.2.2. TEMPORALIDAD DEL LICENCIAMIENTO

126. Respecto del artículo 13 de la Ley sometida a control, el Colegio de Abogados de Lima Norte, en el Expediente 00014-2014-AI, sostiene que el plazo allí previsto de seis años no puede aplicarse a las universidades que cuentan con autorización definitiva y que aplicarlo solo a las nuevas supondría una afectación del principio de igualdad.
127. Los Congresistas, en el Expediente 00016-2014-AI, sostienen que el plazo de seis años resulta irrazonable y arbitrario, por cuanto es demasiado corto como para que las universidades alcancen las finalidades previstas en su estatuto y las exigencias de la SUNEDU.
128. El Colegio de Abogados de Lima, en el Expediente 00019-2014-AI, sostiene que la temporalidad de la autorización facilitaría que las universidades cedan a las presiones del poder político, ya que la SUNEDU se diseña como un órgano adscrito al Ministerio de Educación.
129. Por último, los ciudadanos demandantes en el Expediente 00007-2015-AI, añaden que la incorporación del término “supervisar” afecta el régimen normativo de las universidades.
130. Este Tribunal Constitucional, en el punto resolutivo 4 de la STC 00017-2008-AI/TC, dejó establecido que en materia de calidad educativa universitaria existía un *estado de cosas inconstitucional de carácter estructural*, resultando una obligación para el Estado adoptar de inmediato las medidas institucionales necesarias (legislativas, administrativas, económicas, etc.) para reformar el sistema

de la educación universitaria en el país, de forma tal que quede garantizado el derecho fundamental de acceso a una educación universitaria de calidad, reconocido por la Constitución.

131. Entre las medidas que este Tribunal señaló que debían adoptarse se encontraba la de crear una Superintendencia altamente especializada, objetivamente imparcial, y supervisada eficientemente por el Estado, que cuente, entre otras, con las siguientes competencias:
 - (i) Evaluar a todas las universidades del país, y sus respectivas filiales, adoptando las medidas necesarias para, cuando sea necesario, elevar su nivel de calidad educativa.
 - (ii) Evaluar a todas las universidades y filiales ratificadas o autorizadas por el CONAFU, adoptando las medidas necesarias para, cuando sea necesario, elevar su nivel de calidad educativa. Esta evaluación, de conformidad con el fundamento jurídico 216 del fallo que venimos reseñando, deberá incluir a las filiales universitarias cuyo funcionamiento haya sido autorizado judicialmente. En caso de que, en un tiempo razonable, estas entidades no alcancen el grado necesario de calidad educativa, deberá procederse a su clausura y disolución. En este supuesto, el Estado deberá adoptar las medidas necesarias para proteger los derechos de los alumnos, profesores y trabajadores que resulten afectados.
 - (iii) Garantizar que el examen de admisión a las universidades cumpla con adecuados niveles de exigibilidad y rigurosidad intelectual, tomando en cuenta que, de acuerdo al artículo 13° 2 c. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la enseñanza superior universitaria debe hacerse accesible a todos, “sobre la base de la capacidad de cada uno.
132. El aseguramiento de la calidad educativa, como es evidente, resulta una meta permanente que impone la necesidad de superación progresiva y, por ende, la periodicidad de las evaluaciones y de las licencias no se revela como inconstitucional.
133. Por otra parte, cabe poner de relieve que en nuestro ordenamiento constitucional se adopta la teoría de los hechos cumplidos (excepto en materia penal cuando favorece al reo), de modo que la norma se aplica a las consecuencias y situaciones jurídicas existentes (STC 0606-2004-AA/TC, FJ 2). Por lo tanto, “[...] para aplicar una norma [...] en el tiempo debe considerarse la teoría de los hechos cumplidos y, consecuentemente, el principio de aplicación inmediata de las normas. Se colige de ello que toda norma jurídica desde su entrada en

vigor es de aplicación a las situaciones jurídicas existentes, y que la teoría de los derechos adquiridos tiene una aplicación excepcional y restringida en nuestro ordenamiento jurídico, pues únicamente se utiliza para los casos que de manera expresa señala la Constitución (STC 00008-2008-AI/TC, FJ 72 y 73).

134. En consecuencia, del hecho de que determinadas universidades posean autorización definitiva no se deriva que se encuentren exentas del deber de garantizar educación de calidad. Tampoco se infiere que no deban adecuarse al nuevo régimen que impone la Ley Universitaria.
135. Respecto del alegato sobre una posible vulneración del principio de igualdad, cabe tener en cuenta que el Colegio de Abogados de Lima Norte no ofrece el término de comparación válido que se exige para determinar si existe la diferenciación realmente y si se encuentra o no justificada. Ello sin mencionar que, por las razones indicadas supra, no se aplicará solo a las nuevas universidades sino a todas ellas.
136. En cuanto al plazo de licenciamiento, corresponde señalar que haberlo fijado implica el ejercicio de una potestad discrecionalidad del legislador y, en todo caso, el plazo de seis años no se ha demostrado que resulte desproporcionado.
137. Por último, debe tomarse en cuenta que la supervisión de la calidad de la educación universitaria que este Tribunal Constitucional ordenara en su momento, para que sea eficaz, naturalmente que debe ser externa a las propias casas de estudio a evaluar. Además, no se ha demostrado que la regulación otorgada a este aspecto sea inconstitucional.
138. En conclusión, este Tribunal Constitucional entiende que, si la finalidad de tal superintendencia es la de asegurar, de modo permanente, la calidad de la educación universitaria, la temporalidad de la licencia y la posibilidad de disponer el cierre de aquellas universidades que no alcancen estándares mínimos de calidad no resultan medidas que puedan ser calificadas como inconstitucionales.
139. Por las razones expuestas, corresponde desestimar la demanda en este extremo.

D.2.3. ÁMBITO DE COMPETENCIA DE LA SUNEDU

140. En relación con el artículo 14 de la ley impugnada, el Colegio de Abogados de Lima Norte, en el Expediente 00014-2014-PI, sostiene que “La SUNEDU ejecuta sus funciones en el ámbito nacional, público y privado. Con ello existirá una clara injerencia en todos los regímenes de la autonomía universitaria” (SIC). Por su parte, el Colegio de Abogados de Lima, en el Expediente 00019-

2014-PI; y los ciudadanos en el Expediente 00007-2015-PI, han señalado que dicha disposición crea una dependencia directa con el Ministerio de Educación, lo cual neutraliza la capacidad de decisión de sus miembros y vulnera la autonomía universitaria.

141. Corresponde comenzar dejando establecido que el Ministerio de Educación tiene por misión la de “asegurar servicios educativos de calidad”, y, en consecuencia, es el ente rector encargado de conducir la política del Estado en la materia.
142. La autonomía de las universidades, como ya se ha dicho, se desenvuelve en el contexto de la Constitución y las leyes, sin que pueda concebirse las casas de altos estudios como islas desvinculadas del ordenamiento jurídico del Estado.
143. Además, cuando la ley impugnada establece que la SUNEDU ejecuta sus funciones conforme a las políticas y planes nacionales y sectoriales aplicables, y a los lineamientos del Ministerio de Educación, debe interpretarse que se refiere a ese papel rector, sin que corresponda que esos lineamientos sean de naturaleza ideológica o política.
144. Ahora bien, y aun cuando este Tribunal Constitucional procede a confirmar la constitucionalidad de este aspecto de la ley impugnada, desde un punto de vista abstracto (único que cabe analizar en un proceso de inconstitucionalidad), no puede descartar que *a posteriori* se presente la posibilidad de que tal inconstitucionalidad pueda producirse en el posterior desarrollo de determinados casos concretos. Aquello podría suceder si se diera el caso de que los lineamientos que el Ministerio de Educación vaya a emitir puedan llegar a interferir ilegítimamente en la autonomía universitaria, situación ante la cual, de presentarse, las juezas y los jueces ordinarios si se encontrarían en la plena facultad de controlar este aspecto en aquellos casos específicos que puedan ser sometidos a su conocimiento.
145. Por las razones expuestas, corresponde desestimar la demanda en este extremo.

D.2.4. LAS FUNCIONES DE LA SUNEDU

146. Los Colegios de Abogados demandantes sostienen que el artículo 15 es inconstitucional, por cuanto le atribuye a la SUNEDU funciones generales, las cuales deben ser ejercidas con la debida independencia y autonomía del poder político.
147. De otro lado, los ciudadanos recurrentes, en el Expediente 00007-2015-PI, afirman que los numerales de esta disposición vulneran la autonomía universitaria, por cuanto se trata de competencias que deben ser ejercidas por las propias universidades

148. El Colegio de Abogados de Lima, en el Expediente 00019-2014-PI, sostiene que “la autonomía universitaria constituye una suerte de independencia política del quehacer universitario respecto al Estado”.
149. Tal concepción sobre la autonomía universitaria, con todo respeto, no se corresponde en absoluto con el contenido que este órgano de interpretación vinculante y control de la Constitución le adjudicara a dicha garantía institucional, y, por ende, no se comparte aquel alegato de impugnación relacionado con la presunta dependencia política de la SUNEDU respecto del Ministerio de Educación.
150. Como ya se ha señalado supra, la adscripción de un organismo a determinado sector no supone dependencia política, técnica o funcional. Además, las competencias asignadas por la ley a la SUNEDU se relacionan con el licenciamiento, la supervisión de la calidad y la fiscalización del destino de los recursos, entre otras.
151. Además, y como aquí también ya se mencionó, este Tribunal Constitucional, en el punto resolutivo 4 de la STC 00017-2008-AI/TC, sostuvo que el Estado debía crear una Superintendencia que resultara “objetivamente imparcial”, pero que, además, estuviese “supervisada eficientemente por el Estado”. En cuanto a sus competencias, sostuvo que debía evaluar a todas las universidades y sus filiales, añadiendo que “El ejercicio de estas competencias de evaluación externa no deberá dar lugar en ningún caso a violación de la autonomía universitaria, por lo que no podrán incidir en el ideario o visión de la universidad o en la libertad de cátedra de sus docentes, o en su organización estructural y administrativa”.
152. Las competencias incluidas en el artículo 15 de la ley impugnada parecen, en abstracto, correctamente alineadas con el contenido mínimo que en la sentencia mencionada se indicara, sin incidir en los aspectos expresamente proscritos.
153. Cabe aclarar que la ley impugnada no impide que las universidades puedan crear filiales, facultades o programas de estudio. La competencia de la SUNEDU, en este aspecto, queda constreñida a “Normar y supervisar las condiciones básica de calidad” exigibles para que dicho proceso sea llevado a cabo.
154. Por las razones expuestas, corresponde desestimar la demanda en este extremo.

D.2.5. ORGANIZACIÓN DE LA SUNEDU

155. El Colegio de Abogados de Lima impugna la estructura orgánica de la SUNEDU, y tanto dicho Colegio profesional como los Congresistas demandantes en el Expediente 00016-2014-AI impugnan la conformación del Consejo Directivo.
156. Al respecto, sostienen que la ley crea una estructura de órganos cuya independencia no está garantizada, y añaden que más de la mitad de los miembros del Consejo Directivo no se encuentran directamente relacionadas con las universidades.
157. Los alegatos relacionados con la conveniencia de determinada regulación no pueden ser atendidos por el Tribunal Constitucional, por cuanto su competencia en un proceso de inconstitucionalidad como este se limita al control abstracto de la conformidad de las disposiciones impugnadas con su parámetro constitucional.
158. El legislador ha establecido una estructura orgánica tripartita que comprende órganos de dirección, de administración y de línea. Añade la creación de una procuraduría pública y una oficina de ejecución coactiva.
159. Al respecto, cabe sostener que el alegato de vulneración de la autonomía universitaria mediante la existencia de la SUNEDU ya fue desestimado supra, y que la estructura propuesta no resulta inconstitucional.
160. En cuanto a la proximidad de los miembros del consejo directivo de la superintendencia con las universidades, este es un aspecto que no se encuentra constitucionalmente mandado, y, por ende, cae dentro del ámbito de discrecionalidad del legislador, sin que aquí se haya acreditado una situación de arbitrariedad o de falta de proporcionalidad.
161. Por las razones expuestas, corresponde desestimar la demanda en este extremo.

523

D.2.6. FUNCIONES DEL CONSEJO DIRECTIVO DE LA SUNEDU

162. Todos los demandantes han cuestionado este aspecto, poniendo de relieve la facultad de denegar, suspender o cancelar las licencias para el funcionamiento de las universidades.
163. Conviene en este momento anotar que el Tribunal Constitucional peruano, en la antes aludida STC 00017-2008-AI/TC, ya estableció que debía crearse una Superintendencia encargada de evaluar universidades y sus filiales, porque estaba convencido de que aquellas que no alcanzaran estándares adecuados de calidad debían dejar de funcionar.

164. Aún más, en el punto resolutivo 4, literal b), numeral ii) del pronunciamiento al cual estamos haciendo referencia, este Tribunal añadió que, cuando en un tiempo razonable, las universidades o sus filiales no alcancen el necesario de calidad educativa, “deberá procederse a su clausura y disolución”.
165. De otro lado, cuando la Ley establece la posibilidad de denegar, suspender o cancelar las licencias, resulta evidente que se requiere para ello de resolución motivada con fundamento en la calidad del servicio educativo, o en la comisión de infracciones que tengan prevista esa sanción, de acuerdo con el artículo 21 de la Ley.
166. Estas medidas no intervienen en el derecho a la libertad de asociación, toda vez que no implican la disolución de una persona jurídica dedicada al quehacer universitario, sino solo la denegatoria o cancelación de la licencia otorgada a esa persona jurídica para el ejercicio de la actividad universitaria, pudiendo realizar cualquier otra que resulte ajustada a su objeto social.
167. Por las razones expuestas, corresponde desestimar la demanda en este extremo.

D.2.7. DESIGNACIÓN DEL SUPERINTENDENTE

524

168. Los Colegios de Abogados demandantes en los Expedientes 00014-2014-PI/TC y 00019-2014-PI/TC sostienen que la designación del superintendente de la SUNEDU, a cargo del Ministerio de Educación, es inconstitucional, por cuanto ello, en su opinión, representa una clara intromisión política en el ámbito universitario.
169. Este Tribunal Constitucional entiende que del hecho de que uno de los poderes del Estado designe a determinados altos funcionarios no se deriva, necesariamente, que exista una relación de dependencia respecto de dicha instancia.
170. Cosa distinta a ello es la de garantizar que el procedimiento de designación en cada caso en particular debe garantizar que no exista interferencia política, especialmente si se trata del nombramiento de alguien que conduce una entidad competente para supervisar la labor de otras, y a quienes la Constitución les garantiza autonomía.
171. El Congreso de la República, por ejemplo, designa a los Magistrados del Tribunal Constitucional, al Defensor del Pueblo y a parte de los miembros del directorio del Banco Central de Reserva, respetando para ello un marco garantista previamente establecido, y esto no transforma a quienes fueron elegidos por el Congreso en representantes o funcionarios subordinados al poder político.

172. Es más, cada uno de estos altos funcionarios, en su ámbito específico de acción, desempeña sus funciones con independencia y libre de presiones externas, por cuanto no existe una relación de subordinación a quien les eligió o designó.
173. Corresponde aquí también recordar que, por lo menos en el caso peruano, el Poder Ejecutivo designa a los Superintendentes de los organismos adscritos a los diferentes sectores, conforme se diera cuenta supra, y ello no supone una intervención política directa en el ámbito de los mencionados organismos.
174. De hecho, la Constitución y las leyes no solo garantizan nominalmente la independencia funcional de dichos órganos, sino que los configura con una estructura que hace posible tal independencia.
175. En el caso de la SUNEDU, el Superintendente se integra a un Consejo Directivo conformado por un representante del CONCYTEC, tres docentes y dos ciudadanos seleccionados por concurso público. Además, sus competencias personales, previstas en el inciso 2 del artículo sub examine, se limitan a la representación de la institución y a asegurar el normal desarrollo de sus funciones.
176. Por las razones expuestas, corresponde desestimar la demanda en este extremo.

D.2.8. RÉGIMEN SANCIONADOR

177. Los Colegios de Abogados demandantes, en los Expedientes 00014-2014-PI/TC y 00019-2014-PI/TC, afirman que la regulación de las infracciones y sanciones que prevé el artículo 21 de la Ley impugnada resulta inconstitucional, por cuanto las sanciones van a estar a cargo de la SUNEDU, “que a su vez tendrá dependencia del Ministerio de Educación”.
178. El principio de legalidad constituye a su vez una garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos, expresamente consagrada por la Constitución en el literal d) del numeral 24 del artículo 2º, en cuanto establece 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”.
179. Este Tribunal Constitucional tiene resuelto que “no debe identificarse el principio de legalidad con el principio de tipicidad. El primero, garantizado por el artículo 2, inciso 24, literal d), de la Constitución, se satisface cuando se cumple con la previsión de las infracciones y sanciones en la ley. El segundo, en cambio, define 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 sujeto a una reserva de ley absoluta, sino que puede ser complementado a través de los reglamentos respectivos” (STC 00197-2010-AA, Fundamento Jurídico 5).

180. En esta materia aplica entonces aquella reserva de ley relativa. Por ende, no resulta inconstitucional que se derive al reglamento la tipificación de las infracciones, en tanto se ha fijado en la ley las conductas sancionables y la escala y los tipos de sanción.
181. Por último, cabe añadir que si se regula una actividad con miras a garantizar la calidad del servicio público, resulta necesario dotar al organismo supervisor de las herramientas necesarias para corregir las infracciones que se adviertan en su ámbito específico.
182. De otro lado, y como es obvio, las resoluciones de sanción deberán estar debidamente motivadas, y la sanción que se imponga debe resultar proporcional a la naturaleza y gravedad de la infracción en que haya incurrido la universidad.
183. Por las razones expuestas, corresponde desestimar la demanda en este extremo.

526

D.2.9. ARTICULACIÓN Y COORDINACIÓN DE LA SUNEDU CON OTRAS INSTITUCIONES

184. Los Colegios de Abogados demandantes, en los Expedientes 00014-2014-PI/TC y 00019-2014-PI/TC, impugnan los artículos 22 y 23 de la Ley Universitaria. Consideran que la SUNEDU estará sobre todas las universidades “para gobernarlas con sus normas y procedimientos” (Contestación del Colegio de Abogados de Lima Norte), y porque la supervisión de la Calidad se adjudica a un “ente ajeno a la universidad que depende del poder político” (Contestación del Colegio de Abogados de Lima).
185. Cuando este Tribunal Constitucional dictó la STC 00017-2008-AI/TC, tuvo especialmente en cuenta la ausencia de supervisión entonces existente, al sostener que estaba acreditado que “el Estado no ha adoptado las medidas necesarias para cumplir cabalmente con su deber constitucional de garantizar una educación universitaria de calidad” (Fundamento Jurídico 210).
186. A fin de enfrentar esos problemas, este Tribunal dispuso que debía crearse “una Superintendencia altamente especializada, objetivamente imparcial, y supervisada eficientemente por el Estado” y, por lo tanto, estableció que dicha autoridad tenga el carácter de “autoridad central de supervisión”. Eso es lo que hace el artículo 22 de la ley impugnada, y, por ende, no resulta contrario a la Constitución.

187. En cuanto a la “dependencia del Ministerio de Educación” de la SUNEDU, corresponde tener en cuenta que, de acuerdo con el artículo 12 de la ley analizado supra, la SUNEDU es un órgano técnico especializado que ha sido diseñado con “autonomía técnica, funcional, económica, presupuestal y administrativa”, y que la adscripción formal a un sector no resulta inconstitucional conforme se declarara más arriba.
188. En mérito a lo expuesto, el establecimiento de mecanismos de articulación y coordinación de la SUNEDU con otras entidades del Poder Ejecutivo, o con los gobiernos regionales o locales no resulta contrario a la Constitución, y por ende, cae dentro del ámbito de decisión del legislador.
189. Por las razones expuestas, corresponde desestimar la demanda en este extremo.

D.3. LA CREACIÓN Y LICENCIAMIENTO DE UNIVERSIDADES Y FACULTADES

190. Respecto de la creación y licenciamiento de universidades, se han impugnado los artículos 27 y 28 de la ley. La constitucionalidad de estos artículos debe entonces ser analizada individualmente.

D.3.1. REQUISITOS PARA LA CREACIÓN DE UNIVERSIDADES

527

191. El Colegio de Abogados de Lima Norte sostiene que la previsión del artículo 27 es inconstitucional, por cuanto solo podrán operar aquellas universidades, facultades o programas que la SUNEDU considere necesarias. Ello, en su opinión, viola la autonomía universitaria y limita los derechos fundamentales de las personas y de la libertad de estudiar y elegir. En mérito a lo expuesto, el Colegio de Abogados de Lima Norte concluye señalando que “se estudiará lo que la SUNEDU decida”.
192. Conviene en este momento anotar que la disposición impugnada presenta los requisitos básicos que los promotores deben contemplar en los instrumentos de planeamiento para la creación de una universidad.
193. Mediante el primero de ellos, incluido en el numeral 27.1, se incluye el deber de “Garantizar la conveniencia y pertinencia con las políticas nacionales y regionales de educación universitaria”.
194. Este Tribunal Constitucional tiene resuelto que en una economía social de mercado, el derecho a la libertad de empresa, junto con los derechos a la libre iniciativa privada, a la libertad de comercio, a la libertad de industria y a la libre competencia, son considerados como base del desarrollo económico y social

del país, y como garantía de una sociedad democrática y pluralista. Coincidentemente con esta concepción, la Constitución, en su artículo 60, reconoce expresamente el pluralismo económico, y que la empresa tiene las características de promotora del desarrollo y sustento de la economía nacional (STC 01963-2006-AA/TC).

195. La libertad de empresa constituye, entonces, un principio que garantiza el derecho de todas las personas de participar en la vida económica de la nación (inciso 17 del artículo 2 de la Constitución). Los denominados poderes públicos no sólo deben respetar esa decisión, sino que, además, deben orientarla, estimularla y promoverla, conforme lo señalan los artículos 58 y 59 de la Constitución.
196. De otro lado, en la STC 01405-2010-PA/TC se ha sostenido que, cuando el artículo 59 de la Constitución reconoce el derecho a la libertad de empresa, está garantizando a todas las personas una libertad de decisión no solo para crear empresas (libertad de fundación de una empresa). Por ende, la libertad de empresa, además de ser necesaria para actuar en el mercado (libertad de acceso al mercado), es también relevante para establecer los propios objetivos de cada empresa (libertad de organización del empresario) y dirigir y planificar su actividad (libertad de dirección de la empresa) en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado, así como la libertad de cesación o de salida del mercado (Fundamento Jurídico 15).
197. Como lógica consecuencia de lo expuesto, dicha libertad de empresa debe desenvolverse en el marco de la Constitución y la ley, recabando las licencias y autorizaciones que resulten indispensables para el desenvolvimiento de cada actividad.
198. Corresponde, entonces, también tener presente que el artículo 15 de la Constitución garantiza que toda persona, natural o jurídica tiene el derecho “de promover y conducir instituciones educativas”. Tal actividad debe desarrollarse en las condiciones previstas por el legislador, ya que, de acuerdo con el segundo párrafo del artículo 18, “La ley fija las condiciones para autorizar su funcionamiento”.
199. Naturalmente que si de lo que se trata es de autorizar la creación de instituciones de educación, las condiciones que se vayan a establecer no pueden referirse a un control de carácter ideológico o político, pues, en tal caso, inconstitucionalmente se estaría queriendo controlar desde el Estado aquello que puede o no ser estudiado, analizado o puesto en tela de juicio.
200. En ese sentido, debe tenerse claro que si lo que se exige a los promotores de las universidades es que garanticen, y no que propendan o tiendan, sino que aseguren,

la “conveniencia” o “pertinencia” de crear la institución, y si la autoridad administrativa utiliza como parámetro las “políticas nacionales”, podría decidir que determinada casa de estudios es impertinente o que su ideario resulta inconveniente. De allí la relevancia de reiterar que, y bajo ningún concepto, los criterios para determinar la conveniencia o pertinencia de los instrumentos de planeamiento utilizados en la creación de universidades puedan ser de naturaleza ideológica o interferir con la libertad de cátedra de los docentes o el ideario de las universidades.

201. El resto de los requisitos establecidos en el artículo 27 de la Ley Universitaria, los cuales exigen vincular la oferta educativa propuesta a la demanda laboral y demostrar la disponibilidad de recursos humanos y económicos para el inicio y la sostenibilidad de la institución, no se revelan contrarios a la Constitución.
202. Por las razones expuestas, corresponde desestimar la demanda respecto del numeral 27.1 de la ley universitaria.

D.3.2. LICENCIAMIENTO DE UNIVERSIDADES

203. El Colegio de Abogados de Lima Norte, en el Expediente 00014-2014-PI/TC; y los Congresistas demandantes, en el Expediente 00016-2014-PI/TC, sostienen la inconstitucionalidad del artículo 28, por cuanto afectaría la autonomía universitaria y constituiría un requisito irrazonable para universidades en formación.
204. La disposición impugnada en este apartado introduce las condiciones básicas para que la SUNEDU acuerde el licenciamiento de las universidades. Entre ellas incluye objetivos académicos, previsiones económicas y financieras, infraestructura y equipamiento, 25 % de docentes a tiempo completo y las líneas de investigación a ser desarrolladas, entre otras.
205. Como ya se ha desarrollado en el punto precedente, el derecho “de promover y conducir instituciones educativas” solo puede desarrollarse en las condiciones previstas en la ley, de acuerdo con la expresa previsión del artículo 18 de la Constitución.
206. Las condiciones para el licenciamiento que contiene el artículo sub examine no resultan, en abstracto, contrarias a la Constitución, por cuanto no se encuentran constitucionalmente prohibidas, ni resultan irrazonables o desproporcionadas.
207. Más bien, y por el contrario, el derecho de acceder a una educación superior de calidad presupone la existencia de universidades que posean planes de estudio e infraestructura adecuados, docentes dedicados a la actividad académica y líneas de investigación en las diferentes ramas del conocimiento.

208. Sin embargo, este último requisito, relacionado con la existencia de líneas de investigación, no podrá ser controlado con criterio ideológico o político.
209. Este Tribunal Constitucional tiene resuelto que la autonomía universitaria se manifiesta también en el plano académico, y en este aspecto “Implica la potestad autodeterminativa para fijar el marco del proceso de enseñanza-aprendizaje dentro de la institución universitaria. Ello comporta el señalamiento de los planes de estudios, programas de investigación, formas de ingreso y egreso de la institución, etc” (STC 04232-2006-AA/TC, Fundamento Jurídico 28).
210. Por las razones expuestas, corresponde desestimar la demanda en este extremo.

D.4. ORGANIZACIÓN ACADÉMICA

211. Respecto al capítulo de la organización académica, los colegios de abogados demandantes en los Expedientes 00014-2014-PI/TC y 00019-2014-PI/TC, solo han impugnado el artículo 35, relacionado con la creación de facultades y escuelas profesionales. Los ciudadanos, en el Expediente 00007-2015-PI, añaden la de los artículos 39 y 40.
212. Los demandantes afirman que dichas disposiciones resultan inconstitucionales, por cuanto afectan la autonomía universitaria en su dimensión normativa y académica al limitar el régimen de estudios y el curricular.
213. Como ya se sostuvo, la creación de la SUNEDU, como órgano especializado con competencia para llevar a cabo la supervisión de la calidad de la educación universitaria, no resulta contraria a la Constitución. Por ende, la determinación de los estándares de calidad exigibles es una competencia inherente a su función específica.
214. Este Tribunal Constitucional entiende que el artículo 35, en abstracto, no es contrario a la Constitución.
215. En relación con el artículo 39, se advierte que remite al estatuto de cada universidad la regulación del régimen de estudios, y si bien no fija un criterio universal estándar, señala que debe optarse “preferentemente” bajo el sistema semestral, por créditos y con currículo flexible.
216. Queda claro, entonces, que no se impone un diseño curricular determinado. Es más, la disposición impugnada establece que las modalidades de estudio pueden ser diversas, incluyendo aquellas que califica como presencial, semipresencial o a distancia.

217. De otro lado, la regulación sobre las condiciones de carga horaria y la configuración del crédito académico, por su parte, no se revela contrarias a la Constitución.
218. Por las razones expuestas, corresponde desestimar la demanda en el extremo relacionado con el artículo 139 de la Ley 30220.

D.5. GOBIERNO DE LA UNIVERSIDAD

219. Respecto al capítulo relacionado con el gobierno de las universidades, se han impugnado los artículos 56, 57, 59 y 78 de la ley. Debe analizarse por separado la inconstitucionalidad de la regulación de la Asamblea Universitaria y sus atribuciones, y, luego, la disposición relacionada con las competencias del Consejo Universitario.

D.5.1. LA ASAMBLEA UNIVERSITARIA Y SUS ATRIBUCIONES

220. El Colegio de Abogados de Lima Norte, en el Expediente 00014-2014-PI/TC, impugna el artículo 57 de la ley, por considerar que vulnera la autonomía universitaria. Por su parte, los Congresistas, en el Expediente 00016-2014-PI, sostienen que los artículos 56 y 57.6 resultan inconstitucionales, por cuanto vulneran la autonomía universitaria.
221. En relación con la Asamblea Universitaria, surge del texto de la disposición que se encuentra integrada por representantes de todos los sectores de la comunidad universitaria, incluyendo a las autoridades electas, profesores, estudiantes, graduados e incluso de los trabajadores administrativos.
222. Esta regulación adoptada por la ley universitaria, y en particular, la participación de los estudiantes, que es el aspecto impugnado por los Congresistas, no resulta contraria a la Constitución, por cuanto el legislador democrático puede modificar el régimen al que deben sujetarse las instituciones que imparten educación superior.
223. Este Tribunal Constitucional entiende que la incorporación de los estudiantes en la Asamblea Universitaria le da voz a uno de los actores principales de la vida académica y, por ende, no resulta prohibida por la Constitución.
224. En relación con las atribuciones de la Asamblea Universitaria, los demandantes apuntan que la fiscalización por parte de la Contraloría no puede incluir a las universidades privadas, pues se desnaturalizaría la función de aquel órgano constitucional.

225. En primer lugar, corresponde señalar que la fiscalización establecida en la Ley es interna, es decir, llevada a cabo por una comisión cuyos miembros forman parte de la comunidad universitaria, de modo que no prevé en este caso la intervención de la Contraloría.
226. La disposición que venimos analizando establece a continuación que los resultados de dicha fiscalización son comunicados a la Contraloría y a la SUNEDU. Como ya se ha puesto de relieve más arriba, las eventuales deficiencias de técnica legislativa como esta no dan lugar a la declaración de inconstitucionalidad. Ello en mérito a que queda claro que los resultados de la fiscalización se informarán a la Contraloría y a la SUNEDU en el caso de las universidades públicas, y solo a la segunda en el caso de las privadas.
227. Por otra parte, la inclusión de medidas de fiscalización a cargo de los miembros de la propia comunidad universitaria resulta importante, por cuanto algunas casas de altos estudios manejan recursos públicos y otras gozan de beneficios tributarios, existiendo interés de la comunidad de que se lleve a cabo una correcta inversión de esos recursos en finalidades educativas.
228. Por las razones expuestas, corresponde desestimar la demanda en este extremo.

D.5.2. ATRIBUCIONES DEL CONSEJO UNIVERSITARIO

229. El Colegio de Abogados de Lima Norte, en el Expediente 00014-2014-PI/TC, impugna el inciso 3º del artículo 59 de la Ley por vulnerar la autonomía universitaria.
230. Dicha disposición establece que la aprobación del presupuesto general de la universidad, su plan anual de adquisiciones y la autorización de contratos, entre otros aspectos que atañen a su economía, serán aprobados por el Consejo Universitario, que, como es obvio, es un órgano interno de gobierno de las universidades.
231. En mérito a lo expuesto, surge que la disposición no puede ser considerada lesiva de la autonomía, por cuanto la aprobación de dichos instrumentos de gestión es acordada por los órganos de la propia universidad.
232. Señalan los demandantes que en su opinión la medida afecta, además, el derecho a la libertad de empresa y la libertad de contratación. En torno al primero de dichos derechos, este Tribunal Constitucional ha dejado establecido que garantiza que todas las personas tengan “[...] una libertad de decisión no sólo para crear empresas (libertad de fundación de una empresa), y por tanto, para actuar en el mercado (libertad de acceso al mercado), sino también para

establecer los propios objetivos de la empresa (libertad de organización del empresario) y dirigir y planificar su actividad (libertad de dirección de la empresa) en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado, así como la libertad de cesación o de salida del mercado” (STC 03116-2009-PA/TC, 00032-2010-PI/TC, 01405-2010-PA/TC, 03075-2011-PA/TC, entre muchas otras).

233. Como es evidente, la disposición contenida en la Ley no afecta el derecho de dirigir y planificar la actividad de la empresa por cuanto, como ya se pusiera de relieve, son los órganos internos de la propia universidad los que aprueban los instrumentos de gestión.
234. En relación con la libertad de contratación, este Tribunal Constitucional ha señalado que comprende la posibilidad de decidir la celebración de un contrato, así como la potestad de elegir al cocolebrante. Asimismo, incluye la potestad para decidir, de común acuerdo, la materia objeto de regulación contractual (STC 00008-2003-AI/TC, Fundamento Jurídico 26, apartado b).
235. En este caso, como en el anterior, corresponde tomar en cuenta que la celebración de contratos es decidida por los órganos de la propia universidad, En consecuencia, tampoco se vulnera el derecho a la libertad de contratación.
236. Por las razones expuestas, corresponde desestimar la demanda en este extremo.

533

D.5.3. REMUNERACIONES Y DIETAS

237. Los Congresistas, en el Expediente 00016-2014-PI, sostienen que el artículo 78 resulta inconstitucional, por cuanto contiene una prohibición genérica que afecta a las universidades que posean una organización societaria. Añaden que en este tipo de universidades es factible que los altos funcionarios perciban dietas, y que la prohibición significa establecer una diferenciación carente de sustento jurídico que afecta el principio de igualdad.
238. La Constitución no garantiza que el ejercicio de cargos que supongan una función de carácter representativo tenga que ser remunerado, ni proscribe que la realización de tales tareas sea *ad honorem*.
239. Por supuesto que nadie puede ser compelido a realizarlas, pero en este caso los sujetos involucrados; dicho con otras palabras, los “miembros de los órganos de gobierno de la universidad”, han postulado su candidatura para desarrollar la función y, en consecuencia, decidieron voluntariamente brindar su aporte desinteresado a la función académica.

240. Por otra parte, para que pueda hablarse de una vulneración del principio de igualdad se requiere demostrar el tratamiento diferenciado y la ilegitimidad del mismo. Al respecto, se ha señalado que “La identificación de tal diferenciación jurídicamente relevante se realiza mediante la comparación. Ella comporta un análisis del trato que se cuestiona con un objeto, sujeto, situación o relación distintos. Su finalidad es identificar que a supuestos iguales se haya previsto consecuencias jurídicas distintas, o si se ha realizado un trato semejante a situaciones desiguales. En el juicio de igualdad, ese objeto, sujeto, situación o relación con el cual se realiza el contraste, se denomina término de comparación (*tertium comparationis*)” (STC 00035-2010-AI/TC, Fundamento Jurídico 30).
241. En el presente caso, la demandante no ofrece un término de comparación válido, ni demuestra que en la prohibición de que los miembros de los órganos de gobiernos de todas las universidades perciban dietas exista un tratamiento discriminatorio.
242. Por las razones expuestas, corresponde desestimar la demanda en este extremo.

D.6. DOCENCIA UNIVERSITARIA

- 534 243. El Colegio de Abogados de Lima, en el Expediente 00019-2014-PI/TC; los Congresistas, en el Expediente 00016-2014-PI, y los ciudadanos, en el Expediente 00007-2015-PI, impugnan el artículo 84 de la ley Universitaria por diversas razones.
244. El Colegio de Abogados de Lima señala que dicha disposición afecta el régimen administrativo de las universidades, y, en consecuencia, en su opinión, vulnera la autonomía universitaria. Añade que, además, se viola el principio de igualdad ante la ley de los docentes de las universidades públicas, por cuanto diferencia arbitrariamente respecto de los docentes de las universidades privadas, así como el derecho al trabajo.
245. Por su parte, los congresistas sostienen que el plazo para el nombramiento de los docentes de las universidades públicas es contrario al artículo 40 de la Constitución, mientras que en el caso de los docentes de las universidades privadas vulnera el derecho al trabajo y a la protección contra el despido arbitrario. Por último, los ciudadanos afirman que vulnera el derecho al trabajo y el principio de interdicción de la arbitrariedad.
246. Como ya se ha puesto de relieve, este Tribunal Constitucional señaló que existía un estado de cosas inconstitucional de carácter estructural en el sistema educativo universitario relacionado con la calidad de la educación, y, en ese sentido, la evaluación de los docentes no puede ser considerada una medida inconstitucional.

247. La regulación introducida en el primer párrafo del artículo 84 de la ley no fija un criterio arbitrario para la separación de los docentes, por cuanto esta solo se dispondrá cuando el profesor no supere un procedimiento de evaluación del mérito académico, la producción científica, lectiva y de investigación.
248. Por las razones expuestas, corresponde desestimar la demanda respecto del primer párrafo del artículo 84 de la Ley Universitaria.
249. A continuación, deberá examinarse la legitimidad del límite de edad establecido en el cuarto párrafo del presente artículo, determinando si constituye una intromisión desproporcionada en la autonomía universitaria o una forma de discriminación arbitraria.
250. En relación con el primero de estos aspectos, el alegato de los demandantes se centra en sostener que solo las universidades, en ejercicio de su autonomía administrativa, pueden determinar los límites para el desarrollo de la docencia.
251. Como ya ha sostenido este Tribunal, el ejercicio de la autonomía universitaria se manifiesta en la potestad de autorregulación de las casas de altos estudios, pero sujeta al marco de la Constitución y la ley. Al respecto, ha sostenido que dicha autonomía “[...] puede ser objeto de una `determinación legislativa´ en cuanto a su extensión, siempre que ésta respete y permita desarrollar las ideas nucleares y los contenidos esenciales que la Constitución ha fijado sobre la materia”.
252. En tanto y en cuanto el constituyente no ha fijado un límite de edad para el ejercicio del cargo de docente ordinario, ni ha prohibido el establecimiento de dicho límite. Por ende, e independientemente de cualquier otra consideración, el mismo deviene en constitucionalmente posible.
253. Cabe tomar en cuenta que una medida de esta naturaleza viabiliza el derecho de acceso a la función pública de nuevos cuadros, favoreciendo además la movilidad y el ascenso de los profesores ordinarios.
254. Este Tribunal ha señalado que “[...] una interpretación constitucionalmente adecuada del concepto `función pública´ exige entenderlo de manera amplia, esto es, desde el punto de vista material como el desempeño de funciones en las entidades públicas del Estado. La determinación de este aspecto ha de efectuarse casuísticamente. No obstante, en vía de principio, pueden ser considerados como tales cargos el de los servidores públicos, en general, de conformidad con la Ley de la materia, de los profesores universitarios, los profesores de los distintos niveles de formación escolar preuniversitaria, servidores de la salud, servido-

res del cuerpo diplomático y, ciertamente, jueces y fiscales” (STC 00025-2005-AI/TC, Fundamento Jurídico 51).

255. Estando a lo expuesto, se puede concluir que la medida adoptada constituye el ejercicio de una potestad del legislador que permite realizar una finalidad constitucionalmente legítima sin que se revele como desproporcionada por cuanto la ley no veda la posibilidad de que continúe realizando la actividad.
256. Y es que un profesor (a) universitario (a) con más de setenta años podrá continuar desarrollando la docencia, pero en la categoría de extraordinario. Para ello deberá efectuarse una evaluación de su mérito académico y de su producción científica, lectiva y de investigación.
257. Cabe concluir entonces que el límite de edad para el ejercicio de la docencia dentro de la categoría de ordinario no resulta inconstitucional, en tanto en esta ley no impide la realización del derecho de acceso a la función pública y del ascenso dentro de la misma.
258. Tampoco cabe hablar de discriminación entre docentes de universidades públicas y privadas, por cuanto no cabe aplicar a los segundos la lógica relacionada con la función pública.
259. Ahora bien, corresponde anotar que en relación con los docentes extraordinarios, el inciso 2 del artículo 80 de la ley establece que son “eméritos, honorarios y similares dignidades que señale cada universidad”.
260. Los profesores eméritos son aquellos que no se encuentran en actividad, pero reciben un reconocimiento relacionado con el mérito inherente a una trayectoria científica especialmente relevante. Por su parte, los profesores honorarios son personalidades destacadas de una especialidad a las que se confiere el título de docente de una universidad, pero que no desempeñan sino accidentalmente la docencia en aquella universidad que le acordó el grado.
261. Lo mismo cabría decir de otros tipos de docentes extraordinarios, toda vez que la ley no cierra la categoría en los mencionados precedentemente sino que añade a “similares dignidades”, como los invitados o visitantes.
262. Sin embargo, cabe advertir que en la enumeración consignada expresamente en la Ley no se incluye a los profesores mayores de setenta años cuya continuación en la docencia es constitucional y legalmente posible, dependiendo el pase a la categoría de extraordinario de la decisión autónoma de cada universidad.
263. Por las razones expuestas, corresponde desestimar la demanda en este extremo.

D.7. CALIDAD DEL EJERCICIO PROFESIONAL

264. Los Congresistas, en el Expediente 00016-2014-PI, sostienen que el artículo 109 resulta inconstitucional, por cuanto la Ley pretende que las universidades vigilen la calidad del servicio que prestan sus egresados, lo que vendría a resultar de competencia de los colegios profesionales.
265. Corresponde comenzar poniendo de relieve que la disposición impugnada establece el deber de “mantener una actitud vigilante” y lo encomienda tanto a las universidades privadas como a los colegios profesionales.
266. Respecto de estos últimos, este Tribunal Constitucional tiene resuelto que cumplen una función relevante por cuanto suponen “[...] una garantía, frente a la sociedad, de que los profesionales actúan correctamente en su ejercicio profesional. Pues, en último extremo, las actuaciones profesionales afectan directamente a los propios ciudadanos que recaban los servicios de los profesionales, comprometiendo valores fundamentales como la vida, la salud, la integridad física, la seguridad, la libertad, el honor, (...) que los ciudadanos confían a los profesionales. Semejante entrega demanda por la sociedad el aseguramiento de la responsabilidad del profesional en el supuesto de que no actúe de acuerdo con lo que se considera por el propio grupo profesional, de acuerdo con sus patrones éticos, como correcto o adecuado” (STC 00010-2006-AI/TC, Fundamento Jurídico 14).
267. Ahora bien, del hecho de que los colegios profesionales cumplan una finalidad tan apreciable, no se deriva que las universidades no puedan coadyuvar al logro de la excelencia académica de los profesionales manteniendo una “actitud vigilante”, que es todo cuanto exige la Ley 30220.
268. Como es obvio, el espíritu de la ley se encuentra orientado a que las universidades no se desentiendan del desarrollo del ejercicio profesional de sus graduados, sin perjuicio de las medidas que pueda adoptar la SUNEDU. Esta actitud vigilante no resulta en absoluto inconstitucional. Es más, permitirá que las universidades, entre otras cosas, perciban mejor cuáles serán los ajustes que deben realizar en sus respectivos planes de estudios.
269. La disposición añade que tanto las universidades como los colegios profesionales deben establecer mecanismos orientados a realizar dos actividades específicas, como son las de “supervisar” y “promover” el ejercicio eficiente de su profesión.
270. Este Tribunal Constitucional entiende que no se encuentra constitucionalmente proscrita la posibilidad de que las universidades colaboren con los co-

legios profesionales en la realización de sus finalidades, particularmente en lo concerniente al desenvolvimiento de la actividad profesional por parte de sus graduados.

271. En ese mismo sentido, si las universidades, en el contexto de sus actividades de supervisión y promoción, advirtiesen que sus egresados incurren en malas prácticas o delitos podrán formular la denuncia correspondiente ante el Colegio o el Ministerio Público, respectivamente.
272. Por las razones expuestas, corresponde desestimar la demanda en este extremo.

D.8. REGULACIÓN DE LAS UNIVERSIDADES PRIVADAS

273. Respecto al capítulo relacionado con la universidad privada, se han impugnado los artículos 115, 116, 120 y 121 de la ley, debiendo analizarse por separado la pretensión de inconstitucionalidad de cada una de ellas.

D.8.1. DEFINICIÓN

274. El Colegio de Abogados de Lima Norte, en el Expediente 00014-2014-PI/TC impugna el artículo 115 de la ley pues cuestiona el requisito de contar con autorización de la SUNEDU para comenzar las actividades. Además, cuestiona el inciso 1 de esa norma en cuanto establece que la persona jurídica promotora solo puede fundar una única universidad ya que, sostiene, vulneran el principio de autonomía universitaria, la libre iniciativa privada y la libertad de empresa.
275. Por su parte, los Congresistas, en el Expediente 00016-2014-PI, sostienen que el inciso 1º del artículo 115 limita absurdamente a la persona jurídica promotora de una institución universitaria a que promueva solo una universidad, lo que puede afectar el acceso de los alumnos a la educación superior.
276. Corresponde entonces analizar por separado las dos impugnaciones contenidas en el alegato de los demandantes. En primer lugar, la relacionada con la autorización previa de la SUNEDU para el inicio de actividades; y en segundo término, el requisito de que cada promotor privado solo puede formar una universidad.
277. Como aquí ya se sostuvo, la autonomía universitaria no puede ser asociada con autarquía, y se desenvuelve en el marco de la ley. En el caso específico de la autorización de funcionamiento el segundo párrafo del artículo 18 establece que “La ley fija las condiciones para autorizar su funcionamiento”.
278. Dicho con otras palabras, en esta materia el constituyente ha derivado en el legislador aquellas condiciones necesarias para autorizar el funcionamiento de

- las universidades, de modo que la regulación de este aspecto, en principio, no puede ser considerada inconstitucional.
279. En cuanto al cuestionamiento relacionado a que la autorización esté a cargo de la SUNEDU, esto tampoco resulta inconstitucional, por cuanto es la entidad responsable del licenciamiento para el servicio educativo superior universitario, en los términos del artículo 13 cuya constitucionalidad se resolviera supra.
280. Corresponde entonces analizar ahora si la disposición del inciso 1 del artículo 115 incide en el derecho a la libertad de empresa y, en su caso, determinar si esa intervención resulta desproporcionada.
281. Este Tribunal Constitucional tiene resuelto que “[...] cuando el artículo 59 de la Constitución reconoce el derecho a la libertad de empresa está garantizando a todas las personas una libertad de decisión no sólo para crear empresas (libertad de fundación de una empresa), y por tanto, para actuar en el mercado (libertad de acceso al mercado), sino también para establecer los propios objetivos de la empresa (libertad de organización del empresario) y dirigir y planificar su actividad (libertad de dirección de la empresa) en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado, así como la libertad de cesación o de salida del mercado” (STC 01405-2010-AA/TC, Fundamento Jurídico 15).
282. La disposición del inciso 1º del artículo 115 de la ley universitaria, al limitar la cantidad de universidades que puede promover una persona jurídica, puede suponer alguna forma de incidencia en el ejercicio del derecho de acceso al mercado. Por ende, debe ser examinada a la luz del test de proporcionalidad al que recurriera este Tribunal Constitucional en diversos casos para resolver un conflicto entre principios constitucionales.
283. Conviene entonces tener presente que de las contestaciones de las demandas surge que la medida cuestionada tiene por objeto lograr un razonable equilibrio entre el acceso a la educación universitaria y la calidad de la oferta educativa. Este estado de cosas que el legislador pretende conformar tiene la finalidad de garantizar el derecho a una educación universitaria de calidad.
284. Conviene entonces anotar que este Tribunal Constitucional tiene resuelto que “(...) amplitud de acceso y calidad de la oferta educativa, son dos exigencias constitucionales de primer orden que no pueden ser desatendidas y entre las que hay que privilegiar un razonable equilibrio. Así, en procura de garantizar el acceso a la educación, no es posible permitir y menos aún promover la apertura indiscriminada de centros educativos que no garanticen ciertos estándares de calidad educativa. Como tampoco resulta razonable que ante la constatación de

la baja calidad de la educación impartida, el Estado opte por la llana prohibición de la apertura de centros educativos” (STC 00017-2008-AI, Fundamento Jurídico 14).

285. Siendo las cosas de este modo, corresponde determinar, en primer lugar, si la medida adoptada es idónea para realizar la finalidad. Al respecto, cabe sostener que la exigencia de que la persona jurídica promotora se dedique exclusivamente a la creación de una única universidad parece promover razonablemente la finalidad buscada, favoreciendo la concentración de los recursos en el logro de la excelencia académica.
286. En segundo término, es necesario examinar el subprincipio de necesidad. Dicho con otros términos, corresponde analizar si existen medidas alternativas que resulten menos lesivas respecto del derecho intervenido y que permitan, simultáneamente, alcanzar la misma finalidad. Este Tribunal Constitucional no advierte que existan medidas alternativas que permitan promover la excelencia de la educación universitaria con la misma intensidad que la que permitiría la disposición analizada.
287. Por último, habrá que resolver si se respeta una proporcionalidad en sentido estricto aplicando lo que la doctrina ha denominado la “fórmula del peso”. Aquello implica establecer que, cuanto mayor sea el nivel de restricción que se imponga a uno de los principios, mayor debe ser el nivel de satisfacción del principio que juega en sentido contrario.
288. Aplicando esta fórmula al presente caso, cabría sostener que cuanto mayor sea el nivel de restricción del derecho de acceder al mercado (principio intervenido), mayor debe ser el nivel de satisfacción del derecho a una educación universitaria de calidad (principio interviniente).
289. La intensidad de la restricción del principio intervenido en este caso parece leve por cuanto no se impide acceder a la oferta de educación superior. Ello en mérito a que toda persona puede constituir una persona jurídica bajo la forma asociativa o societaria que se desenvuelva en ese campo. Además, el impedimento alcanza exclusivamente a la potestad de que una misma persona jurídica (y el promotor puede integrar diversas personas jurídicas) pueda crear una segunda universidad.
290. En cuanto al nivel de satisfacción del principio interviniente, relacionada con el acceso a una educación universitaria de calidad, el Tribunal Constitucional entiende que la especialización y concentración de la inversión en la actividad

educativa conduce a satisfacer de un modo elevado el derecho de acceso a una educación universitaria de calidad.

291. De lo expuesto surge que la medida adoptada por el legislador en el inciso 1 del artículo 115 de la ley universitaria no se ha demostrado como desproporcionada. En consecuencia, corresponde desestimar la demanda en este extremo.

D.8.2. BIENES Y BENEFICIOS

292. El Colegio de Abogados de Lima Norte, en el Expediente 00014-2014-PI/TC, impugna el inciso 3º del artículo 116 de la ley, por considerar que vulnera el principio de autonomía universitaria.

293. Justo es anotar que no cuestiona todos los aspectos de la disposición, sino que se refiere exclusivamente al tema relacionado con la supervisión de los programas de reinversión por parte de la Sunat y la SUNEDU, lo que, según su opinión, genera una duplicidad de funciones que resulta contraria a la Constitución.

294. Este Tribunal ha desarrollado supra, y por ello aquí da por reproducidos, los ámbitos que alcanza la autonomía universitaria, y la posibilidad de que órganos del Estado supervisen los planes de reinversión no interfiere en absoluto con la misma.

541

295. Por otro lado, el artículo 19 de la Constitución en su tercer párrafo dispone que “La ley establece los mecanismos de fiscalización a que se sujetan las mencionadas instituciones [universitarias]”. Dicho con otros términos, se señala que la fiscalización prevista en la ley impugnada constituye una manifestación de la potestad autorizada por el constituyente en la disposición indicada.

296. Por las razones expuestas, corresponde desestimar la demanda en este extremo.

D.8.3. PROGRAMAS DE INVERSIÓN

297. El Colegio de Abogados de Lima Norte, en el Expediente 00014-2014-PI/TC impugna el artículo 120 de la ley por considerar que vulnera el principio de autonomía universitaria.

298. Sin embargo, corresponde precisar que su impugnación se centra en el inciso 1 de dicha disposición, en cuanto dispone la presentación del informe anual de reinversión por parte de las universidades privadas (tanto asociativas como societarias), y afirma que ello vulnera el principio de la autonomía universitaria.

299. En primer lugar, corresponde tomar en cuenta que la disposición establece el deber de presentar un informe a la SUNEDU y a la autoridad tributaria res-

pecto del cumplimiento de la inversión de los recursos en fines educativos. En nuestra opinión, tal medida de transparencia no colisiona con alguno de los aspectos propios de la autonomía universitaria.

300. De otra parte, como ya se ha señalado supra, la inafectación de impuestos directos e indirectos supone reasignar una parte de los ingresos públicos. Ello viene de la mano con tener no solo la potestad, sino también el deber de materializar los mecanismos de control que permitan supervisar la legitimidad de la aplicación del beneficio.
301. Finalmente, corresponde tomar en cuenta que las instituciones ante las que se presenta el informe tienen directa relación con el contenido del mismo, ya que se trata del ente rector en materia tributaria y la Superintendencia de Educación Universitaria.
302. Por las razones expuestas, corresponde desestimar la demanda en este extremo.

D.8.4. FACULTADES Y PROHIBICIÓN DE CAMBIO DE PERSONERÍA JURÍDICA

303. El Colegio de Abogados de Lima Norte, en el Expediente 00014-2014-PI/TC impugna el artículo 121 de la ley, por considerar que vulnera el principio de autonomía universitaria.
304. Por su parte, los Congresistas, en el Expediente 00016-2014-PI, sostienen que el artículo 121 de la ley resulta inconstitucional, por cuanto en su opinión vulnera el “derecho a la inversión privada en el sector educación”, así como las libertades de empresa y contratación. Añaden que vulnera también el derecho al trabajo.
305. A juicio de este Tribunal la disposición impugnada introduce una limitación del cambio de personería jurídica, pero tan solo en el sentido de la forma asociativa a la societaria. Como es evidente, el legislador pretende que las instituciones que fueron promovidas como asociaciones con fines educativos se conviertan en sociedades comerciales con fines lucrativos.
306. La disposición impugnada pretende, entonces, favorecer la calidad educativa orientando a los promotores privados que adoptaron la forma asociativa a mantener su finalidad educativa.
307. En ese sentido, no resulta contrario a la Constitución que se limite la posibilidad de que quienes concibieron a la educación como un fin (adoptando la forma asociativa), no puedan luego convertirla en un medio para realizar un negocio.

308. La Constitución reconoce el pluralismo económico y admite actores públicos y privados, asociativos o societarios. Ahora bien, y con la finalidad de favorecer la calidad de la oferta en materia de educación universitaria, la ley establece que quienes se orientaron por la finalidad educativa no podrán más tarde convertirla en una actividad comercial.
309. Por las razones expuestas, corresponde desestimar la demanda en este extremo.

D.9. DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS TRANSITORIAS, MODIFICATORIAS, FINALES Y DEROGATORIAS

310. Respecto de las Disposiciones Complementarias Transitorias, Modificatorias, Finales y Derogatorias, se han impugnado las Disposiciones Complementarias Transitorias Primera, Segunda, Tercera, Cuarta y Decimoprimeras y la Disposición Complementaria Final Sexta. Debe entonces analizarse por separado la pretensión de inconstitucionalidad de cada una de ellas.

D.9.1. PROCESO DE ADECUACIÓN DEL GOBIERNO DE LA UNIVERSIDAD PÚBLICA

311. El Colegio de abogados de Lima Norte, en el Expediente 00014-2014-PI/TC, impugna la Disposición Complementaria Transitoria Primera de la ley, por vulnerar el derecho a ser elegido y a cumplir el mandato. 543
312. Por su parte, los Congresistas, en el Expediente 00016-2014-PI, sostienen que la Disposición Complementaria Transitoria Primera resulta inconstitucional, por cuanto fija el cese de la asamblea universitaria y ordena el nombramiento de nuevas autoridades, sin que en su opinión se presenten razones que justifiquen esa decisión, tanto más cuanto que aquellas han sido elegidas democráticamente para un período de gobierno, conforme a la legislación vigente en su oportunidad.
313. El Colegio de Abogados de Lima, en el Expediente 00019-2014-PI/TC, afirma que la Primera Disposición Complementaria Transitoria atenta contra el régimen de gobierno de las universidades públicas, quebranta la prohibición de aplicar retroactivamente las leyes y afecta el contenido de los derechos a participar en la vida cultural de la nación y de acceso a la función pública de las autoridades de las universidades públicas.
314. Respecto a la presunta necesidad de que el legislador dé razones como señalan los Congresistas demandantes en el Expediente 00016-2014-PI, cabría sostener que no existe una exigencia constitucional de tal naturaleza. El legislador aprueba la ley en virtud de su legitimidad democrática, y su discrecionalidad en

el ejercicio de estas competencias se respeta mientras no se acredite la existencia de claros supuestos de arbitrariedad.

315. Por otra parte, los demandantes invocan la vulneración del derecho de participación en forma individual o asociada en la vida social y cultural de la nación reconocido en el inciso 17 del artículo 2 de la Constitución.
316. Sobre este derecho, el Tribunal Constitucional tiene resuelto que “[...] el principio democrático, inherente al Estado social y democrático de derecho, 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 2º, inciso 17, de la Constitución” (STC 00030-2005-AI/TC, Fundamento Jurídico 22).
317. Al respecto, cabe además tener en cuenta que la disposición cuestionada prevé el cese de la Asamblea Universitaria, precisamente para constituir un Comité Electoral Universitario Transitorio y Autónomo, el cual será el encargado de convocar, conducir y proclamar los resultados del proceso electoral conducente a elegir a los miembros de la Asamblea Estatutaria.
318. En ese sentido, la presunta vulneración al artículo 2, inciso 17. de la Constitución no se constata, toda vez que en la misma disposición se indica que, una vez aprobado el Estatuto de la universidad, la asamblea estatutaria establece el cronograma de elección de las nuevas autoridades, así como el plazo para su designación en reemplazo de las autoridades vigentes. Por esta razón no se está limitando el derecho de nadie a ser elegido.
319. De otro lado, la materialización de la presente ley exige que las universidades adopten medidas para adaptarse a sus disposiciones, convocando, en las condiciones indicadas, a nuevas elecciones con participación de toda la comunidad académica.
320. Por las razones expuestas, corresponde desestimar la demanda en este extremo.

D.9.2. PROCESO DE ADECUACIÓN DEL ESTATUTO DE LA UNIVERSIDAD PRIVADA

321. Los Congresistas, en el Expediente 00016-2014-PI, sostienen que la Disposición Complementaria Transitoria Segunda resulta irrazonable, por cuanto la adecuación a la ley universitaria puede demorar más de noventa días, sobre todo cuando aún no se ha dictado el reglamento respectivo.
322. En cuanto al plazo para la adecuación de las universidades, corresponde advertir que la determinación de un plazo es un aspecto que no se encuentra constitucionalmente mandado o prohibido; y, por ende, cae dentro del ámbito de discrecionalidad del legislador, sin que el demandante haya acreditado que en este caso se presente una situación de arbitrariedad o de falta de proporcionalidad.
323. Adicionalmente, debe tomarse en cuenta que cuando este Tribunal advirtió la existencia de un estado de cosas inconstitucional de carácter estructural en el sistema educativo universitario estableció que “[...] el Estado deberá adoptar las medidas necesarias para proteger los derechos de los alumnos, profesores y trabajadores que resulten afectados” (STC 00017-2008-AI/TC, Punto resolutivo 4.b.ii).
324. Esta última afirmación supone la exigencia implícita de que los organismos públicos, y el legislador entre ellos, adopten medidas correctivas de la situación en el plazo más breve posible, en interés de la calidad de la educación superior universitaria.
325. Por las razones expuestas, corresponde desestimar la demanda en este extremo.

545

D.9.3. PLAZO DE ADECUACIÓN DE DOCENTES DE LA UNIVERSIDAD PÚBLICA Y PRIVADA

326. Los Congresistas, en el Expediente 00016-2014-PI, sostienen que la Disposición Complementaria Transitoria Tercera resulta inconstitucional, por cuanto el plazo brindado para la adecuación de docentes tanto de universidades públicas como privadas es mínimo.
327. Los Congresistas demandantes añaden que el plazo dado a los docentes de las universidades públicas y privadas presupone pretender que aquellos se van a dedicar única y exclusivamente a la docencia, lo que en nuestro país es una presunción carente de toda razonabilidad.
328. En este caso, como en el anterior, el plazo para la adecuación de los docentes no se encuentra constitucionalmente mandado o prohibido; y, por ende, cae dentro del ámbito de discrecionalidad del legislador, pero, en todo caso, debe resultar proporcionado y materialmente posible.

329. Sin embargo, y de acuerdo con lo dispuesto en la misma Ley impugnada, el plazo de duración de los estudios de maestría y doctorado, alcanza, en conjunto, un período similar al otorgado por la Tercera Disposición Complementaria Transitoria para la adecuación. Por lo tanto, si bien no puede calificársele como desproporcionado, justo es reconocer que no resulta fácil cumplirlo, tomando en cuenta la dedicación y disponibilidad de tiempo con que cuentan los profesionales al respecto.
330. Ahora bien, este Tribunal Constitucional considera que, atendiendo a la gravedad de la consecuencia prevista, el muy apretado margen de tiempo entre el plazo de duración de los estudios y el de adecuación, y la incertidumbre existente sobre cómo comprender este precepto de la Ley, debe entenderse que el cómputo de este plazo regirá desde el momento en que se publique la presente sentencia en el diario oficial *El Peruano*.
331. Por las razones expuestas, y atendiendo a que la disposición no se revela como inconstitucional en abstracto, corresponde desestimar la demanda en este extremo, interpretándose eso sí que el plazo de adecuación previsto en la Ley comienza a computarse desde el momento de la publicación de la presente sentencia en el diario oficial *El Peruano*.

546

D.9.4. COMISIÓN ORGANIZADORA

332. El Colegio de abogados de Lima Norte, en el expediente 00014-2014-PI/TC, impugna la Disposición Complementaria Transitoria Cuarta de la ley, por cuanto considera que infringe la autonomía universitaria.
333. Como ya se señalara más arriba, es de competencia del Ministerio de Educación llevar adelante aquellas políticas públicas que permitan organizar un sistema educativo de calidad. En consecuencia, es el ente rector encargado de conducir la política del Estado en la materia.
334. Dentro de esta lógica, no se evidencia como inconstitucional el hecho de que se conforme una comisión organizadora de la SUNEDU, que más adelante será conducida por sus órganos internos, conforme a la estructura que establece la propia ley, y cuya constitucionalidad se ha establecido antes.
335. Como es obvio, la comisión organizadora cumple una función transitoria, que además se agota cuando la institución queda definitivamente constituida y, en todo caso, antes de que la misma entre en funciones.
336. Por las razones expuestas, corresponde desestimar la demanda en este extremo.

D.9.5. MATERIALIZACIÓN PROGRESIVA

337. El Colegio de Abogados de Lima Norte, en el Expediente 00014-2014-PI/TC, impugna la Disposición Complementaria Transitoria Decimoprimera de la ley, por cuanto considera que infringe la autonomía universitaria.
338. Como ya se advirtiera supra, existe una necesidad imperiosa de poner en funcionamiento los mecanismos que permitan colocar a las universidades en la senda del mejoramiento de la calidad educativa.
339. Conviene anotar que el segundo párrafo del artículo 16 de la Constitución establece que el Estado coordina la política educativa, formula los lineamientos generales de los planes de estudio, y, además, supervisa:
- a. el cumplimiento de dichos planes de estudio.
 - b. el cumplimiento de los requisitos mínimos de la organización de los centros educativos universitarios, y
 - c. la calidad de la educación.
340. Por estas razones, la aprobación de un plan de materialización progresiva y la adecuación de las universidades a las condiciones básicas de calidad que la superintendencia establezca no pueden ser considerados contrarios a la constitución.
341. Por las razones expuestas, corresponde desestimar la demanda en este extremo.

547

D.9.6. DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA DEROGATORIA ÚNICA

342. Los Congresistas, en el Expediente 00016-2014-PI, sostienen que la Disposición Complementaria Derogatoria Única resulta inconstitucional, por cuanto al derogar el Decreto Legislativo N° 882 únicamente en lo que respecta al ámbito universitario, se comete un acto discriminatorio. Ello en mérito a que tanto nidos (educación inicial) como escuelas primarias privadas, colegios secundarios privados e institutos superiores privados continuarán con los beneficios que otorga el citado Decreto Legislativo N° 882. Sin embargo, y de manera que consideran arbitraria, se excluye a las universidades privadas de dichos beneficios.
343. Como ya se señalara en constante jurisprudencia de este Tribunal Constitucional, quien invoque un tratamiento discriminatorio debe aportar un término de comparación válido respecto de un sujeto que se encuentre en la misma condición y que haya recibido un trato diferente.

344. Los Congresistas demandantes señalan que las universidades privadas recibirán un tratamiento discriminatorio, por cuanto los nidos y las escuelas primarias y secundarias mantienen la posibilidad de acogerse a los beneficios que otorga el Decreto Legislativo N.º 882.
345. Resulta evidente entonces que en el presente caso no se acredita un tratamiento discriminatorio. Ello sin mencionar que la determinación de aquellos sujetos que quedan comprendidos en el régimen de promoción de la inversión en la educación es una potestad del legislador.
346. Por las razones expuestas, corresponde desestimar la demanda en este extremo.

IV. 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 de inconstitucionalidad interpuestas contra la Ley 30220, Ley Universitaria.
2. En lo referido a la Disposición Complementaria Transitoria Tercera de la Ley 30220, Ley Universitaria, debe **INTERPRETARSE**, con los votos a favor de los magistrados Urviola Hani, Miranda Canales, Ramos Núñez y Espinosa-Saldaña Barrera, y los votos en contra de los magistrados Blume Fortini, Sardón de Ta-boada y Ledesma Narváez, que el plazo de adecuación de cinco años establecido en la Disposición Complementaria Transitoria Tercera comienza a computarse desde el momento de la publicación de la presente sentencia en el diario oficial El Peruano.

Publíquese y notifíquese.

SS.

URVIOLA HANI

MIRANDA CANALES

RAMOS NÚÑEZ

LEDESMA NARVÁEZ

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

EXPS. 00014-2014-PI/TC, 00016-2014-PI/TC, 00019-2014-PI/TC Y 00072015-PI/TC

LIMA

COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA Y OTROS

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO RAMOS NÚÑEZ

El Tribunal ha resuelto, por mayoría, declarar la constitucionalidad de todas las disposiciones impugnadas de la Ley N° 30220. Estoy de acuerdo con gran parte de lo decidido y con las razones que lo justifican, salvo en el tópico referido al Superintendente de la SUNEDU y su designación. Sobre el particular, considero que el artículo 20 de la Ley no es inconstitucional en lo que establece, sino en lo que deja de precisar. Dicho precepto legal establece que el Superintendente de la SUNEDU es propuesto por el Ministro de Educación. Precisamente, una de las razones que ha justificado que se consagre constitucionalmente la autonomía universitaria —que, desgraciadamente se entendió por autarquía y extraterritorialidad— y, con ello, su prelación como garantía institucional, es evitar que el gobierno pueda influenciar en el normal desarrollo de la vida universitaria, en sus diversas facetas.

549

Me temo que, por más que hayamos decidido que el ejercicio de determinadas competencias de la SUNEDU no esté teñido de naturaleza ideológica o política, ni deba interferir en el ideario o visión de la Universidad, esas medidas serán insuficientes si es que la designación del órgano ejecutivo de la SUNEDU —el superintendente— se plantea en el sentido de que esta se efectúe únicamente bajo criterios de confianza.

En el diseño normativo actual, es la vinculación de este alto funcionario con el gobierno, cualquiera que éste sea, lo que suscita mi inquietud, en términos prácticos, institucionales y constitucionales. Y en la Ley es de advertir que, con el propósito de garantizar la autonomía universitaria, no se hayan previsto garantías específicas. Esto ocurre en los casos de designación de superintendentes que supervisan la actividad de los órganos de relevancia constitucional, en los que la designación de sus miembros o la designación de sus superintendentes disponen de salvaguardas específicas que garantizan su autonomía. La estructura de esta disposición es lo suficientemente amplia para tolerar, dentro de lo razonablemente admisible, que su interpretación y aplica-

ción satisfaga ciertos requerimientos derivados de la autonomía universitaria. Esto es, que impida que el proceso de designación del superintendente tenga una entraña política, en el mal sentido del término.

En mi opinión, esta salvaguarda de la autonomía universitaria puede conseguirse si la disposición cuestionada —según la cual, el Superintendente de la SUNEDU “Es designado mediante resolución suprema a propuesta del Ministro de Educación por un periodo de tres años”— es entendida en el sentido que su designación la efectúa el Presidente de la República, a propuesta del Ministro de Educación, previa elección —mediante concurso riguroso de méritos— por parte de los miembros que integran el Consejo Directivo de la SUNEDU.

Esta solución descansa, a mi juicio, en una interpretación constitucionalmente adecuada de las disposiciones que regulan las atribuciones del Consejo Directivo de la SUNEDU. Así, si el Consejo Directivo de la SUNEDU es el “... órgano máximo y de mayor jerarquía de la SUNEDU”, “(...) responsable de aprobar políticas institucionales y *de asegurar la marcha adecuada de la entidad*” [art. 17.1], además de velar “... por el cumplimiento de los objetivos y metas de la SUNEDU” (art. 19.5), y en relación al cual el Superintendente de la SUNEDU no es sino su “máxima autoridad ejecutiva” —pero no de gobierno—, le corresponde, en línea coherente y sensata, la competencia de “elegir” al candidato que habrá de proponer el Ministro de Educación.

550

En mi opinión, el silencio legislativo sobre esta competencia del Consejo Directivo de la SUNEDU no debe comprenderse como que le está negada la capacidad de elegir al candidato. Antes bien, se trataría de un “poder implícito” del Consejo Directivo de la SUNEDU, que se deriva de su condición de “... órgano máximo y de mayor jerarquía de la SUNEDU”, “(...) responsable de aprobar políticas institucionales y *de asegurar la marcha adecuada de la entidad*” [art. 17.1], al que le corresponde velar “... por el cumplimiento de los objetivos y metas de la SUNEDU” (art. 19.5).

La doctrina de los “poderes implícitos” no es desconocida por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Sobre ella se ha enfatizado que “cada vez que una norma (constitucional o legal) confiere una competencia (...), (esta) debe entenderse como que contiene normas implícitas de sub-competencia”, “sin las cuales el ejercicio de la competencia conferida (...) carecería de eficacia práctica o utilidad”. Una interpretación de la ley bajo el principio del efecto útil importará ciertos “poderes implícitos”, que serán admisibles en todos los casos en los que su determinación sea consustancial “al ejercicio de las funciones previstas expresamente” o, en su caso, “constituya (n) una manifestación directa y exteriorización de los principios que rigen a la institución” (STC 00031-2005-AI/TC, fundamento 13).

Una interpretación bajo este tenor deja intacta la competencia legal del Ministro de Educación, consistente en ser quien proponga al superintendente, que será el candidato elegido por la mayoría de los miembros del Consejo Directivo de la SUNEDU -que es, conviene recordarlo, un órgano técnico con participación plural-.

Sr.

RAMOS NÚÑEZ

EXP. 00014-2014-PI/TC, 00016-2014-PI/TC, 00019-2014-PI/TC y 00007-2015-PI/TC

LIMA

COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA Y OTROS

FUNDAMENTO DE VOTO DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

El ser humano sólo es el reflejo de lo que la educación ha hecho bien, ha hecho mal o no ha hecho por él

552 Al examinar la constitucionalidad de la nueva ley de educación universitaria, lo primero que se ha hecho notar es la trascendental importancia que tiene la educación en el desarrollo de las personas en una sociedad desigual como la nuestra. Ha sido y viene siendo fácil utilizar esta expresión en frecuentes discursos plagados de pura retórica, pero que no han contribuido a que estos se afirmen en verdaderas políticas de Estado en materia educativa que puedan llegar a todos los peruanos y peruanas, ya sean adultos o niños, de la capital o de las ciudades más lejanas, con o sin recursos económicos. Es por ello que el artículo 13 de la Norma Fundamental prevé que “la educación tiene como finalidad el desarrollo integral de la persona humana”; el artículo 16 que “es deber del Estado asegurar que nadie se vea impedido de recibir educación adecuada por razón de su situación económica o de limitaciones mentales o físicas” y el artículo 2.2 que “nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”.

En el especial caso de la educación universitaria podemos afirmar que sólo una “educación de calidad” puede generar el mejor aprovechamiento de nuestros recursos, el aseguramiento de nuestro progreso económico, la continuidad y acrecentamiento de nuestra cultura, contribuyendo así a la mejor convivencia humana, y sobre todo la participación efectiva de todo ciudadano en la sociedad en condiciones de igualdad

Tener una “educación de calidad” no debe representar una aspiración o un ideal en manos de la libre voluntad de quienes la imparten o del libre mercado, pues ni la educación es una mercancía, ni la universidad un negocio. La universidad tiene como uno de sus principales fines constituirse en un centro de reflexión sobre la dignidad,

la libertad, la igualdad y la tolerancia, entre otros valores. Quienes egresan de una universidad no deben ser simples “productos” del mercado, sino personas dotadas de específicas capacidades, de cultura y de un alto sentido de humanidad. Eso es lo que no se termina, o quizás ni empieza, a comprenderse en el “mercado de las universidades”, en especial de las denominadas “universidades-empresa” o “universidades-sociedades”. Si, en general, se puede asumir que en países como el nuestro el mercado genera desigualdades sociales y acumulación de riqueza sólo para algunos, es lógico asumir que el “mercado de las universidades” también generará las mismas consecuencias. La universidad vista como mercado (universidad-empresa o universidad-sociedad) sólo logrará consolidar al mercado, de modo que sólo algunas universidades brindarán un servicio de calidad y promoverán la producción científica, mientras que otras, la mayoría, buscarán admitir la mayor cantidad de postulantes, sin mayor preocupación en la calidad del servicio o de la investigación, pues al final, no tienen –y no quieren– ningún tipo de control, menos del Estado.

Es por ello que debe quedar claramente entendido que en el Perú la educación es un *servicio público* y por ninguna razón puede entregarse al libre mercado. Existe, por el contrario, mandatos constitucionales que exigen en dicho ámbito la supervisión permanente del Estado. Tener una educación de calidad constituye una obligación constitucional y moral para todos, tal como se desprende de los artículos 14 y 16 de la Constitución, siendo el Estado el principal responsable de supervisar la “política educativa” y la “calidad de la educación”.

553

Precisamente, todo el proceso de la *actual* reforma de la educación universitaria en el Perú, ha sido, hasta ahora, una clara manifestación del control, balance y corrección funcional entre poderes del Estado, que se ha manifestado, desde mi punto de vista, en tres momentos: i) **identificación del problema:** mediante la sentencia del Exp. N.º 00017-2008-PI/TC el Tribunal Constitucional, recogiendo valiosa información de organismos nacionales e internacionales, identificó y visibilizó la profunda crisis de la calidad educativa de la universidad peruana, y además, que el Estado no adoptó las medidas necesarias para cumplir cabalmente con su deber constitucional de garantizar una “educación universitaria de calidad” (artículo 16.º de la Constitución); ii) **el inicio de la solución normativa al problema:** mediante la nueva ley universitaria, Ley N.º 30220 (año 2014), el Parlamento Nacional, luego de una amplia convocatoria a sectores sociales y del ámbito educativo, dictó las nuevas reglas jurídicas que pretenden, entre otros asuntos de relevancia, promover el mejoramiento continuo de la calidad educativa de las instituciones universitarias; y iii) **confirmación de la constitucionalidad de la nueva ley:** luego del examen de la Ley N.º 30220 realizada en el presente proceso de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional, declaró infundadas las demandas de inconstitucionalidad contra dicha ley.

Por tanto, estimo que la sentencia del Tribunal Constitucional, que constitucionaliza la Ley N.º 30220, pone fin a todo tipo de cuestionamientos, por lo que una vez publicada, debe generar inmediatamente que todas aquellas universidades, sobretodo nacionales, que se resistían a acatar la ley, ahora deberán cumplirla, bajo las responsabilidades administrativas, civiles y penales que correspondan.

1) Discrepancia en cuanto a la interpretación de la Tercera Disposición Complementaria Transitoria

1. No coincido con lo expuesto la sentencia sobre la ampliación del plazo de adecuación previsto en la Tercera Disposición Complementaria Transitoria de la Ley N.º 30220, pues considero que contraviene el artículo 109 de la Constitución, al “interpretar” que el plazo de adecuación de cinco años establecido (para que por ejemplo los profesores de pregrado cuenten con título de maestría) comienza a computarse desde el momento de la «publicación de la presente sentencia» en el diario oficial, cuando, por el contrario, es expreso dicho mandato constitucional en el sentido de 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.

554

2) Discrepancia en cuanto a la motivación de determinados extremos de la sentencia

2. No estoy de acuerdo tampoco con lo establecido en los fundamentos 16, 18 y 22 (pues el Tribunal Constitucional no tiene como competencia el control de la “ausencia” de políticas públicas o que hagan sugerencias e iniciativas frente a la configuración de las políticas públicas), o fundamento 99 (pues no se ha acreditado que la decisión del legislador para que las universidades publiquen los estados financieros e inversiones sea inconstitucional).
3. Asimismo, respetuosamente, estimo que la posición en mayoría no desarrolla de modo suficiente algunos argumentos que dan respuesta a los cuestionamientos planteados, por lo que me pronunciaré sobre los que considero son los más relevantes.

2.1. Los estándares relativos a la educación universitaria y su importancia como servicio público

4. A lo largo de la historia la universidad ha jugado un rol esencial en nuestras sociedades, ya que ha sido el espacio de desarrollo del conocimiento por excelencia; pero también ha sido un espacio elitista hasta el siglo XX, etapa en la que se han producido diversos cambios y reformas en el ámbito universitario. Una primera

reforma que tuvo lugar en las primeras décadas del siglo pasado incidió en la conquista de la autonomía universitaria y la autorregulación de las universidades. En la segunda etapa, a fines de los ochenta y principios de los noventa, Latinoamérica y el Perú atravesaron por un proceso de privatización de la educación universitaria que hasta entonces había sido principalmente una función exclusiva del Estado (destacando el Decreto Legislativo 882, expedido por el gobierno de Alberto Fujimori Fujimori en 1996, con el que se permitió el lucro en la educación universitaria), mientras que en una tercera etapa, de la actual reforma de la universidad, ésta enfrenta el reto de la globalización y la internacionalización en la educación superior, que supone que los modelos de gestión estatal y de políticas en materia educativa se articulen desde una perspectiva de apertura y de inserción en el ámbito internacional.

5. En especial, durante la segunda y tercera etapa la masificación de la educación universitaria ha sido una constante que se puede definir como un producto de la democratización de las sociedades, del mayor acceso a la educación básica regular, de la demanda creciente de personal calificado tanto en el mercado como en la administración pública, de la regionalización de las universidades, de la feminización del público estudiantil, entre otros aspectos.¹ En ese sentido, la educación, desde un punto de vista general, se ha entendido como un mecanismo de inclusión y de igualdad. Es por excelencia la que permite eliminar las brechas sociales y económicas y a través de la cual se produce el ascenso y fortalecimiento de las clases emergentes. La educación nos da acceso a condiciones de igualdad y evitar la discriminación.
6. Así, se puede decir que la educación, en general, y la universitaria, en particular, son un paradigma y un fundamento del modelo de Estado de Derecho cuyo fin último es la dignidad de la persona humana. Por ello, la educación ocupa un rol trascendental en todas las esferas de la vida social, económica y política del país.
7. El derecho a la educación se encuentra reconocido, entre otros, en el artículo 13 del Protocolo de San Salvador del cual el Perú también es parte. De modo que el Estado peruano está obligado a cumplir con los estándares relativos a este derecho; en concreto el Tribunal Constitucional ha incorporado dentro de su jurisprudencia el desarrollo previsto en la Observación General 13 por el Comité del PIDESC:

1 UNESCO. *Informe sobre la educación universitaria en América Latina y el Caribe, 2000-2005. La metamorfosis de la educación superior*, Caracas, 2006, p. 15.

- a. Disponibilidad. Debe haber instituciones y programas de enseñanza en cantidad suficiente en el ámbito del Estado Parte. Las condiciones para que funcionen dependen de numerosos factores, entre otros, el contexto de desarrollo en el que actúan; por ejemplo, las instituciones y los programas probablemente necesiten edificios u otra protección contra los elementos, instalaciones sanitarias para ambos sexos, agua potable, docentes calificados con salarios competitivos, materiales de enseñanza, etc.; algunos necesitarán además bibliotecas, servicios de informática, tecnología de la información, etc.;
- b. Accesibilidad. Las instituciones y los programas de enseñanza han de ser accesibles a todos, sin discriminación, en el ámbito del Estado Parte. La accesibilidad consta de tres dimensiones que coinciden parcialmente:
- i) No discriminación. La educación debe ser accesible a todos, especialmente a los grupos no vulnerables de hecho y de derecho, sin discriminación por ninguno de los motivos prohibidos (...).
 - ii) Accesibilidad material. La educación ha de ser asequible materialmente, ya sea por su localización geográfica de acceso razonable (por ejemplo, una escuela vecinal) o por medio de la tecnología moderna (mediante el acceso a programas de educación a distancia).
 - iii) Accesibilidad económica. La educación ha de estar al alcance de todos. Esta dimensión de la accesibilidad está condicionada por las diferencias de redacción del párrafo 2 del artículo 13 respecto de la enseñanza primaria, secundaria y superior: mientras que la enseñanza primaria ha de ser gratuita para todos, se pide a los Estados Partes que implanten gradualmente la enseñanza secundaria y superior gratuita.
- c. Aceptabilidad. La forma y el fondo de la educación, comprendidos los programas de estudio y los métodos pedagógicos, han de ser aceptables (por ejemplo, pertinentes, adecuados culturalmente y de buena calidad) para los estudiantes y, cuando proceda, los padres; este punto está supeditado a los objetivos de la educación mencionados en el párrafo 1 del artículo 13 y a las normas mínimas que el Estado apruebe en materia de enseñanza (véanse los párrafos 3 y 4 del artículo 13);
- d. Adaptabilidad. La educación ha de tener la flexibilidad necesaria para adaptarse a las necesidades de sociedades y comunidades en transformación y responder a las necesidades de los alumnos en contextos culturales y sociales variados.²

2 Expediente N.º 04232-2004-AA/TC, FJ. 16.

8. Ahora bien, las cuatro características en realidad se encuentran interrelacionadas. De ese modo, el Estado tiene la obligación de promover cada una de dichos contenidos del derecho a la educación, sin que uno prevalezca sobre otro, de lo contrario el Estado habrá incumplido con la tutela del derecho objeto de comentario. Estas características son aplicables y exigibles en las diversas etapas de la educación. Más en concreto, en relación con la educación superior, debe entenderse que el Estado debe asegurar cada aspecto relativo a la accesibilidad, adaptabilidad, aceptabilidad y disponibilidad; pero ello no significa que la educación terciaria *deba ser generalizada, sino sólo disponible “sobre la base de la capacidad”, capacidad que habrá de valorarse con respecto a los conocimientos especializados y la experiencia de cada cual.*³
9. De otro lado la educación superior también es un servicio público. Dicha conceptualización de la educación universitaria en realidad es una conquista frente al carácter elitista que ella ostentaba y al que las clases medias emergentes lograron desterrar a través de sus demandas y de la expansión de la educación superior, en especial, la universitaria. Así, como producto de la tradición constitucional y del modelo de Estado Social que recoge la Constitución de 1993, el Tribunal Constitucional ha afirmado que la educación universitaria ostenta esta naturaleza al señalar que:

557

(...) la educación se configura también como un servicio público, en la medida que se trata de una prestación pública que explicita una de las funciones-fines del Estado, de ejecución per se o por terceros bajo fiscalización estatal. Por ende, el Estado tiene la obligación de garantizar la continuidad de los servicios educativos, así como, de aumentar progresivamente la cobertura y calidad de los mismos, debiendo ser siempre como premisa básica (...), que tanto el derecho a la educación como todos los derechos fundamentales (...) tienen como fundamento el principio de la dignidad humana.⁴

10. A mayor abundamiento, el Compendio de la Declaración Mundial sobre la Educación Superior ha establecido que *la educación superior ha de considerarse un servicio público. Si bien se requieren fuentes de financiación diversificadas, privadas y públicas, el apoyo público a la educación superior y a la investigación sigue siendo fundamental para conseguir que las misiones educativas y sociales se cumplan de manera equilibrada* (apartado 12).

3 COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. *Observación General 13, El derecho a la educación* (artículo 13 del Pacto), (21º período de sesiones, 1999), U.N. Doc. E/C.12/1999/10 (1999).

4 Expediente N.º 04232-2004-AA/TC, FJ. 7.

11. Por otro lado, el hecho de que la educación universitaria sea un servicio público involucra que el Estado ejerza un rol directo en la configuración de una política pública en esta materia que garantice los fines de la educación universitaria, su libre acceso, su pertinencia entre otros estándares necesarios que se derivan de la Constitución y los tratados de derecho internacional. Igualmente, el rol del Estado se justifica también en el hecho de que por mandato expreso de la Constitución, el artículo 58 se establece que el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.
12. Así, el Estado tiene el deber irrenunciable de velar por la calidad de la educación, de supervisarla y de formular la política nacional en materia educativa, lo cual se encuentra plasmado en el artículo 16 de la Constitución. Al respecto, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado de manera específica señalando que se trata de un deber irrenunciable por parte del Estado, en especial por la naturaleza de medio y fin de la educación:

(...) si el derecho fundamental a la educación tiene un nivel axiológico de singular importancia en el orden constitucional, merced a la relación simbiótica que existe entre el acceso al conocimiento y la optimización del principio-derecho a la dignidad (artículo 1º de la Constitución), y entre aquél y el libre desarrollo de la personalidad del ser humano (artículo 2º 1 de la Constitución), entonces toda actividad humana que participe del proceso educativo debe estar orientada a garantizar “el desarrollo integral de la persona humana” (artículo 13º de la Constitución) y, en el caso específico de la educación universitaria, a garantizar “la formación profesional, la difusión cultural, la creación intelectual y artística y la investigación científica y tecnológica” (artículo 18º de la Constitución). En consecuencia, la actividad educativa universitaria debe contar con la irrenunciable, eficiente, eficaz y permanente supervisión y fiscalización del Estado, a efectos, de asegurar su accesibilidad, su calidad y el cumplimiento de los fines exigidos por la Norma Fundamental.⁵

558

2.2. La crisis de la universidad peruana y el estado de cosas inconstitucionales respecto de las instituciones de educación superior (universitaria y no universitaria)

13. En la aludida sentencia recaída en el expediente 0017-2008-PI/TC el Tribunal Constitucional declaró el estado de cosas inconstitucionales respecto de la situa-

5 Expediente N.º 00017-2008-PI/TC, FJ. 163.

ción de la educación universitaria en el país. Entre los mandatos que estableció dicha sentencia, se hizo referencia a la necesidad de crear una Superintendencia altamente especializada, objetivamente imparcial, y supervisada eficientemente por el Estado, que cuente, entre otras cosas, con las competencias para evaluar a todas las universidades del país, elevar su calidad educativa, clausurar a las universidades en el caso que estas no cumplan con los estándares necesarios de calidad educativa, para garantizar que el examen de admisión a las universidades cumpla con niveles de exigibilidad y rigurosidad intelectual.⁶ A su vez, se estableció que las funciones de dicha superintendencia no debían afectar la autonomía universitaria, es decir, la máxima garantía institucional de las universidades.

14. El motivo de la declaratoria del estado de cosas inconstitucionales se debió a la situación crítica que atravesaba y atraviesa la educación universitaria actualmente. En principio, hasta la década del noventa en el Perú existían dos clases de universidades: las públicas y las privadas. Las primeras, creadas por el Estado, y las segundas, por particulares. Ambos tipos de universidades ejercían sus funciones sin ánimo de lucro. Sin embargo, como ya se ha mencionado, en 1996, durante el gobierno de Alberto Fujimori Fujimori, se promulgó el Decreto Legislativo 882, que promovía la inversión en servicios educativos de todos los niveles, con la finalidad de contribuir a modernizar el sistema educativo y ampliar la oferta y la cobertura. Ahora bien, luego de la aprobación del Decreto Legislativo 882, en un período de diez años a partir de 1997 a 2007 se crearon 35 universidades y en los cinco años siguientes (2008-2012) se crearon otros 47 centros universitarios.⁷
15. No obstante, aunque es cierto que la creación de universidades privadas, en parte permite el acceso a la educación superior de la población en general, también es verdad que la educación universitaria no puede brindarse a cualquier precio sin estándares mínimos de control y de calidad.
16. Si bien con el mencionado Decreto Legislativo 882, desde una lógica neoliberal, se pretendió brindar un mayor acceso a la educación universitaria, la consecuencia fue, como es de conocimiento general, el otorgamiento o prestación de servicios de menor calidad educativa. Precisamente, la insuficiencia de la oferta universitaria de carácter estatal y la brecha entre postulantes e ingresantes a las universidades ha generado la proliferación de universidades privadas, antes que

6 Expediente N.° 00017-2008-PI/TC, punto resolutivo 4.b.iii.

7 INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA. ¿A la Carrera por el Título? Un Modelo Económico sobre la Calidad de la Educación Superior Universitaria y el Subempleo Profesional, Lima, 2014, p. 18.

la creación de instituciones de educación terciaria no universitaria, pero también que la oferta de instituciones universitarias no necesariamente cubra los estándares mínimos en materia de calidad educativa.

17. De ese modo, aunque el artículo 18 de la Constitución admite la libre iniciativa privada, y ello ha permitido que el legislador estableciera la alternativa de que las Instituciones Educativas Particulares se organicen jurídicamente bajo el régimen societario, lo cierto es que esta forma de organización ha generado que, en parte, el concepto de la educación universitaria como un fin en sí mismo y como un servicio público, se desvirtúe. En efecto, el afán lucrativo de algunas universidades ha llegado al punto de ofrecer el ingreso directo a los postulantes que no ingresaron a universidades estatales con un alto número de demanda por parte de la población, sin que estos hayan superado una evaluación que mida sus aptitudes para ser admitidos en una carrera universitaria.
18. En contraste y comparación con las universidades de otros países, la ubicación de las universidades peruanas en los rankings de calidad educativa demuestra el reto que nuestro país enfrenta. Al respecto, se puede hacer referencia al hecho de que de acuerdo con los reportes de competitividad global preparados por el *World Economic Forum*, el Perú ocupa los últimos lugares en relación con la calidad del sistema educativo peruano. Así en el periodo 2008-2009 el Perú ocupó el puesto 133 de 134 países en el rubro antes mencionado. En el reporte del periodo 2010-2011, se ubicó en el puesto 124 de 139 países. En el reporte de los años 2013-2014, nuestro país se ubicó en el puesto 134 de 148 países.
19. El siguiente cuadro nos muestra la ubicación de universidades peruanas en rankings internacionales de calidad educativa en el año 2015:

560

**Universidades peruanas en el ranking: Apenas 6 entre las primeras 150,
de las cuales 3 son privadas**

Fuente: <http://www.topuniversities.com/regional-rankings>

Universidad	Puesto en el mundo	Puesto en Latinoamérica
Pontificia Universidad Católica del Perú	491-500	19
Universidad Nacional Mayor de San Marcos	701+	60
Universidad Cayetano Heredia	701+	64
Universidad Nacional Agraria de La Molina	(No figura)	117
Universidad Nacional de Ingeniería	(No figura)	134
Universidad del Pacífico	(No figura)	139

20. No debe perderse de vista que en el caso de las filiales universitarias en la práctica y al margen de que tuvieran o no autorización, funcionaron más de 200 filiales, a pesar de que no contaban con garantías mínimas para brindar una educación de calidad a los alumnos.⁸
21. Igualmente, hay que recalcar que en el contexto actual de la educación universitaria, el panorama que los jóvenes aspirantes a obtener un título universitario que cursan estudios de baja calidad educativa enfrentan es el del subempleo, es decir, que serán profesionales sobre-educados en relación con las funciones o roles laborales que realmente desempeñan, o que trabajan en posiciones para las que no se requiere un grado profesional o gana por debajo del estándar dentro del grupo profesional al que pertenece. Si es que acceden a una universidad que no les garantiza los estándares mínimos de calidad, entonces lo más probable es que en la etapa de ejercicio profesional consigan empleos que no retribuyen los recursos económicos y de otra índole invertidos durante el periodo de estudios.
22. Hasta el año 2012, casi la mitad de egresados universitarios se encontraba subempleado (47%).⁹ Al respecto, el Instituto Nacional de Estadística ha señalado que existe una relación directa entre la calidad de la educación universitaria y el riesgo a que los egresados califiquen dentro de la categoría de subempleado. En parte, la expansión de la oferta universitaria es mayor a la demanda del sector productivo en relación con las carreras que se encuentran “saturadas”:

[...] la menor calidad de la educación superior recibida ha contribuido a la creciente evolución del subempleo desde el año 2004. Siendo así, este fenómeno que se despliega en el mercado laboral habría sido originado, y en la actualidad es reforzado, en el mercado de educación superior. Los hechos estilizados distinguen que el crecimiento de la masa de profesionales que ingresa al mercado laboral es mayor al crecimiento de su demanda por parte del sector productivo.¹⁰

23. Como puede observarse, el estado de cosas inconstitucionales que atraviesa la educación universitaria permanece vigente en el ordenamiento peruano. Por ello, aunque el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la educación involucra la accesibilidad en un sentido material y económico, ello no obsta a

8 MINISTERIO DE EDUCACIÓN. *La Universidad en el Perú. Razones para una reforma universitaria*, Informe 2006, Lima, MINEDU, 2006, página 65.

9 YAMADA. Gustavo. Universidad del Pacífico. *XVIII Simposio Internacional de Responsabilidad Social Empresa Moderna*. 24 de octubre de 2013.

10 INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA. *Op. Cit.*, p. 63.

que el Estado pretenda garantizar el acceso mediante una mayor oferta con calidad educativa.

24. Por todo lo antes mencionado, la publicación de la Ley N.º 30220, más allá de cumplir la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional en el año 2009, genera, *per se*, cambios en la forma en que se comprendido la relación entre el Estado y la universidad, y a la vez impone un paradigma de articulación entre el Estado, la sociedad, el sector productivo y las universidades.
25. Además de la puesta en vigencia de la nueva ley universitaria, es necesario señalar que esta tiene entre sus principios la articulación de los fines de la educación universitaria con la pertinencia de las carreras universitarias. La implementación de la nueva ley y las exigencias que plantea respecto de la creación de nuevas universidades debe guiarse de forma transversal por el criterio relativo a las necesidades de la sociedad y el sector productivo, de modo que no se produzca una saturación de determinadas carreras. Precisamente, estas profesiones se ofrecen en su mayoría porque no requieren mayor inversión por parte de los sujetos de derecho privado que ejercen su derecho a la libre iniciativa privada en materia de educación universitaria.¹¹
26. En efecto, no debe perderse de vista el hecho de que la Universidad desempeña un papel fundamental para la sociedad. En el mundo actual es indispensable formar profesionales con conocimientos, habilidades que permitan cubrir las demandas de un mercado laboral cada vez más exigente, pero también que contribuyan a la creación de conocimiento, a la innovación, es decir, al desarrollo económico, social y cultural del país.
27. Asimismo, también es cierto que la enseñanza superior universitaria debe ser igualmente accesible a todos, ***sobre la base de la capacidad de cada uno***, conforme lo establecen el artículo de la Constitución, el artículo 13.3.c del Protocolo de San Salvador y el artículo 13.2.c del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Ello quiere decir que no necesariamente todos deben obtener un título de bachiller, sino que esto solo será posible si es que cuentan con las capacidades o habilidades que la carrera universitaria que han

11 La Primera Encuesta Nacional de la Juventud revela que en el grupo de jóvenes de 15 y 20 años que acude a la universidad, el 32,2% estudia o ha estudiado la carrera universitaria de derecho o de ciencias económicas y administrativas; seguido del 19,0% que estudia o ha estudiado para arquitecto, ingenieros o carreras afines; por último, el 15,2% estudia o ha estudiado la carrera de profesores (maestros y/o pedagogos). SECRETARÍA NACIONAL DE LA JUVENTUD. *Resultados finales de la primera encuesta nacional de la juventud*, Lima, 2012, p. 54.

elegido requiere. Así, no se trata de que un estudiante obtenga un grado de bachiller y una licenciatura, por el mero hecho de que ha pagado los créditos de la malla curricular o porque ello corresponde con el proyecto de vida que pretende forjar, y/o porque el nivel de exigencia de la universidad no cubre los estándares mínimos de calidad educativa.

28. De modo que el acceso a la educación superior sobre la base de las capacidades en realidad involucra que el Estado cuente con una verdadera política de calidad educativa transversal a todos los niveles de la educación. Así, el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo ha planteado que en el Perú es necesario impulsar una política orientada a fomentar *una educación básica de buena calidad que desarrolle las habilidades tanto cognitivas como socio-emocionales hasta la adolescencia. Así, un graduado de la secundaria equipado con estas habilidades genéricas puede aprovechar mejor las oportunidades de adquisición de habilidades técnicas y específicas (...)* ya sea que decida acceder a una formación y educación terciaria formal o trabajar.¹² Es necesario que se fortalezcan y/o adopten políticas para que la educación permita el desarrollo de habilidades de los peruanos y sea la piedra angular para alcanzar un crecimiento económico sostenido, así como la equidad social.
29. El Estado debe ofrecer o garantizar la existencia de alternativas que permitan que los jóvenes ingresen al mercado laboral habiendo pasado por un periodo de formación superior, que no necesariamente tiene que ser el universitario.
30. Pero incluso tomando en cuenta este hecho, lo cierto es que de acuerdo con la Primera Encuesta Nacional de la Juventud del año 2011, solo el 15.6% de los ocho millones de jóvenes peruanos había recibido educación universitaria, mientras que solo el 14.6% había recibido estudios técnicos.¹³ El resto de jóvenes no accedió a ningún tipo de formación posterior a la educación básica regular principalmente por razones económicas, por trabajo, entre otras. Ahora bien, en relación con este sector de la población que vive tanto en zonas urbanas como rurales, se hace necesario que el Estado tome decisiones que permitan que este grupo tenga la oportunidad de recibir una formación superior y que se pueda insertar rápidamente en el mercado laboral.

12 PROGRAMA DE NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO. *Perú en el umbral de una nueva era. Lecciones y desafíos para consolidar el crecimiento económico y un desarrollo más incluyente.* Tomo I, Lima, 2011, p. 2011.

13 SECRETARÍA NACIONAL DE LA JUVENTUD. *Op. Cit.*, p. 40.

31. Por ello, es necesario hacer una mención a la necesidad de que el Estado tome decisiones en torno a la educación superior no universitaria o de carácter técnico profesional.
32. En consecuencia, aunque no es objeto de esta demanda, se podría decir que, al igual que la educación universitaria, la educación de carácter técnico profesional también atraviesa por un estado de cosas inconstitucionales. En general, la educación superior (que comprende a la universitaria y no universitaria) atraviesa por esta situación que refleja un incumplimiento de los deberes del Estado de promover una educación de calidad. Al fin y al cabo, tal descripción de la realidad refleja la desigualdad y la discriminación que enfrentan los sectores más deprimidos de la población.
33. Esta afirmación se corrobora en el hecho de que el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo ha señalado la importancia de la educación en la promoción del desarrollo de los conocimientos y calificaciones que son determinantes de la empleabilidad en el mercado laboral. Sin embargo, también ha dado cuenta de las principales falencias del caso peruano que hacen que el promedio de los peruanos tenga un bajo rendimiento laboral y/o posea pocas calificaciones generales y específicas.¹⁴
34. En relación con la educación de carácter técnico es necesario que su cobertura se amplíe a los sectores rurales, ya que la mayor concentración se encuentra en las zonas urbanas y que la oferta de carreras técnicas sea pertinente en relación con el contexto y las necesidades del mercado, pero que a la vez se brinde la posibilidad al técnico profesional de lograr o alcanzar un título de bachiller en la universidad. Respecto de la educación universitaria ya se vienen dando los primeros pasos para una reforma que promueva su calidad y pertinencia. A su vez, sería importante que el Estado no solo genere nuevas oportunidades y una reforma de este ámbito de la educación terciaria, sino que también comunique y brinde mayor información a los jóvenes y sus familias para que tomen *mejores decisiones en cuanto al tipo de educación superior y la carrera específica escogida*.¹⁵

14 *Ibíd*em, p. 90.

15 YAMADA, Gustavo y María CÁRDENAS. «Educación superior en el Perú: rentabilidad incierta y poco conocida». En: *Economía y Sociedad*, N° 63, CIES, abril 2007, p. 61.

2.3. La obligación constitucional de que el Estado supervise estándares de calidad educativa

35. Frente al estado de cosas inconstitucionales que atraviesa la educación universitaria el Estado tiene la obligación de promover una educación de calidad con equidad. En efecto, tal como señala Fanelli, la masificación de la educación universitaria ha generado que en toda América Latina el Estado enfrente el reto de formar profesionales y científicos sin rebajar los niveles de calidad, y sobre todo buscando elevarlos, lo que es actualmente un desafío de alta complejidad en el contexto de organizaciones de gran tamaño y modesto presupuesto.¹⁶ De hecho, pese a que este es un tema de agenda de las políticas de educación superior en América Latina en general, no deja de ser relevante si se tiene en cuenta el proceso de globalización en el que el Perú se encuentra inmerso.
36. Así, se podría decir que uno de los retos de las universidades latinoamericanas y de la peruana en específico involucran que los Estados, frente al público estudiantil cada vez más heterogéneo en términos de su perfil socioeconómico, educativo y en aspiraciones académicas y laborales, asuman políticas orientadas a lograr que estos jóvenes accedan a una educación de calidad, y se gradúen, adquiriendo además los conocimientos y habilidades necesarias para desenvolverse con éxito en su campo académico y profesional.¹⁷
37. Un importante indicador de la calidad educativa es que los programas universitarios consigan como meta el desarrollo y adquisición de facultades necesarias para desenvolverse como profesionales en los diversos sectores de la sociedad.
38. Ahora bien, desde mi punto de vista la Ley N.º 30220 promueve e incrementa los estándares de calidad educativa, para lo cual ha establecido una serie de parámetros que se aplican desde el periodo o etapa de licenciamiento (artículos 27 y 28), a través de la promoción del proceso de acreditación (artículo 30), entre otros. En general, la Ley N.º 30220 apunta a que los pilares de un servicio educativo de calidad se sustenten en el perfil de los docentes, la infraestructura, el perfil y desempeño de los estudiantes y egresados de una universidad, los servicios de apoyo al estudiante, los mecanismos de proyección social, el propio diseño de los programas profesionales que se ofrecen. Al respecto, la Superintendencia

16 GARCÍA DE FANELLI, Ana María. “Rendimiento académico y abandono universitario: modelos resultados y alcances de la producción académica en Argentina”. *Revista Argentina de Educación Superior*, N.º 8, junio de 2014, p.11.

17 *Ibidem*.

Nacional de Educación Superior Universitaria ha señalado de manera expresa los alcances de cada uno de estos criterios:

- a. *Docentes*: un servicio de educación superior de calidad debe contar con académicos con vocación y dedicación docente, respaldados por grados académicos de prestigio, y por una demostrada observancia deontológica. La carrera académica se rige por la excelencia y la meritocracia que comprende la docencia y la investigación, confirmadas por una producción académica e intelectual de avanzada y reconocida por sus pares.
- b. *Estudiantes*: un servicio de educación superior de calidad debe contar con mecanismos de selección apropiados, garantizar la adecuada progresión en los estudios y aumentar las competencias profesionales de sus egresados. Su formación debiera permitirles ejercer la profesión que estudiaron y evolucionar en sus capacidades profesionales y humanas. Se espera a su vez que dichos estudiantes egresen con las competencias científicas y ciudadanas que el país requiere.
- c. *Disciplinas y programas profesionales*: un servicio de educación superior de calidad debe promover que tanto los currículos como los programas de enseñanza tengan objetivos claros, que se evalúen y renueven constantemente y que se adecúen a la demanda social. Los programas deben integrar la investigación y la docencia, promover la interdisciplinariedad, el uso de nuevas tecnologías, y la recuperación de los conocimientos no-occidentales, históricamente excluidos, a través de la promoción de la interculturalidad.
- d. *Infraestructura*: un servicio universitario de calidad debe contar con recursos idóneos para la formación e investigación; como aulas adecuadamente implementadas, bibliotecas y bases de datos de recursos de información, laboratorios y equipos actualizados y renovados permanentemente.
- e. *Servicios de apoyo*: un servicio universitario de calidad debe ofrecer programas de apoyo a estudiantes de menores recursos a través de becas, servicio médico y apoyo para alimentación.
- f. *Extensión y proyección social*: un servicio universitario de calidad debe ofrecer clínicas (jurídicas, médicas, psicológicas y otras), servicios de proyección social, educación continua, y debe vincularse con la sociedad en general y la comunidad de su entorno.¹⁸

18 SUNEDU. *Lineamientos de Política para el Aseguramiento de la Calidad en la Educación Superior Universitaria: aportes y recomendaciones*, junio de 2015. Disponible en: www.minedu.gob.pe/minedu/archivos/lineamientos_politica.pdf, revisado el 01 de setiembre de 2015.

39. A su vez, el proceso de acreditación de la calidad de la educación universitaria, debe comprenderse como un proceso multifactorial que es llevado a cabo por una agencia externa a las instituciones de educación superior. La acreditación da fe pública de la calidad educativa. Si bien es cierto el artículo 30 de la Ley N.º 30220 establece que el proceso de acreditación es voluntario también es verdad que dicha norma promueve e incentiva que las universidades se sometan a un tipo de evaluación que acredite la calidad académica. En efecto, la Duodécima Disposición Complementaria Transitoria se ha señalado que a partir del segundo año de vigencia de la Ley que reorganiza el Sistema Nacional de Evaluación, Acreditación y Certificación de la Calidad Educativa (SINEACE), solo las entidades o programas de posgrado acreditados podrán otorgar doctorados a nombre de la Nación.
40. La reforma de la educación universitaria solo se puede asegurar mediante la institucionalización de la autoevaluación, evaluación externa y acreditación de las carreras universitarias. Al respecto, en el ordenamiento peruano SUNEDU ha hecho referencia al hecho de que el propósito de la Ley N.º 30220 promueve un proceso de acreditación que se guía por el principio de transparencia, de responsabilidad, de eficacia y eficiencia, entre otros. En concreto, la transparencia del proceso y de los resultados del proceso de acreditación son esenciales para que la población en general tenga acceso a la información necesaria en torno a la calidad de las universidades que brindan un servicio público de carácter esencial.
41. Por todo lo antes planteado, considero que la Ley N.º 30220 es constitucional, ya que sienta las bases para el cumplimiento de los deberes y preceptos que la Constitución impone.

2.4. Cumplimiento de la Ley N.º 30220 por parte de las universidades públicas y privadas

42. A la fecha de la emisión de esta demanda, existen diversos casos que demuestran que diversas autoridades públicas se encuentran incumpliendo con los alcances de la Ley N.º 30220. De acuerdo con la información brindada por la SUNEDU, Comunicado N.º 001-2015-SUNEDU/CD, solo 6 de las 31 universidades públicas han aprobado nuevos estatutos y elegido nuevos rectores y vicerrectores, quedando pendiente la elección de sus nuevos decanos. Igualmente, la SUNEDU ha señalado que las 25 universidades públicas restantes han iniciado el proceso de aprobación de nuevos estatutos y elección de nuevas autoridades, pero que sus avances son insuficientes.
43. El incumplimiento de lo previsto en la Ley N.º 30220, es en parte, consecuencia de la oposición a la Ley en mención, por un mal entendimiento del

concepto de autonomía universitaria, lo cual ha generado hechos condenables como el del recorte de servicios básicos y el cierre de facultades durante el proceso de elecciones estudiantiles, o la simple omisión en la conformación de una asamblea estatutaria, entre otras obligaciones que prevé la nueva ley universitaria.¹⁹

44. Al respecto, cabe recordar que de acuerdo con el artículo 109 de la Constitución, la ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria que posterga su vigencia en todo o en parte. En el caso de la Ley N.º 30220 esta empezó a regir desde el día siguiente de su publicación, por ello, luego de que ha transcurrido más de un año de su fecha de publicación se hace urgente que se tomen medidas al respecto.
45. Es importante destacar que no es posible que las actuales autoridades (de las universidades que aún no se adecuan a lo previsto en la Ley) pretendan hacer prevalecer la elección en los cargos de dirección de la universidad que tuvo lugar al amparo de una norma ya derogada, pues el artículo 103 de la Constitución, establece que las leyes se aplican a toda situación jurídica al momento de su entrada en vigor. En ese sentido, sería contrario a la Constitución apelar a la teoría de los derechos adquiridos para incumplir con lo previsto en la Ley.
46. En el supuesto de que luego del plazo previsto para la adecuación a lo dispuesto por la Ley N.º 30220, se siga incumpliendo con la Ley, nos encontraríamos ante una infracción que debería ser sancionada por SUNEDU y los órganos judiciales respectivos. Por ello, considero urgente que el Ministerio de Educación identifique las responsabilidades administrativas, civiles y penales que correspondan a las autoridades universitarias. Solo de esta manera, se hará posible que la Ley N.º 30220 sea eficaz en los hechos y que el estado de cosas inconstitucionales que atraviesa la universidad peruana empiece a revertirse.
47. Igualmente, aquellos jueces que vienen conociendo las demandas de amparo interpuestas contra los efectos de la Ley N.º 30220 tienen la obligación de aplicar los alcances de la presente sentencia, de modo que no pueden inaplicarla ni reinterpretar sus alcances en un sentido distinto a lo previsto en la presente sentencia, de lo contrario incumplirán con lo establecido por la Constitución y el Código Procesal Constitucional (artículo VI), respecto de los efectos generales una sentencia de inconstitucionalidad. Por dicho motivo, constituye un imposible jurí-

19 DIARIO LA REPÚBLICA. *San Marcos: acusan a rector de boicotear elección de representantes estudiantiles*, 08 de julio de 2015.

dico ordenar la reposición de la extinta Asamblea Nacional de Rectores luego de la entrada en vigencia de la Ley N.º 30220.

48. Asimismo, considero que es necesario que la Contraloría General de la República, en tanto órgano superior del Sistema Nacional de Control (artículo 82 de la Constitución de 1993), a llevar a cabo acciones de control en las universidades nacionales que sean necesarias, con el fin de conocer de los actos y resultados de la gestión de estas entidades públicas, en atención al grado de eficiencia, eficacia, transparencia y economía en el uso y destino de los recursos y bienes del Estado.
49. Finalmente, más allá de mi discrepancia con algunos de los fundamentos y puntos resolutivos de la sentencia del Tribunal Constitucional, estimo que en general, dicha sentencia, que constitucionaliza la Ley N.º 30220, pone fin a todo tipo de cuestionamientos, por lo que una vez publicada, tal como ya lo he mencionado, debe generar inmediatamente la identificación de las responsabilidades administrativas, civiles y penales de todas aquellas personas, principalmente autoridades, que se resistan al cumplimiento de dicha ley.

S.

LEDESMA NARVÁEZ

EXPEDIENTES 0014-2014-PI/TC, 0016-2014-PI/TC, 0019-2014-PI/TC y 0007-2015-PI/TC (ACUMULADOS)
CLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA Y OTROS

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO MIRANDA CANALES

Con el debido respeto por mis colegas debo emitir el presente voto singular en virtud de que, al momento de la votación, el suscrito, junto con los magistrados Blume, Ramos y Espinosa-Saldaña, votamos en contra de lo propuesto en el proyecto firmado en mayoría respecto de lo referido a la edad máxima para ejercer la docencia. Conforme a ello, procedo a emitir el presente voto singular respecto del extremo referido al cuarto párrafo del artículo 84 de la ley que es objeto de demanda, por lo que considero que este extremo debe ser declarado **FUNDADO**, conforme paso a exponer:

570

1. El artículo 84 de la Ley N° 30220, en su cuarto párrafo, establece la jubilación de los docentes universitarios a los 70 años. A su vez, permite el ejercicio de la docencia universitaria a quienes, superando dicha edad, tengan la condición de docentes extraordinarios:

“La edad máxima para el ejercicio de la docencia en la universidad pública es setenta años. Pasada esta edad solo podrán ejercer la docencia bajo la condición de docentes extraordinarios y no podrán ocupar cargo administrativo”.

2. La condición de docentes extraordinarios se encuentra definida en el inciso segundo del artículo 80 de la misma ley, que establece que tienen tal condición los profesores “...eméritos, honorarios y similares dignidades que señale cada universidad, que no podrán superar el 10% del número total de docentes que dictan en el respectivo semestre”.
3. Como se desprende de las citadas disposiciones, la ley universitaria restringe la participación de los profesores universitarios de más de 70 años.
4. Al respecto, considero que si bien esta limitación persigue una finalidad constitucionalmente legítima, esto es, mejorar la calidad de la educación, lo cierto es que la edad, por sí misma, no constituye el único criterio adecuado para evaluar

el rendimiento de un docente universitario, puesto que la calidad de la enseñanza no necesariamente, está relacionada con la edad del docente. En efecto, ningún profesor universitario es bueno o malo por la edad que tenga sino por una serie de factores como son los grados académicos obtenidos, la actividad investigadora desarrollada a lo largo de su carrera, sus publicaciones, entre otros.

5. Además, la propia ley prevé de otros mecanismos destinados a asegurar la calidad de los docentes, que resultan mucho más adecuados para tal fin, y que no toman en cuenta la edad como parámetro. Así, el propio artículo 84 de la ley prevé en su primer párrafo que los docentes serán sometidos a un proceso de ratificación periódico cada 3, 5 o 7 años, dependiendo de si se trata de profesores auxiliares, asociados, y principales, respectivamente.
6. De este modo, ante la existencia de otros mecanismos –ya previstos en la propia ley- que resultan más adecuados para evaluar el desempeño profesional de los docentes universitarios, y que a su vez son menos restrictivos del derecho al trabajo que a limitación por edad, determina la inconstitucionalidad del cuarto párrafo del artículo 84 de la Ley Universitaria.

Por lo expuesto, mi voto es porque se declare **FUNDADA** en parte la demanda y, en consecuencia, **INCONSTITUCIONAL** el cuarto párrafo del artículo 84 de la Ley N° 30220.

571

SR.

MIRANDA CANALES

EXPEDIENTES N° 0014-2014-PI/TC, N° 0016-2014-PI/TC, N° 0019-2014-PI/TC Y N° 0007-2015-PI/TC

**VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO ERNESTO
BLUME FORTINI, EMITIDO EN LOS PROCESOS DE
INCONSTITUCIONALIDAD PROMOVIDOS CONTRA LA
LEY 30220, LEY UNIVERSITARIA, OPINANDO POR SU
INCONSTITUCIONALIDAD**

Con el debido respeto a mis distinguidos colegas Magistrados, discrepo de la sentencia emitida en mayoría, mediante la cual se declaran infundadas las demandas de inconstitucionalidad materia de los procesos acumulados, interpuestas contra la Ley 30220, Ley Universitaria, y se formula interpretación de la Disposición Complementaria Transitoria Tercera de dicha ley; por cuanto, a mi juicio, tales demandas deben declararse fundadas, en lo esencial, en razón que la Ley 30220 transgrede los contenidos normativos, de, entre otros, el artículo 2°, incisos 2 (derecho de igualdad ante la ley y prohibición de discriminación), 13 (derecho de libre asociación), 14 (derecho a contratar), 15 (derecho al trabajo y al ejercicio de la profesión) y 16 (derecho a la propiedad); el artículo 17° (derecho a participar en la oferta educativa) y el artículo 18° (garantía institucional de la autonomía universitaria) de la Constitución Política del Perú, así como las reglas y principios del sistema económico constitucionalizado, consagrado en el Título III de la misma Norma Suprema, bajo el rótulo de Régimen Económico.

572

La fundamentación del presente voto singular se efectuará de acuerdo al siguiente esquema:

1. Precisiones previas.
2. El proceso de inconstitucionalidad.
3. La constitucionalidad.
4. Conceptuación de la figura del análisis de constitucionalidad.
5. La relación de normas impugnadas.
6. Los ejes temáticos comprendidos en las normas impugnadas.
7. La autonomía universitaria.

8. La Superintendencia Nacional de Educación Superior Universitaria (SUNEDU).
9. El requisito de la edad.
10. El requisito de licenciatura para la enseñanza en pregrado.
11. Mi posición puntual respecto a algunas de las normas impugnadas.
12. El sentido de mi voto.

A continuación desarrollo dicho esquema, siguiendo la misma numeración temática:

Precisiones previas.

Antes de desarrollar las razones que fundamentan la posición que asumo en el presente voto singular, respondiendo al dictado de mi conciencia, debo formular las siguientes precisiones previas, que explican desde mi punto de vista, en gran medida, la posición contenida en la sentencia de mayoría:

- 1.1 En primer lugar, dejar constancia que observo con preocupación que en numerosos casos que hemos resuelto y en los cuales he tenido una posición discrepante, se han presentado dos situaciones que, a mi parecer, no se condicen con la impartición de una Justicia Constitucional garantista y finalista, que es la que debe llevar a cabo nuestro Tribunal Constitucional.

573

Tales situaciones, que percibo distorsionantes de la más alta judicatura constitucional nacional, las describo así:

- Primera distorsión: variación del eje de preocupación que corresponde asumir al Juez Constitucional cuando resuelve una controversia constitucional; y
 - Segunda distorsión: variación del ángulo de observación desde el que el Juez Constitucional debe analizar la problemática materia de examen en el proceso constitucional en que intervenga.
- 1.2 La primera situación de distorsión consiste en que, en muchos casos, el eje de preocupación no ha sido garantizar la vigencia efectiva del derecho fundamental que se invoca en la demanda como amenazado o violado -cuando se trata de los procesos de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento- o garantizar la primacía de la Constitución que se alega afectada por infracciones normativas infraconstitucionales o por violaciones al cuadro de asignación competencial establecido por el Legislador Constituyente -cuando se trata de los procesos de inconstitucionalidad o competencial-; sino que han sido otros ejes, tales como,

por ejemplo, el equilibrio presupuestal, el ordenamiento en la contratación pública, la lucha anticorrupción, los alcances mediáticos de la decisión o los efectos producidos en el terreno fáctico, entre otros, los cuales si bien son importantes, no deben constituirse en la preocupación primordial del Juez Constitucional y, menos aún, determinante para orientar su veredicto, ya que en puridad escapan a sus competencias y distraen, obstaculizan y distorsionan el enfoque que le corresponde asumir en armonía con los fines esenciales de los procesos constitucionales regulados en los artículos 200° y 202° de la Carta Fundamental de la República; fines que, con claridad y contundencia, desarrolla el artículo 2° del Código Procesal Constitucional en los términos siguientes: “Son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales.”

- 574
- 1.3 La segunda situación de distorsión consiste en que el ángulo de observación no se ha dado a partir de la Constitución y de los valores, principios, instituciones, derechos, normas y demás aspectos que ella encierra -es decir, de la voluntad y expresión normativa del Poder Constituyente-, lo cual significa que el Juez Constitucional, asido (léase cogido o sostenido) de un enfoque constitucionalizado y recogiendo el telos constitucional -la inspiración, la filosofía, la lógica y la racionalidad del Constituyente- debe realizar el análisis de la materia controvertida, para lograr los acotados fines esenciales de los procesos constitucionales -garantizar la primacía normativa de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales-, a través de un accionar consecuente con el carácter de supremo intérprete de la Constitución y de toda la normativa conformante del sistema jurídico nacional, que detenta el colegiado que integra; sino que, por el contrario, el ángulo de observación se ha dado básicamente a partir de la ley -es decir, de la voluntad y expresión normativa del Poder Constituido-.
- 1.4 Esta segunda distorsión conlleva, lamentablemente, que el Poder Constituido termine primando sobre el Poder Constituyente y que el Tribunal Constitucional, que es el órgano autónomo e independiente encargado de la defensa de la Constitución, de la expresión normativa del Poder Constituyente, termine defendiendo al Poder Constituido y desnaturalizando su función con una visión llanamente legalista y huérfana de un enfoque constitucional. Y, en otros casos, inspirada en enfoques, inquietudes o dimensiones ajenos a lo estrictamente constitucional.

2. El proceso de inconstitucionalidad.

Efectuadas las precisiones previas que anteceden, a continuación y a manera de enmarque doctrinario que permita fijar adecuadamente la posición que corresponde asumir a la Judicatura Constitucional al intervenir en un proceso de inconstitucional-

lidad, considero necesario hacer una breve referencia a dicho proceso y a los conceptos de constitucionalidad y de análisis de constitucionalidad; este último en cuanto instrumento básico para determinar la presencia o no de infracción constitucional.

- 2.1 El Proceso Inconstitucionalidad o, más propiamente denominado Proceso Directo de Control Concentrado de la Constitucionalidad, es el proceso paradigma entre los procesos de control de la constitucionalidad en tanto constituye la canalización de la fórmula de heterocomposición más completa y eficaz para anular la normativa infraconstitucional afectada de alguna causal de inconstitucionalidad. Es decir, la normativa incursa en infracción constitucional. Sea esta infracción de forma, de fondo, directa, indirecta, parcial o total, y, en consecuencia, incompatible con la Constitución. Es un proceso de aseguramiento de la primacía de la Constitución, en cuanto norma suprema y expresión de la voluntad normativa del Poder Constituyente.
- 2.2 De acuerdo al diseño procedimental ideado por Hans Kelsen, el Proceso Directo de Control Concentrado de la Constitucionalidad tiene como características principales el ser un proceso constitucional de instancia única, de carácter cognoscitivo, de enjuiciamiento de la producción normativa del legislador infraconstitucional de primer rango y de carácter hiperpúblico; que, por consiguiente, escapa a las clasificaciones conocidas y se yergue como un proceso especialísimo, atípico y *sui generis*.
- 2.3 Así, es especialísimo, por cuanto es un proceso ad hoc y único para el control concentrado de la constitucionalidad, como corresponde a la materia de hiperinterés público que a través de él se controvierte y que canaliza una fórmula de heterocomposición peculiar, frente a un conflicto también peculiar y de marcado interés público, nacido a raíz del cuestionamiento de una norma imputada de inconstitucionalidad. Atípico, en razón de que no se encuadra dentro de la clásica tipología de procesos consagrados en el Derecho Procesal y, además, diferente a los otros procesos constitucionales. *Sui generis*, en razón que combina el interés de la parte accionante con un interés de carácter general, consistente en la fiscalización de la producción normativa infraconstitucional de primer rango para asegurar la supremacía normativa de la Constitución.
- 2.4 El objeto del Proceso Directo del Control Concentrado de la Constitucionalidad es una pretensión procesal de constitucionalidad; esto es, la solicitud de verificar la constitucionalidad de una norma imputada de inconstitucionalidad. Así, esta petición centra la actividad del Tribunal Constitucional en un juicio de constitucionalidad, de tal forma que la cuestionada inconstitucionalidad de la norma recurrida se convierte en requisito procesal de admisibilidad del recurso y

cuestión de inconstitucionalidad, y configura lógicamente la cuestión de fondo del proceso que no puede entenderse resuelto con una decisión sobre el fondo más que cuando el Tribunal dilucida la constitucionalidad, o no, de la norma en cuestión.

- 2.5 Por consiguiente, debe quedar aclarado que en el Proceso de Inconstitucionalidad el tema de fondo es determinar si la disposición imputada de inconstitucionalidad infringe o no la normativa constitucional. Es decir, si es compatible con la parte dispositiva propiamente dicha de ella y, además, con los principios, valores, institutos, derechos y demás aspectos que le son inherentes.

3. La constitucionalidad.

En esa línea, lo que debe determinarse es si la disposición infraconstitucional cuestionada está impregnada o no de constitucionalidad, por lo que resulta necesario formular su conceptualización.

Al respecto, afirmo que la constitucionalidad es un vínculo de armonía y concordancia plena entre la Constitución y las demás normas que conforman el sistema jurídico que aquella diseña; tanto en cuanto al fondo como a la forma. Es una suerte de cordón umbilical que conecta o une los postulados constitucionales con sus respectivos correlatos normativos, en sus diversos niveles de especificidad; siendo consustancial al proceso de implementación constitucional e imprescindible para la compatibilidad y coherencia del sistema jurídico

576

4. Conceptuación de la figura del análisis de constitucionalidad.

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

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

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

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

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

5. La relación de normas impugnadas.

Ingresando propiamente al análisis de constitucionalidad de la Ley 30220, en primer término referiré las normas impugnadas, para, a continuación detallar los ejes temáticos y las inconstitucionales incurridas.

Ahora bien, de los cuatro procesos de inconstitucionalidad acumulados, correspondientes a los Expedientes Nos. 0014-2014-PI/TC, 0016-2014-PI/TC, 0019-2014-PI/TC Y 0007-2015-PI/TC, se desprende que han sido impugnadas las siguientes disposiciones de la Ley 30220, Ley Universitaria, promulgada el 8 de julio de 2014 y publicada en el Diario Oficial El Peruano el 9 de julio de 2014: el artículo 1° (objeto de la Ley), el artículo 8° (autonomía universitaria), el artículo 9° (responsabilidad de las autoridades), el artículo 11° (transparencia de las universidades), el artículo 12° (creación), el artículo 13° (finalidad), el artículo 14° (ámbito de competencia), el artículo 15° (funciones generales de la SUNEDU), el artículo 16 (estructura orgánica), el artículo 17° (consejo directivo), el artículo 19° (funciones del Consejo Directivo), el artículo 20° (Superintendente de la SUNEDU), el artículo 21° (infracciones y sanciones), el artículo 22° (carácter de autoridad central), el artículo 23° (mecanismos de articulación y coordinación), el artículo 27° (requisitos para la creación de universidades), el artículo 28° (licenciamiento de universidades), el artículo 35° (creación de facultades y escuelas profesionales), el artículo 56° (asamblea universitaria), el artículo 57° (atribuciones de la asamblea universitaria), el artículo 59° (atribuciones del consejo universitario), el artículo 78° (remuneraciones y dietas), el artículo 84° (periodo de evaluación para el nombramiento y cese de los profesores ordinarios), el artículo 109° (calidad del ejercicio profesional), el artículo 115° (definición), el artículo 116° (bienes y beneficios), el artículo 120° (programas de reinversión), el artículo 121° (facultades y prohibición de cambio de personería jurídica), la Primera Disposición Complementaria Transitoria (proceso de adecuación del gobierno de la universidad pública), la Segunda Disposición Complementaria Transitoria (proceso de adecua-

ción del Estatuto de la universidad privada), la Tercera Disposición Complementaria Transitoria (plazo de adecuación de docentes de la universidad pública y privada), la Cuarta Disposición Complementaria Transitoria (comisión organizadora), la Décima Primera Disposición Complementaria Transitoria (implementación progresiva), la Sexta Disposición Complementaria Final (universidades católicas aprobadas en el Perú) y la Disposición Complementaria Derogatoria Única.

6. Los ejes temáticos comprendidos en las normas impugnadas.

No obstante las numerosas disposiciones impugnadas, son cuatro los ejes temáticos que éstas engloban:

- a) La autonomía universitaria;
- b) Las competencias de la Superintendencia Nacional de Educación Superior (SUNEDU);
- c) El requisito de la edad máxima para la docencia universitaria; y
- d) El requisito del grado de maestro para la enseñanza en pregrado.

7. La autonomía universitaria.

579

7.1 El artículo 18° de la Constitución Política del Perú, al normar sobre la educación universitaria, preceptúa literalmente:

“La educación universitaria tiene como fines la formación profesional, la difusión cultural, la creación intelectual y artística y la investigación científica y tecnológica. El Estado garantiza la libertad de cátedra y rechaza la intolerancia.

Las universidades son promovidas por entidades privadas o públicas. La ley fija las condiciones para autorizar su funcionamiento.

La universidad es la comunidad de profesores, alumnos y graduados. Participan en ella los representantes de los promotores, de acuerdo a ley.

Cada universidad es autónoma en su régimen normativo, de gobierno, académico, administrativo y económico. Las universidades se rigen por sus propios estatutos en el marco de la Constitución y de las leyes.”

7.2 Como se desprende claramente del texto constitucional transcrito, la autonomía está consagrada expresamente como una indiscutible garantía institucional, que el Tribunal Constitucional está obligado a preservar y el Poder Legislativo a respetar. La figura de la garantía institucional, por otra parte, implica una cualidad intrínseca en el reconocimiento y funcionamiento de determinadas entidades a la

par que un límite obligado en el ejercicio de toda potestad legislativa. Como tal implica facultad de autodeterminación institucional y protección frente a todo intento de injerencia no permitida por la Constitución.

- 7.3 En el caso específico de la universidad, y por lo que respecta a lo establecido en el precitado artículo 18° de nuestra Norma Fundamental, la garantía de la autonomía aparece como un postulado incuestionable cuyos alcances se proyectan principalmente (aunque no exclusivamente) en el escenario de cinco ámbitos esenciales: el normativo, el de gobierno, el académico, el administrativo y el económico. En cada uno de estos últimos supone, como es obvio, la capacidad de toda universidad, para decidir lo más conveniente a sus propios objetivos, siempre que tal toma de decisiones opere dentro del marco de los principios y valores del Estado Constitucional.
- 7.4 Decir esto último es sumamente importante, pues aunque el reconocimiento de la autonomía y su necesaria protección resulta elemento esencial del engranaje constitucional, ello no supone tampoco la asunción de posiciones de suyo maximalistas o que desnaturalicen su verdadero sentido.
- 7.5 En el contexto descrito y cuando la Constitución reconoce la autonomía como garantía institucional de las universidades, ciertamente no está creando un régimen jurídico fuera del Estado, pero si reconociendo que desde el punto de vista de lo que representa la institución universitaria, le asiste plena capacidad para organizarse, gestionarse y darse sus respectivas normas conforme a sus propios lineamientos o elementos de discernimiento.
- 7.6 Evidentemente la autonomía no significa desconocer el marco de garantías, ni menos el de derechos fundamentales, pero si presupone que lo que le es intrínseco a la universidad, a partir de su creación y funcionamiento, cuya autorización debe establecer la ley por mandato del mismo artículo 18° de la Carta Constitucional de la República, esté librado al ámbito de sus propias decisiones; debiendo ser las reglas establecidas en el régimen económico constitucional, las que determinen su desarrollo, en base a su calidad, eficiencia y diligencia, en armonía con una economía social de mercado y los principios generales de tal régimen, tales como libre iniciativa, rol económico del sector público y del sector privado, pluralismo económico, libre competencia y libertad de contratar, entre otros, recogidos en los artículos 58°, 59°, 60°, 61° y 62°, respectivamente, de la misma Constitución. Asumir una posición contraria supone desconocer la garantía institucional universitaria recogida por el Legislador Constituyente Peruano y los principios, así como reglas del sistema económico constitucionalizado, condenando a la universidad a la absoluta dependencia de cuanto imponga el Estado.

7.7 En este sentido, un análisis riguroso sobre el estatus que la Constitución propugna para la institución universitaria de cara a lo que representa la autonomía impone pues considerar, como lo establece expresamente la parte final del segundo párrafo del artículo 18° de Norma Suprema, que la intervención del Estado, se concretiza en el establecimiento de condiciones para proceder a su creación, las mismas que como es bien sabido, son determinadas por la ley. Sin embargo, aceptada su existencia, queda claro que su funcionamiento solo habrá de operar con sujeción a sus propias decisiones y a la regulación interna libremente adoptada por vía de sus estatutos, en el marco de la Constitución y de las leyes.

8. La Superintendencia Nacional de Educación Superior Universitaria (SUNEDU).

8.1 A la luz del instituto constitucional de la autonomía universitaria y de los principios y valores constitucionales, así como del sistema económico constitucionalizado, la incorporación de una Superintendencia Nacional de Educación Superior Universitaria solo tendría sentido si la misma constriñe su accionar a lo dispuesto en la última parte del segundo párrafo del artículo 18° de la Constitución, que preceptúa “La ley fija las condiciones para autorizar su funcionamiento.”, refiriéndose a los requisitos que deben exigirse y garantizarse, a los efectos de autorizar la creación y el funcionamiento de instituciones universitarias.

581

8.2 En tal sentido, una superintendencia en materia universitaria no debe ser diseñada bajo la inspiración de un modelo paternalista, controlista, intervencionista y burocrático que entiende que el Estado debe controlarlo todo y que las personas son incapaces de administrarse adecuadamente por sí mismas, como la que encierra la Ley 30220, Ley Universitaria. Tal toma de posición revela una filosofía inconstitucional, que apuesta por la desconfianza en la persona y en su libertad, en abierta pugna con la posición humanista y que opta por reevaluar al ser humano y no devaluarlo, que inspira y está consagrada en la Carta Magna y recogida en el catálogo de derechos fundamentales que contiene el artículo 2° de la misma. En tal sentido, hay en toda esta ley una notoria inconstitucionalidad por la lógica y la racionalidad que subyace en ella, y que la convierte en una normativa inconstitucional en su conjunto.

9. El requisito de la edad.

9.1 Ya en anterior oportunidad (mi voto singular en el Expediente N° 0021-2012-PI/TC) me he pronunciado en el sentido de cuestionar aquellas normas que establecen requisitos para el ejercicio docente en función de la edad.

9.2 Dije al respecto que el obligar a que un docente se retire únicamente en función de la edad que tiene constituye un despropósito y sobre todo un acto contrario a lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 2° de la Constitución, que recoge como uno de los derechos fundamentales el de la igualdad y prohíbe la discriminación por motivos de toda índole, preceptuando que toda persona tiene derecho:

“A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.”

9.3 Debe recordarse al respecto que la docencia no es una actividad en la que se prioriza la condición física óptima, sino más bien las condiciones mentales y la capacidad intelectual, habida cuenta que son estas últimas las que permiten una adecuada trasmisión de los contenidos de las diversas asignaturas que se imparten en el proceso de aprendizaje; en este caso universitario o superior.

9.4 En la historia nacional y universal, se evidencia de manera inobjetable que muchas personas con edad longeva han estado muy por encima de las expectativas intelectuales que de ellas se esperaba, y que de haberse prescindido de su participación en los quehaceres o responsabilidades que en su momento se les encomendaron, se hubiera privado a sus sociedades de una estupenda oportunidad de servicio plenamente acreditada en los hechos.

582

9.5 Por ello, pretender que el correcto aprendizaje en el ámbito universitario se garantiza *per se* porque un docente tiene menos de la edad que la prevista por la norma impugnada, es partir de una presunción que admite prueba en contrario, pues no existe dato objetivo alguno que demuestre que porque un profesor tiene menos edad que otro, el proceso de enseñanza resulte más óptimo. Al contrario de ello, la experiencia ganada con los años acrecienta las posibilidades de una mejor aptitud docente y de una mejor calidad del proceso de aprendizaje y de la trasmisión de conocimientos.

10. El requisito de grado de magister para la enseñanza en pregrado.

Desde mi punto de vista, no es constitucional exigir que para la enseñanza universitaria en nivel de pregrado, deba ostentarse el grado de Magister o el de Doctor, porque ello atenta contra lo establecido en el artículo 2°, incisos 2 (derecho de igualdad ante la ley y prohibición de discriminación), 14 (derecho a contratar), 15 (derecho al trabajo y al ejercicio de la profesión) y en el artículo 17° (derecho a participar en la oferta educativa), entre otros, de quien ha obtenido el título profesional correspondiente, ya que es evidente que en dicha condición ha adquirido el derecho de ejercer libremente su profesión, entre cuyas dimensiones se encuentra también la docencia, en el ámbito de su profesión.

11. Mi posición puntual respecto a algunas de las normas impugnadas.

Considero que la sentencia en mayoría asume una postura equivocada en relación a las diversas normas que han sido materia de cuestionamiento.

En tal sentido, y sin perjuicio de la orientación inconstitucional que claramente advierto de su contenido y que aquí declaro, siguiendo el orden temático que he enunciado en el presente voto singular, procedo a una referencia puntual a algunas de las normas cuestionadas:

Sobre la autonomía Universitaria:

- 11.1 De los extremos planteados en las demandas de inconstitucionalidad como contrarios a lo establecido en la Constitución, estoy convencido que el más sensible de todos tiene que ver el tema de la autonomía y sus implicancias en el ámbito de la institución universitaria.
- 11.2 En este contexto, considero que la previsión contenida en el artículo 1º de la Ley 30220, cuyo texto establece que el objeto de la misma, es normar la creación, funcionamiento, supervisión y cierre de las universidades, resulta abiertamente contrario a la garantía institucional de la autonomía, habida cuenta que permite una intervención desproporcionada del Estado mas allá de lo que representa la legítima facultad de crear universidades por conducto legal y garantizar su funcionamiento conforme a sus estatutos.
- 11.3 Si evidentemente y como lo dice la citada norma, se pueden supervisar e incluso cerrar universidades conforme a los parámetros en ella establecidos, el concepto de autonomía resulta virtualmente desvirtuado, cediendo paso a una concepción en la que a nombre de lo que disponga la ley, todo el funcionamiento universitario queda abiertamente condicionado. En adelante, la universidad no es pues una institución que nace de la ley y adquiere estatus de autonomía en lo sucesivo, sino una simple dependencia del Estado direccionada con sujeción a lo que este o sus autoridades determinen.
- 11.4 Esta idea, como veremos más adelante se acentúa con el tipo de potestades reconocidas a la SUNEDU.
- 11.5 Considero asimismo que la Disposición Complementaria Transitoria Primera, referida al proceso de adecuación del gobierno en el ámbito de las universidades públicas, resulta igualmente contraria a la garantía institucional de la autonomía universitaria, al establecer en los hechos un cese automático de todas las autoridades que venían ejerciendo sus mandatos conforme a una regulación anterior y a unos periodos de tiempo establecidos expresamente conforme a las mismas.

11.6 Estimo por último, y dentro de este acápite, que la Disposición Complementaria Transitoria Tercera referida al plazo de adecuación de los docentes universitarios a la ley, resulta inconstitucional al establecer un periodo tan breve e irrazonable (cinco años) sin tomar en cuenta las realidades específicas de cada universidad en lo concerniente a los grados académicos que ostenta cada docente en particular.

Sobre la Superintendencia Nacional de Educación Universitaria (SUNEDU):

11.7 Considero que el artículo 9º de la norma objeto de impugnación, referido a la responsabilidad de las autoridades, resulta especialmente objetable en lo concerniente a los alcances de las recomendaciones que emite la SUNEDU.

11.8 Desde mi punto de vista, el hecho de establecer que las mismas “pueden” servir de base para la determinación de responsabilidades por parte de las autoridades universitarias, resulta abiertamente inconstitucional, tanto desde la perspectiva de la autonomía universitaria, como desde lo que representa el principio de interdicción de la arbitrariedad.

11.9 Sostener que el término “puede” supone una posibilidad, no puede servir de argumento, como lo sostiene la sentencia de mayoría, para pretender convalidar dicha facultad, pues el dejar abierta dicha opción, puede generar un innumerable repertorio de supuestos donde a nombre de lo que llegue a establecer la SUNEDU se pueda iniciar un proceso sancionador o, peor aún, sancionar a una autoridad universitaria.

11.10 Considero, igualmente, que el artículo 13º de la ley impugnada es especialmente inconstitucional, al establecer entre las finalidades que tiene la SUNEDU, a) la de supervisar la calidad del servicio educativo universitario, así como de fiscalizar si los recursos públicos y los beneficios otorgados por el marco legal a las universidades, han sido destinados a fines educativos y al mejoramiento de la calidad; b) la de establecer un licenciamiento temporal y renovable a las universidades con una vigencia mínima de 6 (seis) años.

11.11 Ya he puntualizado y ahora lo reitero, que el Estado, de acuerdo con lo establecido en el artículo 18º de la Constitución, se limita a crear las universidades por conducto de la ley, dejando en adelante que su funcionamiento opere con sujeción a lo establecido en sus estatutos y al marco de autonomía de la que goza. Pretender una fiscalización *a posteriori* o, peor aún, limitar la autorización a un régimen temporal, es abiertamente contrario al régimen de autonomía del que ya he hablado.

- 11.12 Estimo que el artículo 21° de la norma impugnada, referido a las infracciones y sanciones que aplica la SUNEDU, deviene en igualmente inconstitucional al pretender que vía decreto supremo (es decir, a través de una norma de rango inferior a la ley) se puede delimitar el régimen de medidas sancionadoras contra las autoridades universitarias, desconociendo los alcances elementales del principio de legalidad.
- 11.13 Describir lo que constituye una conducta pasible de procesamiento y sanción en el ámbito administrativo, no es algo que pueda depender de un simple reglamento, sino que requiere garantías elementales de discernimiento y razonabilidad acordes con las consecuencias que todo tipo de imputaciones pueda generar en el ámbito sancionador.
- 11.14 La sentencia en mayoría, en este extremo, pretende hacer una interpretación forzada de la Constitución apelando a la distinción entre principio de legalidad y de tipicidad, lo que en mi concepto es totalmente cuestionable, pues más allá de que tales principios, apunten hacia ideas diferenciadas, ello no significa que no se encuentren vinculados entre sí por ciertos aspectos elementales. La norma fundamental es absolutamente concluyente en que la descripción de la conducta pasible de sanción (tipicidad), debe definirse por ley y no por normas de inferior jerarquía.
- 11.15 Opino que el artículo 109° de la norma objeto de impugnación, referido a la calidad en el ejercicio profesional, es asimismo contrario a la Constitución, pues supone conferirle a la SUNEDU atribuciones que desde siempre han sido competencia de los Colegios Profesionales y que por lo demás, nada tienen que ver con la vida universitaria, sino antes bien con el comportamiento profesional.

Sobre el requisito de la edad.

- 11.16 Considero que el artículo 84° de la norma impugnada, referido al periodo de evaluación para el nombramiento y cese de los profesores ordinarios, es igualmente inconstitucional, particularmente en lo referido al cese automático de los docentes pertenecientes a las universidades públicas a partir de la edad de los setenta años.
- 11.17 La citada previsión, desde mi punto de vista y acorde con la posición que ya he sostenido en alguna otra oportunidad, deviene en discriminatoria al pretender asumir una postura absolutista en relación con la capacidad docente, como si esta dependiera única y exclusivamente de factores temporales.

Sobre el grado de Magister para la enseñanza en pregrado.

- 11.18 Acorde con lo sostenido con anterioridad en el acápite referido a la autonomía universitaria de este mismo voto, considero igualmente inconstitucional la previsión contenida en la Tercera Disposición Complementaria y Transitoria de la norma impugnada, referida al plazo de adecuación de docentes de las universidades públicas y privadas a la ley y que como ya se ha indicado, es de cinco años.
- 11.19 Desde mi punto de vista dicha norma resulta discriminatoria, pues las oportunidades de acceder a grados especializados deben valorarse desde diversos extremos y, por sobre todo, atendiendo a las posibilidades reales que posee cada persona, del tiempo y ocupaciones que tiene y de los ingresos reales con los que cuenta, a lo que cabe añadir la severa limitación que supone sobre el derecho al libre ejercicio de la profesión.

12. El sentido de mi voto.

Por las razones anteriormente expuestas estimo que las demandas de inconstitucionalidad contra la Ley 30220, Ley Universitaria, deben declararse fundadas.

586

S.

BLUME FORTINI

EXP. N.º 00014-2014-PI/TC
LIMA NORTE
COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA NORTE

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Considero que la sentencia en mayoría desestima indebidamente las demandas. En mi opinión, la Ley 30220, Ley Universitaria, contraviene la Constitución Política del Perú, al imponer un modelo burocrático y controlista de la educación universitaria. Éste vulnera la autonomía universitaria, y compromete el derecho de acceso a la educación y a la libertad de pensamiento; además, vulnera los principios generales del régimen constitucional económico.

La pretensión principal de las cuatro demandas es que se declare que la ley afecta la autonomía universitaria. Ésta está consagrada en el último párrafo del artículo 18 de la Constitución en los siguientes términos: “Cada universidad es autónoma en su régimen normativo, de gobierno, académico, administrativo y económico. Las universidades se rigen por sus propios estatutos en el marco de la Constitución y de las leyes.”

587

La ley desconoce esta autonomía desde que su artículo 8 dice: “La autonomía inherente a las universidades se ejerce de conformidad con lo establecido en la Constitución, la presente Ley y demás normativa aplicable.” Así, circunscribe la autonomía universitaria más que la Constitución, pues ésta queda acotada no solo por la Constitución y las leyes sino también por los dispositivos emitidos por el Ministerio de Educación y la Superintendencia Nacional de Educación Superior Universitaria (Sunedu).

La sentencia en mayoría se pronuncia al respecto de manera confusa. Su fundamento 73 dice: “Corresponde, entonces, aquí aclarar que una interpretación literal del párrafo *in fine* del artículo 18 de la Constitución conduciría al contrasentido de sostener que las universidades no pueden regirse por su propio estatuto y reglamentos.” Una interpretación literal, sin embargo, no conduce a ello sino a entender que la autonomía universitaria solo está circunscrita por la Constitución y las leyes, no por normas infralegales. El objetivo de la Constitución, evidentemente, es proteger a las universidades de estar sujetas a intereses políticos circunstanciales.

La vulneración de la autonomía universitaria radica también en las facultades y organización de la Sunedu. El artículo 15 contiene una larga —y meramente enunciativa— enumeración de funciones de la Sunedu. Además, el artículo 9 establece que “Cualquier miembro de la comunidad universitaria debe denunciar ante la (...) (SUNEDU), la comisión de (...) infracciones a la presente Ley”, añadiendo que la Sunedu, “de oficio o a pedido de parte, emite recomendaciones (...)” que determinan “las responsabilidades pertinentes”.

Considerando las declaraciones de principios, fines y funciones de la universidad, contenidas en los artículos 5, 6 y 7 de la ley, resulta claro que los alcances del artículo 9 son amplísimos y dejan un gran margen de discrecionalidad para su aplicación. El inciso 6 del artículo 6, por ejemplo, establece que uno de los fines de la universidad es “Difundir el conocimiento universal en beneficio de la humanidad.” Al establecer que la Sunedu puede recibir todo tipo de denuncias y dar todo tipo de recomendaciones vinculantes, la ley diluye la autonomía de cada universidad.

Por otro lado, la Sunedu está diseñada para ser una dependencia del Ministerio de Educación. El artículo 14 establece que “La SUNEDU ejecuta sus funciones (...) conforme a las políticas y planes nacionales y sectoriales aplicables y a los lineamientos del Ministerio de Educación.” Asimismo, sus directivos son nombrados por —o a propuesta de— el titular de dicho ministerio. El que la mayoría de los miembros del Consejo Directivo requiera el voto aprobatorio del Consejo Nacional de Educación (artículo 17) no hace diferencia, ya que éste también es designado por el mismo ministerio.

Desde que la Sunedu depende del Ministerio de Educación, la ley no supera el “test de idoneidad” establecido por la jurisprudencia constitucional. El año 2012, el Perú ocupó un vergonzoso último lugar en comprensión de lectura, matemática y ciencias en el ranking PISA. Ello es responsabilidad de este ministerio, ya que la oferta educativa privada, a nivel escolar, es marginal. Si el Ministerio de Educación no puede con la educación básica, menos podrá con la universitaria.

La sentencia en mayoría no solo no cuestiona a la Sunedu sino reclama orgullosamente su paternidad. Ciertamente, como recuerda su fundamento 130, en la sentencia emitida en el Expediente 0017-2008-AI, el Tribunal Constitucional declaró un “*estado de cosas inconstitucional de carácter estructural* en el sistema educativo universitario”, ordenando la creación de una Superintendencia. Sin embargo, en una república democrática como el Perú, no le corresponde a los jueces dar órdenes de este tipo. Al Tribunal Constitucional, específicamente, solo le compete controlar la constitucionalidad de las leyes. Su función debe ser eminentemente jurídica.

La sentencia en mayoría señala lo contrario, aunque intenta que no se note demasiado. La sección A de la parte III se titula “La capacidad de control de políticas públicas que tiene el Tribunal Constitucional”. Este título es engañoso, ya que el contenido de esta sección sostiene lo contrario —es decir, que el Tribunal debe intervenir en la concepción y aplicación de las políticas públicas. El fundamento 16 indica que se debe: “(...) reclamar que los jueces y juezas constitucionales no solamente controlen, sino que incluso pasen a hacer sugerencias y tener iniciativas frente a la configuración de políticas públicas, para así asegurar la constitucionalidad de las mismas (...).”

De esa manera, la Constitución es presentada como algo arcano y misterioso, imposible de ser comprendida por los no iniciados. En consecuencia, al decidir qué políticas públicas desarrollar, lo más probable es que los poderes elegidos colisionen con ella. Para evitar que sean corregidos por el Tribunal Constitucional, mejor que éste les diga de entrada qué hacer. Tal perspectiva contraviene el principio de separación de poderes, que requiere que el Tribunal Constitucional intervenga solo cuando surja un cuestionamiento a la constitucionalidad de las leyes. Este Tribunal ocupa un lugar preeminente entre las instituciones del Estado, pero no puede hacer lo que se le antoje.

Ciertamente, el fundamento 18 dice que: “(...) este órgano de control de la Constitución, *en principio*, no participa en el diseño de las políticas públicas, no decide qué opción es mejor que otra, ni prioriza las metas;” [*cursivas* agregadas]. No obstante, señala que esto es así solo *en principio* —es decir, habrá oportunidades en que esta norma no aplicará y el Tribunal Constitucional podrá entrometerse en la concepción de las políticas públicas. Además, añade luego un *pero* referido a su aplicación: “(...) *pero*, en todo caso, debe verificar que de la aplicación de las mismas no surjan vulneraciones de derechos o que estos se afecten por su omisión” [*cursivas* agregadas].

¿Dónde queda la separación de poderes? ¿Qué le da derecho al Tribunal Constitucional a diseñar políticas públicas o verificar su aplicación? ¿Dónde dice la Constitución que el Tribunal Constitucional puede hacer esto? ¿No implica ello establecer el despotismo ilustrado de la magistratura? En mi opinión, hace mal la sentencia en mayoría al apoyarse en la sentencia emitida en el Expediente 0017-2008-AI.

La sección B de la parte III justifica la existencia de la Sunedu repitiendo una y otra vez que la educación es un servicio público. Empero, soslaya que el artículo 58 de la Constitución lista a la educación entre las principales áreas de actividad del Estado *junto a* los servicios públicos (concepto que, por tanto, no la engloba). Además, es inexacto entenderla de esa manera: la educación no es una industria de redes, en la que sea difícil tener competencia. Las telecomunicaciones, la distribución de energía eléctrica y gas natural, la infraestructura de transporte de uso público y el saneamien-

to sí lo son. De ello deriva la necesidad de tener los organismos reguladores a los que se refiere el fundamento 109. El que existan Osiptel, Osinergmin, Ositrán y Sunass no justifica que tenga que existir la Sunedu.

Tampoco puede justificarse la creación de la Sunedu haciendo referencia al OSCE, que supervisa la contratación estatal; y, a la SBN, que supervisa los bienes estatales. En estos casos, a los que se refiere el fundamento 111, se trata de instituciones encargadas de velar por la correcta administración del patrimonio estatal. Esto no tiene ninguna relación con la educación universitaria.

Finalmente, tampoco es pertinente la referencia del fundamento 115 a la Superintendencia de Banca, Seguros y AFPs (SBS), prevista en el Capítulo V del Título III de la Constitución. Éste establece una excepción a los principios generales del régimen económico, al determinar que la emisión de moneda solo puede ser efectuada por el Estado. Desde que el crédito es un sustituto del dinero, la SBS tiene sentido en ese contexto específico.

La Constitución no establece que la educación universitaria es un monopolio estatal. Al contrario: comprendiendo que las tareas universitarias solo pueden ser emprendidas en un entorno de libertad, su artículo 17 señala que el Estado debe “garantizar la mayor pluralidad de la oferta educativa”. Se equivoca la sentencia en mayoría cuando afirma, en su fundamento 31, que la educación es encomendada por la Constitución al Estado. En realidad, desde que el artículo 13 de la Constitución señala que la educación es un deber y un derecho de los padres de familia y el 58 la incluye en la lista de principales áreas de acción del Estado, se aplica a ella el principio de subsidiaridad contenido en el artículo 60 de la Constitución, que requiere que el Estado intervenga solo donde la oferta privada es insuficiente.

590

Por demás, el fundamento 35 menciona una norma constitucional irrelevante para el caso. Al señalar innecesariamente que la Constitución establece que la universidad estatal es gratuita, puede pensarse que la sentencia en mayoría busca legitimar la indebida intromisión del Estado en las universidades privadas.

La Ley Universitaria afecta, especialmente, a las universidades privadas. Respecto de éstas, la ley contraviene no solo el artículo 18 y el inciso 4 del artículo 2, que consagra el derecho a la libertad de contratación, sino también los artículos 58, 59 y 61 de la Constitución, que protegen la libre iniciativa privada, la libertad de empresa y de trabajo, y la libre competencia.

Las universidades privadas actúan dentro del mercado. Su comportamiento está sujeto a la competencia. Ésta las obliga a ofrecer los servicios que requieren los estudiantes no solo a precios que éstos están dispuestos a pagar sino perfilándolos de acuerdo

a las preferencias de éstos. La competencia regula el actuar de estas universidades de una manera más acertada de lo que jamás podrá hacerlo la Sunedu de manera centralizada. La Ley Universitaria, sin embargo, desconfía del mercado, presuponiendo que las universidades pueden actuar independientemente de las preferencias de los estudiantes. Su propósito burocrático y controlista llega al paroxismo en el numeral 1 de su artículo 11, que establece que las universidades privadas deben tener un Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA), como si pertenecieran a la administración pública.

Con la aprobación de la sentencia en mayoría, la Ley Universitaria devolverá al país a la situación de décadas pasadas, en la que solo unos privilegiados tenían acceso a la educación universitaria. Desde que entonces la demanda superaba ampliamente a la oferta, las pocas universidades existentes cobraban pensiones que solo unos pocos podían solventar. Se interrumpirá, así, el proceso de desarrollo de la oferta educativa universitaria registrado en los últimos veinte años. Éste se ha manifestado, si no en un aumento de la calidad, al menos sí en la ampliación de la cobertura de tales servicios. Esto está ampliamente documentado y nadie puede negarlo.

Además, con la coartada del control de calidad, la Ley Universitaria dará pie a un control ideológico como el que se tiene allí donde el Estado se hace cargo directamente de la educación universitaria. La ley disimula mal este objetivo cuando protege la libertad de cátedra solo en su artículo 123, correspondiente al Capítulo XII, Universidad Privada, como si no fuera necesario hacerlo también en la Universidad Estatal.

591

A mi criterio, la Constitución requiere un enfoque distinto del tema universitario. Según éste, así como no puede eliminarse la pobreza por decreto, tampoco puede elevarse la calidad de la educación universitaria por una decisión legislativa voluntarista. Ello ha de ser fruto del proceso de desarrollo económico del país, basado en la afirmación del estado de Derecho. Desde que vulnera derechos fundamentales, por tanto, esta ley terminará no elevando sino rebajando la calidad de la educación universitaria.

Por todo ello, mi voto es para que se declaren **FUNDADAS** las demandas en todos sus extremos.

SARDÓN DE TABOADA

EXP. N.º 00014-2014-PI/TC
EXP. N.º 00016-2014-PI/TC
EXP. N.º 00019-2014-PI/TC
EXP. N.º 00007-2015-PI/TC (acumulados)
ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA NORTE
CONGRESISTAS DE LA REPÚBLICA
COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA
CIUDADANOS

AUTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Lima, 12 de enero de 2016

VISTO

592

El escrito de fecha 17 de noviembre de 2015, presentado por el Colegio de Abogados de Lima, mediante el cual solicita la aclaración de la sentencia de fecha 10 de noviembre de 2015 emitida por este Tribunal.

ATENDIENDO A QUE

1. El artículo 121, primer párrafo, del Código Procesal Constitucional establece de modo expreso que “En el plazo de dos días a contar desde su notificación o publicación tratándose de las resoluciones recaídas en los procesos de inconstitucionalidad, el Tribunal, de oficio o a instancia de parte, puede aclarar algún concepto o subsanar cualquier error material u omisión en que hubiese incurrido”.
2. Mediante escrito de fecha 17 de noviembre de 2015, el Colegio de Abogados de Lima solicita que se aclare la sentencia de fecha 10 de noviembre de 2015 de este Tribunal, en la parte que se refiere a la designación de las nuevas autoridades y el cese de las autoridades universitarias vigentes.
3. Al respecto, se debe tener en cuenta que el presente proceso es uno de control abstracto, en el que no se debaten pretensiones subjetivas, sino la conformidad de la norma sometida a control con el bloque de constitucionalidad que resulte aplicable a cada caso.

4. La sentencia del Tribunal Constitucional es suficientemente clara en el sentido que la Disposición Complementaria Transitoria Primera de la Ley Universitaria no vulnera el artículo 2, inciso 17, de la Constitución o algún otro precepto Constitucional. Como debe tenerse presente, en el texto de la Disposición Complementaria Transitoria Primera de la Ley Universitaria se prescribe lo siguiente:

A la entrada en vigencia de la presente Ley, cesa la Asamblea Universitaria de las universidades públicas. Quedan suspendidos todos los procesos de nombramiento, ascenso y ratificación del personal docente y no docente hasta que asuman las nuevas autoridades de gobierno.

A tal efecto, a los diez (10) días calendario de la entrada en vigencia de la presente Ley, se conforma en cada universidad un Comité Electoral Universitario Transitorio y Autónomo, integrado por tres docentes principales, dos docentes asociados y un docente auxiliar, todos a tiempo completo y dedicación exclusiva, que sean los más antiguos en sus respectivas categorías, y por tres estudiantes, uno por cada facultad de las tres con mayor número de alumnos, quienes hayan aprobado como mínimo cinco semestres académicos y ocupen el primer lugar en el promedio ponderado de su facultad.

593

La abstención total o parcial de los representantes estudiantiles en el Comité Electoral Universitario no impide su instalación y funcionamiento. La antigüedad de los docentes se determina en función al tiempo de servicios efectivo en dicha categoría en la universidad; en caso de empate se optará por los de mayor edad.

El Comité Electoral Universitario se instala teniendo como Presidente al docente principal elegido más antiguo; dicho Comité convoca, conduce y proclama los resultados del proceso electoral conducente a elegir a los miembros de la asamblea estatutaria en un plazo máximo de veinticinco (25) días calendario.

La asamblea estatutaria está conformada por 36 miembros: 12 profesores principales, 8 profesores asociados, 4 profesores auxiliares y 12 estudiantes. Estos últimos deben cumplir los requisitos señalados en la presente Ley para los representantes para la Asamblea Universitaria.

La elección se realiza mediante voto universal obligatorio y secreto de cada una de las categorías de los profesores indicados y por los estudiantes regulares.

La asamblea estatutaria se instala inmediatamente después de concluida la elección de sus miembros por convocatoria del presidente del Comité Electoral Universitario, y presidida por el docente principal más antiguo.

La asamblea estatutaria redacta y aprueba el Estatuto de la universidad, en un plazo de cincuenta y cinco (55) días calendario.

A la fecha de aprobación de los nuevos estatutos, la asamblea estatutaria establece el cronograma de elección de las nuevas autoridades y el plazo para su designación en reemplazo de las autoridades vigentes. El referido cronograma debe incluir las fechas de la convocatoria a nuevas elecciones, de realización del proceso electoral, y de designación de las nuevas autoridades.

La designación de las nuevas autoridades debe realizarse antes de que concluya el periodo de mandato de las autoridades vigentes.

Aprobado el Estatuto de la universidad y el referido cronograma, la asamblea estatutaria asume transitoriamente las funciones de la Asamblea Universitaria hasta la elección de las nuevas autoridades. El proceso de elección de nuevas autoridades es realizado por el Comité Electoral constituido conforme a lo establecido por la presente Ley, y comprende la elección del Rector, del Vicerrector y de los Decanos, reconstituyéndose así la Asamblea Universitaria, el Consejo Universitario y los Consejos de Facultad.

Es de responsabilidad de las autoridades elegidas completar la adecuación de la universidad a las normas de la presente Ley y el respectivo Estatuto.

La Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE) participa y garantiza la transparencia de los procesos electorales, a través de la asistencia técnica a cada Comité Electoral Universitario.

5. Como bien puede apreciarse, la disposición de la Ley Universitaria relacionada con el proceso de adecuación del gobierno de la universidad pública fue declarada conforme con la Constitución. La sentencia no establece, ni puede establecer, un plazo para la elección de las nuevas autoridades o cuál es la fecha límite para el reemplazo de las que se encuentran en ejercicio.
6. La determinación de las consecuencias prácticas que pudieran derivarse de la aplicación concreta de las disposiciones y funciones cuya constitucionalidad se ha confirmado en la sentencia es, *prima facie*, una materia ajena a la competencia de este Tribunal Constitucional. Es más, en ese mismo sentido es que han actuado quienes ya han pedido un pronunciamiento específico al Poder Judicial, el cual, en el expediente 15218-2015-0-1801-JR-CI-05 (Acumula-

dos: 15641-2015 y 20238-2015) ya expidió resolución, en primer grado, al respecto.

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú, y dejándose constancia que el magistrado Ramos Núñez votará en fecha posterior por encontrarse con licencia,

RESUELVE

Declarar **IMPROCEDENTE** la solicitud de aclaración interpuesta por el Colegio de Abogados de Lima.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MIRANDA CANALES

LEDESMA NARVÁEZ

URVIOLA HANI

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

EXP. N.º 00019-2014-PI/TC

ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA

Lima, 20 de enero de 2016

VOTO DEL MAGISTRADO RAMOS NÚÑEZ

Luego de la revisión de los documentos relacionados con el pedido de aclaración, estimo, al igual que mis colegas, que el mismo debe ser declarado **IMPROCEDENTE**, debido a que se solicita que el Tribunal se pronuncie sobre aspectos vinculados con la aplicación concreta de las disposiciones impugnadas, asunto que no puede ser dilucidado a través del proceso de inconstitucionalidad.

S.

RAMOS NÚÑEZ

Sentencia 00001-2013-PI/TC

Proceso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente de la República contra la Ordenanza Regional 153-Arequipa. El Tribunal declaró fundada en parte la demanda.

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC:
25 de noviembre de 2015

Resumen: El Tribunal Constitucional declaró fundada en parte la demanda interpuesta contra la Ordenanza Regional 153-Arequipa, que regula el servicio de transporte público de personas. El demandante solicitó además que se disponga que las normas regionales y locales de similar contenido carecen de efectos jurídicos por contravenir la jurisprudencia vinculante de este Tribunal.

597

El Tribunal consideró que, si bien desde una perspectiva estrictamente formal la demanda en este proceso apelaba a los presupuestos del proceso de inconstitucionalidad, no se puede omitir el hecho de que, desde la perspectiva material, se trataba de un conflicto de competencias de naturaleza positiva.

Sin embargo, la controversia no versaba sobre la facultad que tendrían los gobiernos regionales para desarrollar y regular actividades y/o servicios en materia de transporte terrestre de personas, sino únicamente sobre los alcances de esta competencia, pues la competencia para regular el servicio público de transporte de personas es de naturaleza compartida entre el gobierno nacional y los gobiernos regionales, competencias que son desarrolladas por el Tribunal en la sentencia.

Respecto a la solicitud del demandante de que las normas regionales y locales de contenido similar al de la ordenanza impugnada carecen de efectos jurídicos por contravenir la jurisprudencia constitucional vinculante, el Tribunal reiteró el criterio de que las sentencias dictadas en un proceso de inconstitucionalidad tienen efecto vinculante para todos los poderes públicos y gozan de efectos generales. En consecuencia, en el supuesto de que alguna autoridad o persona pretenda desconocer los efectos vinculantes de las sentencias del Tribunal, la corrección de tales excesos no pasa por desconocer la potestad normativa que la Constitución reconoce como parte de la auto-

nomía política a los gobiernos descentralizados en materias vinculadas a su gestión o aplicar un control de facto de constitucionalidad a aquellas normas que no tengan en cuenta la jurisprudencia del Tribunal. El Tribunal señaló que en tal supuesto ejercerá las competencias constitucionales que correspondan, en la hipótesis de que nuevas normas pretendan desconocer la fuerza vinculante de sus resoluciones.

Por último, el Tribunal exhortó al Gobierno Regional de Arequipa a que, en un plazo razonable, desarrolle y materialice un Plan de Ajuste del Transporte Público en la Región Arequipa que se adecue a las reglas relativas a las condiciones técnicas de los vehículos de transporte público de personas, previstas en la Ley 27181, Ley General de Transportes y normativa correspondiente.

Temas Claves: Competencias de los gobiernos regionales.

EXP. No. 00001-2013-PI/TC
LIMA
PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

PLENO JURISDICCIONAL
Expediente 0001-2013-PI/TC

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Del 24 de noviembre de 2015

Caso Vehículos M2 Clase III - Arequipa

PODER EJECUTIVO C. GOBIERNO REGIONAL DE AREQUIPA

Asunto

Demanda de inconstitucionalidad contra la Ordenanza Regional 153-Arequipa, que establece disposiciones relativas a la prestación del servicio de transporte regular de personas.

599

Magistrados firmantes:

SS.

URVIOLA HANI
MIRANDA CANALES
BLUME FORTINI
RAMOS NÚÑEZ
SARDÓN DE TABOADA
LEDESMA NARVÁEZ

TABLA DE CONTENIDOS

I. ANTECEDENTES	3
A. PETITORIO CONSTITUCIONAL	3
B. DEBATE CONSTITUCIONAL	3
B-1. Demanda	4

B-2. Contestación de la demanda	4
II. FUNDAMENTOS	5
A. ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD SOBRE NORMAS DEROGADAS	5
B. LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS	6
B-1. El bloque de constitucionalidad	7
B-2. Naturaleza de las competencias reconocidas	8
B-3. Competencias compartidas en materia normativa	9
C. EL USO DE LAS FACULTADES NORMATIVAS POR PARTE DEL GOBIERNO REGIONAL DE AREQUIPA	11
D. LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD POR CONEXIDAD	15
E. EFECTOS DE LA SENTENCIA	17
III. FALLO	18

EXP. N.º 00001-2013-PI/TC
LIMA
PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 24 días del mes de noviembre de 2015, el Tribunal Constitucional, en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Urviola Hani, presidente; Miranda Canales, vicepresidente; Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada, Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia. Se deja constancia que el magistrado Espinosa-Saldaña Barrera votará en fecha posterior por encontrarse con licencia.

I. ANTECEDENTES

601

A. PETITORIO CONSTITUCIONAL

Con fecha 24 de enero de 2013, el Presidente de la República, representado por el Ministro de Transportes y Comunicaciones, quien actúa a través del Procurador Público Especializado en Materia Constitucional, interpone demanda de inconstitucionalidad contra la Ordenanza Regional 153-Arequipa, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 28 de diciembre de 2011. Alega la violación del artículo 192.7 de la Constitución, así como del respectivo bloque de constitucionalidad que lo desarrolla, por lo que plantea el siguiente *petitum*:

- Se declare la inconstitucionalidad de la Ordenanza Regional 153-Arequipa, en su totalidad.
- Que en la sentencia se disponga que las normas regionales y locales de similar contenido carecen de efectos jurídicos por contravenir la jurisprudencia vinculante de este Tribunal.

En defensa de la constitucionalidad de la ordenanza objetada, con fecha 23 de diciembre de 2013, el Gobierno Regional de Arequipa, a través de su Procuradora, ha contestado la demanda contradiciéndola en todos sus extremos, y solicita que se declare improcedente o infundada dicha demanda.

B. DEBATE CONSTITUCIONAL

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

B-1. DEMANDA

La demanda interpuesta se sustenta en los siguientes argumentos:

- La Ordenanza Regional 153-Arequipa afecta la competencia del Ministerio de Transportes y Comunicaciones en materia de regulación del servicio de transporte público de personas, contraviniendo el artículo 192.7 de la Constitución, así como el respectivo bloque de constitucionalidad, puesto que aun cuando se trata de una competencia compartida entre el Gobierno nacional y los Gobiernos regionales, debió ser ejercida de acuerdo con las políticas y normas de alcance nacional.
- Asimismo, la ordenanza regional objetada no cumple con los requisitos establecidos en el artículo 20.3.2 del Decreto Supremo 017-2009-MTC, Reglamento Nacional de Administración de Transporte, al permitir la prestación del servicio de transporte de personas en vehículos de la categoría M2, clase III, sin establecer que la medida obedece a la propia realidad regional y a la falta de vehículos autorizados.
- Finalmente, la ordenanza regional impugnada genera consecuencias contrarias a los fines que dice perseguir, tales como la mayor ocupación de la infraestructura vial, congestión vehicular y mayor combustión y contaminación ambiental (Informe 26-2012-MTC/15.01).
- Debería, aparte de expulsarse la norma del ordenamiento jurídico, señalarse que carecen de validez jurídica aquellas normas regionales y locales de similar contenido.

602

B-2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Gobierno Regional de Arequipa contesta la demanda sustentándose en los siguientes argumentos:

- La demanda resulta improcedente, toda vez que los artículos 1 y 2 de la Ordenanza Regional 153-Arequipa han sido derogados por la Ordenanza Regional 220-Arequipa, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 22 de mayo de 2013, que además ha modificado y complementado los artículos 3.1 y 3.2 de la Ordenanza en cuestión.

- La ordenanza regional impugnada ha sido emitida en ejercicio de la competencia que le reconocen los artículos 191 y 192.7 de la Constitución, y otros de su bloque de constitucionalidad, así como en aplicación del artículo 103 de la Constitución.
- La Ordenanza Regional 153-Arequipa ha permitido el ingreso de vehículos M2 clase III, y M3 de menor tonelaje al ámbito regional, pero sin contravenir el Decreto Supremo 017-2009-MTC, toda vez que las condiciones de la realidad regional llevaron a la adopción de esta medida.
- En cuanto a la inexistencia de vehículos de la categoría M3 clase III con un peso neto vehicular mínimo de 8.5 toneladas, que presten el servicio de transporte en la región, por medio de una interpretación extensiva del artículo 20.3.2 del Decreto Supremo 017-2009-MTC también resulta admisible su autorización, porque el servicio prestado por los vehículos es insuficiente y deficiente.
- Finalmente, la ordenanza impugnada fue emitida a la luz de los artículos 3 y 4 de la Ley 27181, General de Tránsito y Transporte Terrestre, donde se establece que la acción estatal en materia de transporte debe orientarse a la satisfacción del usuario y a las condiciones de seguridad y salud.

II. FUNDAMENTOS

603

A. ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD SOBRE NORMAS DEROGADAS

1. Ante todo, conviene precisar que las dudas sobre la constitucionalidad de la totalidad de la Ordenanza Regional 153-Arequipa, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 28 de diciembre de 2011, se circunscriben a verificar si el Gobierno Regional de Arequipa invadió las competencias del Poder Ejecutivo en materia de transporte terrestre de personas, al permitir la prestación de este servicio en vehículos de la categoría M2, clase III, sin cumplir con los requisitos previstos en el artículo 20.3.2 del Decreto Supremo 017-2009-MTC, Reglamento Nacional de Administración de Transporte.
2. Así pues, la demanda tiene por objeto que se declare la inconstitucionalidad de los cinco artículos que integran la Ordenanza Regional 153-Arequipa. Los artículos 1 y 2 de dicha ordenanza se refieren al informe situacional de mercado necesario. El artículo 3.1 permite a los vehículos de la categoría M2, clase III, prestar el servicio regular de transporte de personas en el ámbito regional (literal a), por el plazo de un año (literal h), renovable. Los artículos 3.2, 3.3, 3.4, 3.5, 4 y 5 de la misma permiten su aplicación.

3. Ahora bien, con posterioridad a la demanda, el Gobierno Regional de Arequipa ha emitido la Ordenanza Regional 220-Arequipa, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 22 de mayo de 2013, la misma que modifica la Ordenanza Regional 153-Arequipa y establece medidas complementarias para la mejora del transporte interprovincial en la región. Asimismo, la entidad regional emitió la Ordenanza Regional 238-Arequipa, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 21 de agosto de 2013, que, a su vez, modificó entre otras disposiciones el artículo 3.1.g de la Ordenanza 153-Arequipa, modificada por la ordenanza 220-Arequipa.
4. Tras la modificación normativa, los artículos 1 y 2 de la Ordenanza Regional 153-Arequipa fueron expresamente derogados por la Única Disposición Derogatoria de la Ordenanza Regional 220-Arequipa, razón por la cual la demanda deviene en improcedente en este extremo, al haber operado la sustracción de la materia en virtud del artículo 104.3 del Código Procesal Constitucional. Tales artículos 1 y 2 no continúan desplegando efectos, ni desarrollan materia penal o tributaria, por lo que no se hace necesario que la sentencia de inconstitucionalidad alcance a los efectos que dichas disposiciones hayan podido cumplir en el pasado (fundamento 2 de la STC 0004-2004-AI/TC y otros).
5. En cambio, los artículos 3.1 y 3.2 de la Ordenanza Regional 153-Arequipa *sí* han de ser objetos de control, aunque hayan sido modificados por la Ordenanza Regional 220-Arequipa. Este Tribunal Constitucional advierte que las licencias otorgadas al amparo de la Ordenanza Regional 153-Arequipa y que no entran en conflicto con la Ordenanza Regional 220-Arequipa perviven aún luego de la modificación de la primera norma. Ello ocurre de manera tal que el examen de constitucionalidad sobre normas legales derogadas en este extremo es procedente. Igualmente, luego del análisis de la constitucionalidad de los artículos 3.1 y 3.2 de dicha ordenanza, también se debe analizar la constitucionalidad de los artículos 3.3, 3.4, 3.5, 4 y 5 del mismo cuerpo normativo.

604

B. LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS

6. Este Tribunal Constitucional tiene establecido en reiterada jurisprudencia que, si bien desde una perspectiva estrictamente formal la demanda en este proceso apela a los presupuestos del proceso de inconstitucionalidad, no se puede omitir el hecho de que, desde la perspectiva material, se trata de un conflicto de competencias de naturaleza positiva, en virtud del cual tanto el demandante como el demandado reclaman su competencia. En el caso constitucional de autos, corresponde a este Tribunal determinar si existe violación o no de los límites de la actuación competencial del Gobierno Regional de Arequipa y luego explicar cuáles

serían las consecuencias de una posible declaratoria de inconstitucionalidad de la norma con rango de ley impugnada.

7. Así pues, en la presente sentencia se analizará la constitucionalidad de los artículos 3.1, 3.2, 3.3, 3.4, 3.5, 4 y 5 de la Ordenanza Regional 153-Arequipa. Dicho análisis deberá iniciarse por el artículo 3.1.a de dicha ordenanza, por ser el centro de la impugnación. En cuanto a las demás disposiciones de la ordenanza impugnada, los artículos 3.1.b a 3.2, así como los artículos 3.3 a 3.5, 4 y 5, este Tribunal advierte que las mismas hacen operativo el artículo 3.1.a, por lo que también corresponde realizarse un examen de constitucionalidad respecto de tales disposiciones legales.
8. A partir de los argumentos expuestos por las partes, este Tribunal advierte que no existe controversia respecto a la facultad que tendrían los Gobiernos regionales para desarrollar y regular actividades y/o servicios en materia de transporte terrestre de personas, cuestionándose únicamente los alcances de esta competencia, a fin de determinar si, con el artículo 3.1.a de la Ordenanza Regional 153-Arequipa o con su modificación por el artículo 1 de la Ordenanza Regional 220-Arequipa, la entidad regional transgredió el respectivo bloque de constitucionalidad que regula el ejercicio de sus competencias en esta materia.

605

B-1. EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

9. Este Tribunal tiene establecido que el parámetro de control de constitucionalidad puede, en ocasiones, 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” (fundamento 5 de la STC 0013-2003-CC/TC). Ya a nivel específico, este Tribunal tiene dicho que “Las normas del bloque de constitucionalidad son aquellas que se caracterizan por desarrollar y complementar los preceptos constitucionales relativos a los fines, estructura, organización y funcionamiento de los órganos y organismos constitucionales, amén de precisar detalladamente las competencias y deberes funcionales de los titulares de estos, así como los derechos, deberes, cargas públicas y garantías básicas de los ciudadanos” (fundamento 10.5 de la STC 0013-2003-CC/TC).

10. En el caso de autos, dado el objeto de la controversia constitucional, este Tribunal tomará como parámetro de control de constitucionalidad, en tanto constituyen bloque de constitucionalidad, además de la Constitución, la Ley 27783, de Bases de la Descentralización; la Ley 27867, Orgánica de Gobiernos Regionales; la Ley 29158, Orgánica del Poder Ejecutivo; la Ley 29370, de Organización y Funciones del Ministerio de Transportes y Comunicaciones; y, la Ley 27181, General de Transporte y Tránsito Terrestre, en la medida en que desarrollan las competencias y los alcances relativos al servicio público de transporte terrestre.

B-2. NATURALEZA DE LAS COMPETENCIAS RECONOCIDAS

11. El artículo 119 de la Constitución dispone de manera general que “La dirección y la gestión de los servicios públicos están confiadas al Consejo de Ministros; y a cada ministro en los asuntos que competen a la cartera a su cargo”. Conjuntamente con las competencias del Poder Ejecutivo, el artículo 192.7 de la Constitución reconoce que los Gobiernos regionales “promueven el desarrollo y la economía regional, fomentan las inversiones, actividades y servicios públicos de su responsabilidad, en armonía con las políticas y planes nacionales y locales de desarrollo”, por lo que son competentes para: “promover y regular actividades y/o servicios en materia de (...), vialidad, (...), conforme a ley”.
12. A fin de desarrollar las disposiciones constitucionales antes invocadas y centrandó el análisis en la ordenanza regional sujeta a control de constitucionalidad, referida al transporte regular de personas, este Tribunal juzga que diversas disposiciones, pertenecientes al bloque de constitucionalidad, concretizan la naturaleza de la competencia asignada a cada nivel de Gobierno en el país:
 - El artículo 36.c de la Ley 27783, de Bases de la Descentralización, reconoce dicha competencia como una compartida entre el Gobierno nacional y los Gobiernos regionales.
 - Por su parte, el artículo 4 de la Ley 29370, de Organización y Funciones del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, también establece que es una competencia compartida de dicha entidad con los Gobiernos regionales y locales.
 - Finalmente, los artículos 9.g y 10.2.c de la Ley 27867, Orgánica de Gobiernos Regionales, dispone que el Gobierno nacional y los Gobiernos regionales tienen competencias compartidas en la “*promoción, gestión y regulación de actividades económicas y productivas en su ámbito y nivel*”, correspondientes al sector *transportes*, entre otros.

13. Así las cosas, no parece haber duda de que la competencia para regular el servicio público de transporte de personas es de naturaleza compartida entre el Gobierno nacional y los Gobiernos regionales. Una competencia es compartida cuando en ella *“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”* (artículo 13.2 de la Ley 27783, de Bases de la Descentralización, desarrollado en el fundamento 6 de la STC 0008-2011-PI/TC). Se trata de encargar a dos o más niveles de Gobierno la regulación de una materia, pero asignándose a cada uno de ellos una función constitucional específica, a fin de que su ejercicio sea realizado de manera coordinada. Por ejemplo, mientras que al Gobierno nacional se le suele encargar la función de planificación de la política sobre un determinado sector, a los Gobiernos regionales o locales les corresponde la ejecución de tal política, debiendo además fiscalizar su cumplimiento (fundamento 33.b de la STC 0020-2005-PI/TC y otro, reiterado en fundamento 19 de la STC 0024-2007-PI/TC).

B-3. COMPETENCIAS COMPARTIDAS EN MATERIA NORMATIVA

14. Ahora se hace necesario determinar qué competencias normativas les han sido reconocidas tanto al Gobierno nacional como a los Gobiernos regionales en materia de transporte de personas, a fin de establecer si la ordenanza regional impugnada menoscaba las competencias del Gobierno nacional, representado, en este caso, por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones.
15. A tal efecto, resulta de utilidad lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 27181, General de Transporte y Tránsito Terrestre, que define la competencia normativa como aquella *“potestad de dictar los reglamentos que rigen en los distintos niveles de la organización administrativa nacional”,* precisando además que los de carácter general que *“rigen en todo el territorio de la República y que son de observancia obligatoria por todas las entidades y personas de los sectores público y privado, incluyendo a las autoridades del Poder Ejecutivo, sus distintas entidades y los Gobiernos regionales o locales, serán de competencia exclusiva del Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción”*.

Asimismo, los artículos 16 y 16-A de la Ley 27181 establecen lo siguiente:

Artículo 16.- El Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción es el **órgano rector a nivel nacional en materia de transporte y tránsito terrestre**, asumiendo las siguientes competencias:

Artículo 16-A.- Los Gobiernos Regionales tienen en materia de transporte

competencia normativa, de gestión y fiscalización, conforme a lo señalado en el artículo 56 de la Ley N° 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales.

Los Gobiernos Regionales aprobarán normas específicas en materia de transportes, con sujeción a lo establecido en cada Reglamento Nacional.”

De igual modo, el artículo 23, apartado “d”, de la mencionada Ley 27181 prevé que

d) Reglamento Nacional de Administración de Transporte

(...) Contiene también las disposiciones generales que clasifican las distintas modalidades del servicio de transporte de personas y mercancías, así como los requisitos técnicos de idoneidad: características de la flota, infraestructura de la empresa y su organización, así como las condiciones de calidad y seguridad de cada una de ellas. Establece las infracciones y sanciones en la prestación del servicio de transporte. (...)

608

16. Cabe mencionar también que el aludido artículo 56.a de la Ley 27867, Orgánica de Gobiernos Regionales, establece como funciones de estas entidades en materia de transportes: “Formular, aprobar, ejecutar, evaluar, dirigir, controlar y administrar los planes y políticas en materia de transportes de la región, de conformidad con las políticas nacionales y los planes sectoriales”. Esta definición resulta acorde con las relaciones de coordinación, cooperación y apoyo mutuo, que, en forma permanente y continua, deben mantener el Gobierno nacional y los Gobiernos regionales y locales dentro del ejercicio de su autonomía y competencias propias (artículo 49.1 de la Ley 27783, de Bases de la Descentralización, en concordancia con el artículo 7 de la Ley 27867, Orgánica de Gobiernos Regionales), de tal forma que el Gobierno nacional debe ejercer sus competencias sin asumir funciones y atribuciones que son cumplidas por los otros niveles de Gobierno (artículo VI.1 del Título preliminar de la Ley 29158, Orgánica del Poder Ejecutivo), y los Gobiernos regionales deben respetar las políticas y los planes nacionales y locales de desarrollo, en ejercicio de las suyas (artículo 192 de la Constitución).
17. Precisamente en uso de las mencionadas competencias normativas de carácter general y de observancia obligatoria para todas las entidades y personas de los sectores público y privado, como es el caso de los Gobiernos regionales, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones ha emitido el Decreto Supremo 017-2009-MTC, Reglamento Nacional de Administración de Transporte, en el que establece algunas especificaciones técnicas sobre el servicio de transporte terrestre

de personas y mercancías. Por ende, y a fin de determinar si el artículo 3.1.a de la Ordenanza Regional 153-Arequipa, y en consecuencia, los artículos 3.1.b al 3.5, 4 y 5 de la ordenanza impugnada son inconstitucionales, se hace necesario verificar si el dispositivo 3.1 de la Ordenanza transgrede o desnaturaliza el marco competencial antes mencionado.

C. EL USO DE LAS FACULTADES NORMATIVAS POR PARTE DEL GOBIERNO REGIONAL DE AREQUIPA

18. El original artículo 3.1.a de la Ordenanza Regional 153-Arequipa establecía lo siguiente:

Artículo 3.1.a.- Autorización para la Prestación del Servicio.-

a) Categoría y Clase de Vehículo: Se autoriza a los vehículos de la **Categoría M2 Clase III**, para la prestación de servicio regular de transportes de personas en el ámbito regional (...).

19. Para el demandante esta disposición no cumple con los requisitos establecidos en el artículo 20.3.2 del mencionado Reglamento Nacional de Administración de Transporte, toda vez que habilita la prestación del servicio de transporte en vehículos de la categoría M2, clase III, sin justificar que la medida obedece a la realidad regional y a la falta de vehículos autorizados que cumplan con la categoría y el tonelaje requeridos en el artículo 20.3.1 del precitado reglamento; por el contrario, la ordenanza impugnada estaría generando una mayor ocupación de la infraestructura vial, congestión vehicular y mayor combustión y contaminación ambiental (Informe 26-2012-MTC/15.01).
20. El demandado sostiene haber emitido la ordenanza impugnada en ejercicio de la competencia que le reconocen los artículos 191 y 192.7 de la Constitución, y otras de su bloque de constitucionalidad, así como en aplicación del artículo 103 de la Constitución, refiriendo además haber cumplido con los requisitos del mencionado artículo 20.3.2, pues la medida obedeció a que el servicio de transporte actual es insuficiente y deficiente, tal como se aprecia del informe situacional del mercado de transportes (condiciones de la realidad regional), para concluir señalando que, en virtud de una interpretación extensiva de dicho artículo, los Gobiernos regionales están habilitados para autorizar la circulación de vehículos de una categoría y tonelaje diferente del previsto en el artículo 20.3.1 del Reglamento Nacional de Administración de Transporte, cuando el servicio prestado por los vehículos que cumplen dicho requerimiento resulte insuficiente o deficiente.

21. Según hemos afirmado *supra*, la competencia para regular el servicio público de transporte de personas es de naturaleza compartida entre el Gobierno nacional y los Gobiernos regionales. Es decir, tanto el Gobierno Nacional como los Gobiernos regionales son competentes para regular la prestación de los servicios públicos de transporte de personas. No obstante ello, la regulación generada por los Gobiernos regionales en materia de vialidad debe ser emitida en armonía con las políticas y los planes nacionales y locales de desarrollo. Al respecto, la Ley 27181 ha establecido que el Ministerio de Transportes y Comunicaciones “es el órgano rector a nivel nacional en materia de tránsito y transporte terrestre” (artículo 16) y que el respectivo Reglamento Nacional de Administración del Transporte “contiene también las disposiciones generales que clasifican las distintas modalidades del servicio de transporte de personas y mercancías, así como los requisitos técnicos de idoneidad: características de la flota, infraestructura de la empresa y su organización, así como las condiciones de calidad y seguridad de cada una de ellas (...)” (artículo 23.d). Precisamente, desarrollando técnicamente tales competencias, el Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, ha emitido o expedido el Decreto Supremo 017-2009-MTC, Reglamento Nacional de Administración de Transporte, que regula el servicio de transporte terrestre de personas y mercancías.

610

22. La normativa aplicable al caso ha sido modificada en más de una oportunidad. El original del artículo 20.3.1 del Decreto Supremo 017-2009-MTC, Reglamento Nacional de Administración de Transporte precisó que son condiciones específicas mínimas exigibles a los vehículos destinados al servicio de transporte público de personas de ámbito regional “Que correspondan a la Categoría M3 Clase III, de la clasificación vehicular establecida en el RNV”. Esta disposición ha sido modificada por el artículo 1 del Decreto Supremo 010-2012-MTC, publicado el 18 de agosto de 2012, cuyo texto estableció lo siguiente: “Que correspondan a la Categoría M3 Clase III, de la clasificación vehicular establecida en el RNV y que cuenten con un peso neto vehicular mínimo de 5.7 toneladas”. A su vez, esta disposición ha sido modificada por el artículo 1 del Decreto Supremo 020-2012-MTC, publicado el 30 de diciembre de 2012, cuyo texto establece lo siguiente: “Que correspondan a la Categoría M3 Clase III, de la clasificación vehicular establecida en el RNV y que cuenten con un peso neto vehicular mínimo de 8.5 toneladas. En caso de que no existan vehículos habilitados con el referido peso neto vehicular, se podrá autorizar vehículos con un peso neto vehicular mínimo de 5.7 toneladas”.

23. De otro lado, el texto original del artículo 20.3.2 del Decreto Supremo 017-2009-MTC, Reglamento Nacional de Administración de Transporte, precisó que

“Los Gobiernos regionales atendiendo a las características propias de su realidad, dentro del ámbito de su jurisdicción, mediante Ordenanza Regional debidamente sustentada, podrán autorizar la prestación del servicio regular de personas en vehículos de las categorías M3 de menor tonelaje, o M2, en rutas en las que no existan transportistas autorizados que presten servicios con vehículos habilitados de la categoría señalada en el numeral anterior”. Esta disposición ha sido modificada por el artículo 1 del Decreto Supremo 010-2012-MTC, publicado el 18 de agosto de 2012, cuyo texto estableció que “Los Gobiernos regionales, atendiendo a las características propias de su realidad, dentro del ámbito de su jurisdicción, mediante Ordenanza Regional debidamente sustentada, podrán autorizar la prestación del servicio regular de personas en vehículos de las categorías M3, Clase III de menor tonelaje, ó M2, Clase III, en rutas en las que no exista transportistas autorizados que presten servicios con vehículos habilitados de la categoría señalada en el numeral anterior”. A su vez, esta disposición ha sido modificada por el artículo 1 del Decreto Supremo 020-2012-MTC, publicado el 30 de diciembre de 2012, cuyo texto establece que “Los Gobiernos regionales atendiendo a las características propias de su realidad, dentro del ámbito de su jurisdicción, mediante Ordenanza Regional debidamente sustentada, podrán autorizar la prestación del servicio regular de personas en vehículos de las categorías M3, Clase III de menor tonelaje a 5.7 toneladas de peso neto vehicular, o M2, Clase III, en rutas en las que no existan transportistas autorizados que presten servicios con vehículos habilitados de la categoría señalada en el numeral anterior”.

24. Sobre la base de lo anterior, es posible afirmar que, si bien el artículo 20.3.1 del Decreto Supremo 017-2009-MTC exige que los vehículos destinados al servicio de transporte público de personas en el ámbito regional deben corresponder a la Categoría M3, Clase III, y tener un peso neto vehicular mínimo de 5.7 toneladas, también lo es que el artículo 20.3.2 del mismo cuerpo normativo establece que los Gobiernos regionales, atendiendo a las características propias de su realidad, pueden mediante ordenanza regional debidamente sustentada autorizar la prestación del servicio regular de transporte de personas: i) en vehículos de las categorías M3, Clase III, de menor tonelaje a 5.7 toneladas; o, ii) en vehículos de la Categoría M2, Clase III. En ambos casos, aunque ello solo ocurre en las rutas en las que no exista transportistas autorizados que presten servicios con vehículos habilitados de la categoría señalada en el numeral anterior. O, lo que es lo mismo, un Gobierno Regional solo puede hacer uso de esta potestad si cumple con justificar mediante ordenanza que las circunstancias particulares de la región lo amerita y siempre que en aquellas rutas no existan vehículos habilitados de conformidad con lo exigido en el mencionado artículo 20.3.1.

25. La exigencia de la dación de una ordenanza regional debidamente sustentada a la que se refiere el artículo 20.3.2 del Decreto Supremo 017-2009-MTC implica, por obvio que parezca, que la fundamentación de la ordenanza regional debe estar sustentada en informes técnicos que den cuenta de manera expresa y detallada de los problemas y necesidades de transporte en la región, de modo que la aplicación de las excepciones previstas en el Reglamento Nacional se encuentre justificada, y sea razonable. Sobre esta base, este Tribunal Constitucional entiende que la expresión ‘Ordenanza Regional debidamente sustentada’, contenida en el referido artículo 20.3.2, implica que los argumentos derivados del informe técnico se incorporen de manera expresa y resumida en la parte normativa de la ordenanza regional. De lo contrario se habrá generado un vicio de inconstitucionalidad en la producción de esta norma de rango legal.
26. En el caso de autos, se advierte que la Ordenanza Regional impugnada que autorizó la prestación del servicio de transporte público de personas a vehículos de la Categoría M2 Clase III, sin la debida sustentación técnica que lo respalde y en rutas donde la región cuenta con vehículos que cumplen las exigencias técnicas –esto último que, según el Gobierno Regional de Arequipa, sería insuficiente y deficiente– resulta contraria a la Constitución y al respectivo bloque de constitucionalidad. En efecto, el artículo 3.1.a de la Ordenanza 153-Arequipa, al regular un aspecto que resultó manifiestamente distinto a lo establecido en el artículo 20.3.2 del Decreto Supremo 017-2009-MTC, se ubica en una posición totalmente contraria a la obligación de complementar o adecuar la normativa vigente sobre el servicio de transporte de personas en armonía con las políticas y los planes nacionales y locales de desarrollo que exige el artículo 192 de la Constitución.
27. Asimismo, el Gobierno Regional demandado, a través del artículo 3.1.a de la Ordenanza Regional 153-Arequipa, ha vulnerado los principios de cooperación y lealtad regional y local y de distribución de competencias al haber ejercido sus competencias fuera del marco establecido en la Constitución y en el respectivo bloque de constitucionalidad (artículos 36.c de la Ley 27783, de Bases de la Descentralización; 4 de la Ley 29370, de Organización y Funciones del Ministerio de Transportes y Comunicaciones; 9.g, 10.2.c y 56.a de la Ley 27867, Orgánica de Gobiernos Regionales, y **11, 16, 16-A y 23.d de la Ley 27181, General de Transporte y Tránsito Terrestre**), así como el de taxatividad y cláusula de residualidad, al haberse atribuido una competencia que no le ha sido previamente asignada y que tampoco resulta consustancial al ejercicio de competencias que le fueron asignadas expresamente (poderes implícitos).

28. Por las consideraciones expuestas, este Tribunal Constitucional considera que el artículo 3.1.a de la Ordenanza Regional 153-Arequipa resulta inconstitucional. En cuanto a los artículos 3.1.b a 3.2, 3.3 a 3.5, 4 y 5 de dicha ordenanza, estas también resultan inconstitucionales, en la medida en que hacen operativa la disposición contenida en el artículo 3.1.a. Por lo tanto, la demanda debe ser declarada fundada en este extremo.

D. LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD POR CONEXIDAD

29. De otro lado, se advierte que parte del contenido del artículo 3.1.a de la Ordenanza Regional 153-Arequipa ha sido reiterado en el artículo 1 de la modificatoria de la Ordenanza Regional 220-Arequipa, puesto que ambas disposiciones autorizan a los vehículos de la categoría M2, Clase III, la prestación del servicio de transporte de personas a nivel interprovincial en el ámbito de la Región Arequipa. Por ello este Tribunal Constitucional considera pertinente realizar, por conexidad, un análisis de constitucionalidad de la segunda disposición. En concreto, el artículo 1 de la Ordenanza 220-Arequipa en la parte central establece lo siguiente:

Artículo 3.1.a.- Autorización para la Prestación del Servicio

- a) Categoría y Clase de Vehículo.- Se autoriza a los vehículos de la categoría M3 Clase III de peso vehicular menor a 5.7 toneladas de peso neto ó vehículos de la Categoría M2 Clase III, a la prestación de servicio regular de transporte de personas a nivel interprovincial en el ámbito de la Región Arequipa (...).
30. La declaratoria de inconstitucionalidad de normas conexas es perfectamente posible en el marco de un proceso abstracto de inconstitucionalidad. Al respecto, este Tribunal tiene establecido que “a fin de garantizar la seguridad jurídica en el ordenamiento jurídico nacional y asegurar la supremacía constitucional, los procesos de inconstitucionalidad tienen como objetivo colateral buscar la declaración de inconstitucionalidad de normas conexas, que evite la vigencia de normas que, por consecuencia o conexidad con la norma declarada inconstitucional, son también contrarias a la Constitución” (fundamento 9 de la STC 0033-2007-PI/TC).
31. El propio Código Procesal Constitucional en su artículo 78 expresamente establece que “La sentencia que declare la ilegalidad o inconstitucionalidad de la norma impugnada, declarará igualmente la de aquella otra a la que debe extenderse por conexión o consecuencia”. Al respecto, este Tribunal, en más de una oportu-

nidad, ha dicho que el órgano competente para hacer uso de la denominada ‘inconstitucionalidad por conexidad o consecuencia’ es el Tribunal Constitucional, y que la etapa procesal para realizar dicho examen es al momento de sentenciar, siempre que se trate de una disposición normativa no invocada como pretensión en la demanda y que la misma complemente, precise o concretice el supuesto o la consecuencia de la disposición declarada inconstitucional (fundamento 3 del ATC 0012-2014-PI/TC, de fecha 21 de mayo de 2015).

32. Como hemos dicho *supra*, el artículo 20.3.2 del Decreto Supremo 017-2009-MTC, Reglamento Nacional de Administración de Transporte, establece que los Gobiernos regionales, atendiendo a las características propias de su realidad, pueden, mediante ordenanza regional debidamente sustentada, autorizar la prestación del servicio regular de transporte de personas: i) en vehículos de las categorías M3, Clase III de menor tonelaje a 5.7 toneladas, o, ii) en vehículos de la categoría M2, Clase III. En ambos casos, ello solo ocurre en las rutas en las que no existan transportistas autorizados que presten servicios con vehículos habilitados de la categoría señalada en el numeral anterior.
33. De la parte considerativa de la Ordenanza Regional 220-Arequipa se advierte que esta se sustenta en el Informe Situacional del Mercado de Transporte Regular de Personas en la Región Arequipa, que da cuenta de las necesidades de transporte reclamadas por los usuarios en torno al incumplimiento de horarios y rutas por las empresas de transporte, competencia desleal por las empresas de la categoría M3, ocurrencia de accidentes por maniobras irresponsables de conductores de vehículos M3, entre otros aspectos, así como en los informes de la Gerencia Regional de Transportes y Comunicaciones, los cuales concluyen que, si bien, “existen empresas autorizadas en la categoría M3, Clase III, su oferta no es suficiente, y la que existe además presenta deficiencias”.
34. Al respecto, resulta preciso anotar que un informe situacional no necesariamente cumple los criterios de un informe técnico, en el que debe constar, al menos, la información cuantitativa y cualitativa sobre la oferta de transporte público en la región de que se trate y los problemas que esta enfrenta como razones que justifican la adopción o autorización para la prestación del servicio de transporte público a vehículos de las categorías M3, clase III, de menor tonelaje a 5.7 toneladas, o de la Categoría M2, clase III. En ese sentido, no basta con dar cuenta de la insatisfacción de los usuarios en torno al incumplimiento de horarios y rutas o de la competencia desleal de las empresas, sino que se hace necesario recopilar datos que complementen y sostengan tal situación, a partir del estudio y análisis de las carencias del servicio de transporte en la región.

35. Por ello, este Tribunal considera que la fundamentación expresada en la Ordenanza Regional 220-Arequipa no resulta suficiente para sustentar su constitucionalidad ni tampoco forma parte de su estructura normativa. En efecto, la referida Ordenanza Regional no proporciona información específica que dé cuenta de la necesidad de ampliar el servicio de transporte público de personas en la Región Arequipa a través del otorgamiento de licencias a vehículos de las categorías M3, clase III, de un peso menor a 5.7 toneladas y M2, Clase III. Sobre esta base, es forzoso concluir que no se satisface la información objetiva necesaria para el uso de la potestad reconocida en el artículo 20.3.2 del Decreto Supremo 017-2009-MTC y, en consecuencia, el artículo 1 de la Ordenanza Regional 220-Arequipa también afecta los artículos 11, 16, 16-A y 23.d de la Ley 27181, General de Transporte y Tránsito Terrestre.
36. Por las consideraciones expuestas, este Tribunal Constitucional considera que el artículo 1 de la Ordenanza Regional 220-Arequipa resulta inconstitucional por conexidad.

E. EFECTOS DE LA SENTENCIA

37. Este Tribunal considera necesario exhortar al Gobierno Regional de Arequipa a que, en el posterior ejercicio de sus competencias, tenga en cuenta que la finalidad de la regulación en materia de transporte terrestre de personas consiste en el establecimiento de reglas claras, eficaces, transparentes y estables (artículo 9 de la Ley 27181, General de Transporte y Tránsito Terrestre), de carácter técnico, legal y operacional, en los ámbitos nacional, regional y provincial, que deben cumplir los operadores prestadores del servicio para su acceso y permanencia en el desarrollo de dicha actividad. Por consiguiente, si bien la propia Constitución permite a los Gobiernos regionales la emisión de normativa complementaria (artículo 192.7), dicha potestad debe ser ejercida en el marco de sus competencias, proscribiéndoles de esta manera la posibilidad de emitir normas que contravengan o desnaturalicen –a través de interpretaciones extensivas, por ejemplo– los reglamentos nacionales en esta materia.
38. De otro lado, el artículo 204 de la Constitución establece que la norma declarada inconstitucional quedará sin efecto al día siguiente de la publicación. A su vez, el mismo dispositivo prevé que la sentencia del Tribunal que declara inconstitucional en todo o en parte no tiene efecto retroactivo. En ese sentido, el Gobierno Regional de Arequipa, en un plazo razonable, debe establecer un Plan de Adecuación relativo a las condiciones técnicas de los vehículos de transporte público previstas en la normativa nacional. Ello a fin de que el servicio de trans-

porte público de la Región Arequipa cumpla con las garantías necesarias que aseguren la calidad, la eficiencia y la seguridad del servicio de transporte que se brinda a los usuarios, y que la situación que es manifiestamente inconstitucional no permanezca en el tiempo, a pesar de la declaratoria de inconstitucional de las ordenanzas antes mencionadas.

39. Asimismo, corresponde analizar la solicitud del demandante, referida a que este Tribunal Constitucional establezca que las normas regionales y locales de contenido similar al de la ordenanza impugnada carecen de efectos jurídicos por contravenir la jurisprudencia constitucional vinculante. Al respecto, conviene reiterar el criterio, ya asumido por este Tribunal, en el sentido de que las sentencias dictadas en un proceso de inconstitucionalidad tienen efecto vinculante para todos los poderes públicos y gozan de efectos generales conforme a lo dispuesto en el artículo 82 del Código Procesal Constitucional (fundamento 92 de la STC 0006-2008-PI/TC).
40. En consecuencia, en el supuesto de que alguna autoridad o persona pretenda desconocer los efectos vinculantes de las sentencias de este Tribunal, la corrección de tales excesos no pasa por desconocer la potestad normativa que la Constitución reconoce como parte de la autonomía política a los Gobiernos descentralizados en materias vinculadas a su gestión (fundamento 38 de la STC 0020-2005-PI/TC) o aplicar un control *de facto* de constitucionalidad a aquellas normas que no tengan en cuenta la jurisprudencia del Tribunal. Aquello implicaría, de un lado, una desconfianza en los propios efectos generales y vinculantes que acompañan la sentencia de inconstitucionalidad, y, por el otro, desconocer el modelo de control posterior de constitucionalidad adoptado por nuestra Constitución (fundamento 10 del ATC 0005-2014-PI/TC; fundamento 9 del ATC 0006-2015-PI/TC). En tal supuesto, este Tribunal ejercerá las competencias constitucionales que correspondan, en la hipótesis de que nuevas normas pretendan desconocer la fuerza vinculante de sus resoluciones.

III. FALLO

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

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA EN PARTE** la presente demanda de inconstitucionalidad; en consecuencia, **INCONSTITUCIONALES** los artículos 3, 4 y 5 de la Ordenanza Regional 153-Arequipa. Asimismo, declara **INCONSTITUCIONAL**,

por conexidad, el artículo 1 de la Ordenanza Regional 220-Arequipa, debiendo ser expulsados del ordenamiento jurídico, por ser contradictorios con la Constitución y el respectivo bloque de constitucionalidad.

2. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda respecto de los artículos 1 y 2 de la Ordenanza Regional 153-Arequipa, por haber operado la sustracción de la materia.
3. **EXHORTAR** al Gobierno Regional de Arequipa a que, en un plazo razonable, desarrolle y materialice un Plan de Ajuste del Transporte Público en la Región Arequipa que se adecue a las reglas relativas a las condiciones técnicas de los vehículos de transporte público de personas, previstas en la Ley 27181, Ley General de Transportes y normativa correspondiente.

Publíquese y notifíquese.

SS.

URVIOLA HANI

MIRANDA CANALES

BLUME FORTINI

RAMOS NÚÑEZ

SARDÓN DE TABOADA

LEDESMA NARVÁEZ

EXP. No. 00001-2013-PI/TC
LIMA
PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Por motivos de fuerza mayor, no pude asistir a la sesión de votación de esta causa, en cuyo debate participé en su momento. Teniendo ya por ello un criterio claro al respecto, dejo constancia de mi adhesión al texto finalmente aprobado por mis colegas, el cual abiertamente respaldo en su parte resolutive, la cual dice lo siguiente:

1. Declarar **FUNDADA EN PARTE** la presente demanda de inconstitucionalidad; en consecuencia, **INCONSTITUCIONALES** los artículos 3, 4 y 5 de la Ordenanza Regional 153-Arequipa. Asimismo, declara **INCONSTITUCIONAL**, por conexidad, el artículo 1 de la Ordenanza Regional 220-Arequipa, debiendo ser expulsados del ordenamiento jurídico, por ser contradictorios con la Constitución y el respectivo bloque de constitucionalidad.
2. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda respecto de los artículos 1 y 2 de la Ordenanza Regional 153-Arequipa, por haber operado la sustracción de la materia.
3. **EXHORTAR** al Gobierno Regional de Arequipa a que, en un plazo razonable, desarrolle y materialice un Plan de Ajuste del Transporte Público en la Región Arequipa que se adecúe a las reglas relativas a las condiciones técnicas de los vehículos de transporte público de personas, previstas en la Ley 27181, Ley General de Transportes y normativa correspondiente.

S.
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA



**B. PROCESOS DE TUTELA
DE DERECHOS**

Sentencia 00776-2014-PA/TC

Recurso de apelación por salto a favor de la ejecución de la Sentencia 01034-2013-PA/TC interpuesto por César José Hinostroza Pariachi en materia de nombramientos del Consejo Nacional de la Magistratura.

Fecha de publicación de la sentencia en el Portal Oficial del TC:
8 de mayo de 2014

Fecha de publicación del auto en el Portal Oficial del TC:
13 de octubre de 2014

Resumen: El Tribunal Constitucional, mediante la Sentencia 03891-2011-PA/TC, de fecha 16 de enero de 2012, declaró fundada la demanda interpuesta por el recurrente contra el Consejo Nacional de la Magistratura — CNM, en la cual solicitó la nulidad del acuerdo en el que se decidió no nombrarlo como Fiscal Supremo, pese a que ocupó el primer puesto del cuadro de méritos, por haberse acreditado la violación de sus derechos al debido proceso y a la motivación de las resoluciones. Por tanto, se ordenó al CNM a emitir un nuevo acuerdo debidamente motivado, y que sus miembros vuelvan a votar su decisión.

Sin embargo, en la etapa de ejecución de sentencia la entidad emplazada declaró desierto el concurso para la plaza de Fiscal Supremo, al no haberse alcanzado el número de votos requeridos. En tal sentido, el demandante presentó pedidos de represión de actos lesivos homogéneos, solicitó que se ejecute la citada sentencia en sus propios términos, y una ampliación de sentencia. Sin embargo, estos pedidos fueron rechazados o no lograron lo solicitado por el recurrente, de manera que este interpuso un recurso de apelación por salto para que el mismo Tribunal emitiera un pronunciamiento respecto al cumplimiento de su primera sentencia.

El Tribunal indicó que no resultaba pertinente emitir una nueva sentencia, sino que se debía lograr el cumplimiento efectivo de la anterior sentencia constitucional, según lo dispuesto en el artículo 59 del Código Procesal Constitucional, donde se establecen las pautas o directivas necesarias para lograr el cumplimiento efectivo de las sentencias constitucionales y, por ese medio, reparar de modo definitivo los derechos fundamen-

tales afectados. De esta manera, el Tribunal declaró fundado el recurso de apelación por salto mediante la Sentencia 01034-2013-PA/TC, y ordenó al CNM nombrar un Fiscal Supremo entre los postulantes que quedaban en carrera, César José Hinostroza Pariachi y Mateo Grimaldo Castañeda Segovia, en el concurso convocado por esa entidad para el 2010 en la plaza aun vacante.

Sin embargo, mediante auto de aclaración de la Sentencia 01034-2013-PA/TC, el Tribunal precisó que el criterio que debe seguir el CNM para nombrar al nuevo Fiscal Supremo debe ser en estricto orden de méritos, de acuerdo a lo establecido en la Ley de Carrera Judicial.

Posteriormente, y en atención a que el CNM no dio cumplimiento a lo dispuesto en la Sentencia 01034-2013-PA/TC y nombró a otras personas, el Tribunal declaró fundado un segundo recurso de apelación por salto planteado por el demandante, mediante la Sentencia 00776-2014-PA/TC, ordenando directamente al CNM a nombrar al recurrente como Fiscal Supremo.

Asimismo, dispuso que en caso de no existir plazas, el CNM deje una plaza vacante en reserva para César José Hinostroza Pariachi y que, como medida reparadora, no realice ningún concurso público para Fiscales Supremos mientras no se le nombre como Fiscal Supremo.

622

Ante esta situación, el CNM interpuso un pedido de nulidad, entendido como reposición, alegando la vulneración del artículo 154, inciso 1, de la Constitución, según el cual una de las funciones del CNM es el nombramiento de fiscales, previo concurso público de méritos y evaluación personal, de manera que el Tribunal no puede ordenar que se nombre a un Fiscal Supremo. Alegó además que la sentencia quebrantó la finalidad restitutoria del amparo.

La controversia se resolvió finalmente con el Auto 00776-2014-PA/TC, emitido por la nueva conformación del Pleno del Tribunal, mediante el cual se declaró fundado el recurso de reposición interpuesto por el CNM y, en consecuencia, nulo todo lo actuado a partir de la decisión del Tribunal de fecha 9 de setiembre de 2013 (es decir, a partir de la Sentencia 01034-2013-PA/TC), por haberse acreditado la vulneración de la cosa juzgada establecida en la sentencia definitiva del Tribunal Constitucional de fecha 16 de enero de 2012 (es decir, en la Sentencia 03891-2011-PA/TC), y por afectar las competencias exclusivas del CNM en materia de nombramiento de fiscales establecidas en el artículo 154, inciso 1, de la Constitución.

Asimismo, el Tribunal declaró que el CNM cumplió con motivar de modo suficiente su decisión sobre la postulación del recurrente al cargo de Fiscal Supremo, tal como se ordenó en la Sentencia 03891-2011-PA/TC.

Por último, el Tribunal emitió un segundo auto de aclaración de la Sentencia 01034-2013-PA/TC, señalando que carecía de objeto pronunciarse respecto de los recursos planteados por el CNM al interior de ese proceso, debido a que se había producido la sustracción de la materia.

Temas Claves: Apelación por salto — Consejo Nacional de la Magistratura — cosa juzgada — debida motivación de las resoluciones — ejecución de sentencia.

EXP. N.º 00776-2014-PA/TC (EXP. N.º 01034-2013-PA/TC)

LIMA

CÉSAR JOSÉ HINOSTROZA PARIACHI

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 14 días del mes de abril de 2014, el Tribunal Constitucional, en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de apelación por salto a favor de la ejecución de la STC N.º 01034-2013-PA/TC, interpuesto por don César José Hinostroza Pariachi, de fecha 08 de enero de 2014; contra la Resolución N.º 49, de fecha 26 de diciembre de 2013, obrante a fojas 1665 del Tomo III, expedida por el Quinto Juzgado Constitucional de Lima, que declaró la sustracción de la materia y el archivamiento del proceso.

624

ANTECEDENTES

a. Demanda y sentencia del Tribunal Constitucional

Con fecha **13 de mayo de 2011**, el recurrente interpone demanda de amparo contra el Consejo Nacional de la Magistratura (CNM), solicitando que se declare la nulidad del **Acuerdo N.º 176-2011**, adoptado por mayoría y contenido en el Acta de Sesión Plenaria Extraordinaria de fechas 27 y 28 de enero de 2011, que resolvió no nombrarlo Fiscal Supremo en el marco de la Convocatoria N.º 002-2010-SN/VCNM, pese a que ocupó el primer puesto del cuadro de méritos; invocando la afectación de sus derechos al debido proceso y a la motivación de los actos administrativos [f. 100, tomo I].

Mediante **STC N.º 03891-2011-PA/TC**, de fecha **16 de enero de 2012**, el Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda, considerando que el acto lesivo cuestionado había vulnerado los derechos del actor al debido proceso y a la motivación de las resoluciones; y en consecuencia, nulo el Acuerdo N.º 176-2011, ordenando al CNM emitir un nuevo acuerdo debidamente motivado, y a sus miembros, volver a votar su decisión “*de conformidad con lo dispuesto por el artículo 154º 1 de la Constitu-*

ción, el segundo párrafo del artículo 33° de la Ley N.º 29277 de la Carrera Judicial y el artículo 53° del Reglamento de Concursos para el Acceso Abierto en la Selección y Nombramiento de Jueces y Fiscales aprobado mediante Resolución N.º 281-2010-CNM [fundamento 61]. Cabe señalar que en los fundamentos de esta sentencia también se declaró vulnerados los derechos de acceso a la función pública y a la presunción de inocencia.

b. Etapa de ejecución de la STC N.º 03891-2011-PA/TC

Mediante **Acuerdo N.º 766-2012**, contenido en el Acta de Sesión Plenaria Extraordinaria del CNM de fecha **08 de junio de 2012**, el CNM resolvió “*declarar desierto el concurso para la plaza de Fiscal Supremo, al no haber alcanzado los doctores César Hinostroza Pariachi [y otro] el número de votos requeridos por el artículo 154 inciso 1 de la Constitución Política para ser nombrados*” [f. 356, tomo I]

Mediante Resolución N.º 11, de fecha 14 de agosto de 2012, el Quinto Juzgado Constitucional de Lima resolvió declarar nula la sesión N.º 2202 del CNM del 08 de junio de 2012, en el extremo que decide no nombrar al actor en el cargo de Fiscal Supremo; y en consecuencia, “**ORDENA** que los Consejeros del CNM vuelvan a emitir nuevo pronunciamiento, sujetándose de manera estricta a lo dispuesto por el TC en su sentencia de fecha 16 de enero de 2012, aclarada mediante resolución de fecha 16 de abril del mismo año” [f. 530, tomo I]

625

En cumplimiento de ello, mediante **Acuerdo N.º 1614-2012**, contenido en el Acta de Sesión Plenaria Extraordinaria del CNM de fecha **29 de noviembre de 2012**, el CNM resolvió “*No nombrar al señor CÉSAR HINOSTROZA PARIACHI, como FISCAL SUPREMO DEL MINISTERIO PÚBLICO, al no haber alcanzado el voto conforme de los dos tercios del número legal de los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, de conformidad con el artículo 154 inciso 1 de la Constitución Política*” [f. 672, tomo I].

Con fecha **7 de enero de 2013**, el recurrente solicita al Juzgado que declare la nulidad del Acuerdo N.º 1614-2012 y dicte una sentencia ampliatoria en aplicación del artículo 59° del Código Procesal Constitucional, sustituyendo la renuencia del órgano demandado a cumplir la sentencia del Tribunal Constitucional [f. 816, tomo II].

Finalmente, ante los pedidos de conclusión de proceso de la demandada y de destitución y sentencia ampliatoria del actor, el Quinto Juzgado Constitucional de Lima, mediante **Resolución N.º 34**, de **21 de enero de 2013** [f. 906, tomo II] resuelve declarar improcedente el pedido de archivamiento, nula la sesión N.º 2301 del CNM de fecha 29 de noviembre de 2012, en el extremo que decide no nombrar al actor en el cargo de Fiscal Supremo, y ordena “*que los Consejeros del CNM vuelvan a emitir*

nuevo pronunciamiento, sujetándose de manera estricta a lo dispuesto por el TC en su sentencia de fecha 16 de enero de 2012, lo ordenado en la resolución 11, la resolución de la Sala Superior y la presente resolución”; improcedente los pedidos de sentencia ampliatoria y de destitución; y fija algunas pautas para que la emplazada cumpla cabalmente con la sentencia constitucional.

c. Primer recurso de apelación por salto

Con fecha **28 de enero de 2013**, el actor interpone recurso de apelación por salto contra la Resolución N.º 34, en el extremo en que declara improcedente la solicitud de sentencia ampliatoria [f. 939, tomo II], sosteniendo la inviabilidad de otorgar a la demandada una tercera oportunidad para realizar la evaluación de su postulación bajo criterios objetivos, algo a lo que, a su entender, el CNM se ha mostrado renuente. Por su parte, con fecha **30 de enero de 2013**, el Procurador del CNM interpone recurso de apelación por salto contra la Resolución N.º 34, en el extremo en que declara nula la sesión N.º 2301 y se ordena nuevo pronunciamiento [f. 1076, tomo II], alegando que a través de sus Resoluciones N.ºs 11 y 34 el Juzgado ha desnaturalizado la ejecución de la sentencia del Tribunal Constitucional, al exigir que dicho cumplimiento también se ajuste a las pautas dictadas por su despacho y a lo resuelto por la Sala Superior, apartándose de esta manera de sus atribuciones.

626

Mediante **STC N.º 01034-2013-PA/TC**, de fecha **9 de setiembre de 2013**, el Tribunal Constitucional declaró fundado el recurso de apelación por salto planteado por la parte demandante, al considerar acreditada la renuencia del CNM en cumplir la sentencia constitucional de fecha 16 de enero de 2012, y la resolución expedida en vía de ejecución por el Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima, N.º 11 de fecha 14 de agosto de 2012, “*lo que demuestra a su vez una conducta inaceptable que desafía la autoridad de este Colegiado como supremo y definitivo intérprete de la Constitución (artículo 1º de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), e instancia final en los procesos de tutela de derechos como el proceso de amparo (artículo 202º inciso 2 de la Constitución)*” [fundamento 24]; en consecuencia, en aplicación del artículo 59º del Código Procesal Constitucional, y luego de valorar que “*nada estaría más alejado de los principios de economía procesal y tutela efectiva de los derechos fundamentales (artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional), que optar por brindar una nueva e inoficiosa oportunidad al Consejo demandado para que emita una nueva decisión en torno a la postulación del demandante (...)*”, ordenó al CNM “*proceder a nombrar, entre los postulantes que quedan en carrera, esto es, don César José Hinostroza Pariachi o don Mateo Grimaldo Castañeda Segovia, a aquel que corresponda desempeñarse como Fiscal Supremo, conforme a las bases y reglamentos vigentes al momento de realizarse la convocatoria para dicha plaza*” [punto resolutivo N.º 2].

d. Etapa de ejecución de la STC N.º 01034-2013-PA/TC

Mediante **Acuerdo N.º 1835-2013**, contenido en el Acta de Sesión N.º 2482, de fecha **15 de noviembre de 2013** [fojas 1362 del Tomo III], el CNM resolvió declarar que los postulantes Hinostroza Pariachi y Casteñeda Segovia “*no alcanzaron el requisito constitucional del voto conforme de los dos tercios del número legal de los siete miembros que actualmente conforman el Consejo Nacional de la Magistratura*”.

Mediante Resolución N.º 44, de fecha **9 de diciembre de 2013** [fojas 1487], el Quinto Juzgado Constitucional de Lima declaró improcedente el pedido de conclusión del proceso solicitado por la demandada, y en consecuencia, requirió al CNM para que procedan a nombrar, entre los postulantes que quedan en carrera, a aquél que corresponda desempeñarse como Fiscal Supremo, “*conforme a las bases y reglamentos vigentes al momento de realizarse la convocatoria para dicha plaza, en estricto orden de méritos, conforme lo ordenado por el Tribunal Constitucional de forma expresa y sustentado desde los fundamentos 24 a 29 de la sentencia emitida en la STC N.º 1034-2013-PA/TC, y en los fundamentos 7, 8 y 9 de la resolución aclaratoria de fecha 31 de octubre de 2013, MANDATO que deberá ser cumplido en el plazo improrrogable de 02 días útiles contado a partir de la notificación de la presente resolución; bajo apercibimiento de multa*”. Asimismo, se declaró improcedente el pedido de suspensión del concurso 002-2012-SN/CNM “*correspondiendo a los miembros del CNM tomar las medidas correspondientes con el fin de efectivizar lo ordenado por el TC, bajo responsabilidad*”.

627

Por su parte, mediante Resolución N.º 45, de fecha **16 de diciembre de 2013** [fojas 1508], el Quinto Juzgado Constitucional de Lima, integrando la Resolución N.º 44, declaró nula la sesión 2482 y el Acuerdo 1835-2013, en el extremo en que el CNM decidió no nombrar al actor en el cargo de Fiscal Supremo.

Mediante Resolución N.º 47, de fecha **17 de diciembre de 2013** [fojas 1623], el Juez ordenó suspender el concurso N.º 002-2012-SNCNM, hasta que se resuelva en definitiva la ejecución de la sentencia “*a fin de evitar posible irreparabilidad en el derecho del actor*” y ordenó “*OFÍCIESE en el día al Presidente del CNM para que proceda de acuerdo a ley*”.

Mediante Resolución N.º 48, de fecha **17 de diciembre de 2013**, el Juez volvió a requerir al CNM para el cumplimiento de la STC N.º 01034-2013-PA/TC [fojas 1629].

Mediante **Acuerdo N.º 1988-2013**, emitido en Sesión de Pleno N.º 2498, de fecha **18 de diciembre de 2013** [fojas 1650], el CNM decidió no nombrar al actor en el cargo de Fiscal Supremo, señalándose allí, entre otras cosas, que “*este cumplimiento constituye una solución institucional ante la imposibilidad jurídica propuesta por el Juz-*

gado” y que “*el mandato del juez constituye un imposible jurídico y fáctico para ejecutar, no sólo por la exigencia constitucional de los 5 votos al que ninguno de los citados demandantes (Hinostroza Pariachi y Castañeda Segovia) ha alcanzado ni alcanzará en el futuro (...) salvo que el juez ordene que el nombramiento 4 votos para el nombramiento, que ningún juez se atreverá a disponer*”. Cabe señalar que, en este caso, los consejeros Herrera Bonilla, Talavera Elguera y Maezono Yamashita, quienes venían votando a favor del demandante, cambiaron su voto en contra de la postulación del demandante, sin ofrecen motivación alguna para ello.

Y ese mismo día, mediante **Acuerdo N.º 1990-2013**, contenido en el Acta de Sesión N.º 2499, de fecha **18 de diciembre de 2013** [fojas 1645], el CNM resolvió nombrar como Fiscal Supremo a la Dra. Zoraida Ávalos Rivera, quien figuraba en el primer puesto del cuadro de méritos elaborado por el Consejo, adonde además figuraban los postulantes Nora Miraval Gambini (2º puesto) y José Pereira Rivarola (3º puesto); todo ello, en el marco de la Convocatoria N.º 002-2012-SN/CNM.

Mediante Resolución N.º 49, de fecha 26 de diciembre de 2013 [fojas 1665] el Quinto Juzgado Constitucional de Lima declaró la sustracción de la materia y el archivamiento definitivo del proceso.

628

e. Segundo recurso de apelación por salto

Con fecha **08 de enero de 2014**, el recurrente interpone recurso de apelación por salto a favor de la ejecución de la STC N.º 01034-2013-PA/TC, y contra la Resolución N.º 49 expedida por el juez de ejecución [fojas 1701].

FUNDAMENTOS

§1. Sobre el derecho a la ejecución de las sentencias constitucionales

1. De conformidad con el artículo 139º, inciso 2 de la Constitución, toda persona sometida a un proceso judicial tiene derecho a que no se deje sin efecto aquellas resoluciones que han adquirido la autoridad de cosa juzgada, ni modificar su contenido, ni retardar su ejecución.
2. Sobre el particular, este Tribunal ha sostenido en reiterada jurisprudencia que este derecho garantiza al justiciable que las resoluciones que hayan puesto fin al proceso judicial no sólo no puedan ser recurridas a través de medios impugnatorios –bien sea porque estos han sido agotados o porque ha transcurrido el plazo legal para interponerlos– sino también que el contenido de las mismas no pueda ser dejado sin efecto ni modificado, ya sea por actos de otros poderes públicos, de terceros o, incluso, de los mismos órganos jurisdiccionales que resolvieron el caso [STC N.º 04587-2004-AA/TC, fundamento 38].

3. En el ámbito de los procesos constitucionales este derecho encuentra una configuración expresa en el artículo 22º, primer párrafo del Código Procesal Constitucional, el cual dispone que la sentencia que cause ejecutoria al interior de estos procesos “se actúa conforme a sus propios términos por el juez de la demanda”.
4. La ejecución de las sentencias en sus propios términos, ha dicho este Tribunal en la STC N.º 01939-2011-PA/TC, constituye una garantía a favor de las partes procesales, esto es, “tanto para el ejecutante como para el ejecutado, puesto que les impide reabrir el debate ya finalizado y clausurado por la firmeza, así como modificar el derecho reconocido por sentencia firme a su capricho, alterando las condiciones en que fue delimitado [Carballo Piñeiro, Laura. *Ejecución de condenas de dar (tratamiento procesal adaptado a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil)*, Barcelona, Bosch, 2001, p. 30]. En ese mismo sentido, ha reconocido que:

“[no] resulta admisible que los contenidos de una resolución estimatoria puedan ser reinterpretados en vía de ejecución y que incluso tal procedimiento se realice de forma contraria a los propios objetivos restitutorios que con su emisión se pretende. Producida una sentencia estimatoria, y determinado un resultado a partir de sus fundamentos, es indiscutible que no pueden, estos últimos, ser dirigidos contra la esencia de su petitorio, de manera tal que este termine por desvirtuarse” [STC N.º 01102-2000-AA/TC].

629

5. Así pues, con la finalidad de garantizar la eficacia de este derecho en el contexto de los procesos constitucionales, este Tribunal, en la STC N.º 0004-2009-PA/TC, publicada el 15 de noviembre de 2010, ha establecido que el recurso de apelación por salto a favor de la ejecución de una sentencia del Tribunal Constitucional procede contra la resolución del juez de ejecución que declara actuado, ejecutado o cumplido el mandato de una sentencia del Tribunal Constitucional, o que declara fundada la contradicción u observación propuesta por el obligado; frente a supuestos de inejecución, ejecución defectuosa o desnaturalización de una sentencia constitucional.

§2. Análisis de la controversia

6. De autos se desprende que la controversia de autos consiste en determinar si, en fase de ejecución de sentencia, se ha desvirtuado lo decidido por este Tribunal en la STC N.º 01034-2013-PA/TC, que declaró fundado el recurso de apelación por salto planteado por la parte demandante, y ordenó al CNM proceder a nombrar, entre los postulantes que quedaban en carrera, esto es, don César

José Hinojosa Pariachi o don Mateo Grimaldo Castañeda Segovia, a aquel que corresponda desempeñarse como Fiscal Supremo, conforme a las bases y reglamentos vigentes al momento de realizarse la convocatoria para dicha plaza.

§2.1 Sobre la presunta sustracción de la materia

7. El recurso de apelación por salto tiene por objeto que se declare la nulidad de la resolución N.º 49, del 26 de diciembre de 2013 (f. 1665), emitida con ocasión del pedido del recurrente para que se declare la nulidad de la Sesión N.º 2498 y el Acuerdo N.º 1988-2013 que no lo nombra como Fiscal Supremo, así como al pedido de nulidad de la Sesión N.º 2499 y del Acuerdo N.º 1990-2013 que designa a doña Zoraida Ávalos Rivera como Fiscal Suprema; en ese sentido, dicha resolución declara la sustracción de la materia y dispone el archivo del proceso, dado que no existe vacante alguna que cubrir.
8. El Código Procesal Constitucional regula dos supuestos para que la sustracción de la materia se produzca, como se puede advertir de los artículos 1º y 5º.5 de dicha norma:
 - 8.1. En el primer caso, el segundo párrafo del artículo 1º refiere que “Si luego de presentada la demanda cesa la agresión o amenaza por decisión voluntaria del agresor, o si ella deviene en irreparable, el Juez, atendiendo al agravio producido, declarará fundada la demanda precisando los alcances de su decisión (...)”. Como se aprecia del mismo, la norma establece que dependiendo del agravio, el juez puede declarar fundada la demanda, pero no dice que otra u otras alternativas tiene el juzgador –atendiendo justamente a la naturaleza de aquél–. Frente a ello, jurisprudencialmente este Tribunal ha declarado la sustracción de la materia, teniendo presente o el cese de la amenaza o agresión, o la irreparabilidad de la agresión.
 - 8.2. En el segundo caso, el artículo 5º.5 precitado precisa que la demanda es improcedente cuando “A la presentación de la demanda ha cesado la amenaza o violación de un derecho constitucional o se ha convertido en irreparable”.
9. Como se advierte en ambos casos, estamos frente a situaciones en las que o la agresión o amenaza han cesado, o se han convertido en irreparables, lo que obviamente debe ocurrir antes de que se haya emitido sentencia resolviendo la pretensión planteada en cada caso.
10. Sin embargo, en el caso de autos nos encontramos frente a una situación en la que la parte recurrente ya cuenta no sólo con una sentencia dictada a su favor, sino además con otra que complementa la anterior ante los nuevos hechos o

actuaciones ocurridas o desarrolladas por la parte obligada, esto es, el Consejo Nacional de la Magistratura. En consecuencia, no procede declarar la sustracción de la materia ni mucho menos el archivo del proceso, sino determinar de qué manera se deben ejecutar las decisiones emitidas por este Tribunal y que tienen la calidad de cosa juzgada.

11. Por ello, este Tribunal recuerda al *a quo*, que el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales constituye parte inseparable de la exigencia de efectividad de la tutela judicial. En efecto, el Tribunal Constitucional ya ha dejado establecido en anterior oportunidad que *“el derecho a la ejecución de 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 (...) 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”* [STC N.º 0015-2001-AI, 0016-2001-AI y 0004-2002-AI/TC, fundamento 11]. En esa misma línea de razonamiento, se ha precisado en otra sentencia que *“la tutela jurisdiccional que no es efectiva no es tutela”*, reiterando la íntima vinculación entre tutela y ejecución al establecer que *“el derecho al cumplimiento efectivo y, en sus propios términos, de aquello que ha sido decidido en el proceso, forma parte inescindible del derecho a la tutela jurisdiccional a que se refiere el artículo 139.3 de la Constitución”* [STC N.º 04119-2005-PA/TC, fundamento 64].
12. Como lógica consecuencia de lo expuesto, no corresponde ya que este Tribunal se pronuncie sobre el fondo del proceso –pues existen dos sentencias sobre el particular–, sino únicamente recordar que en tanto no se ejecuten las sentencias dictadas en sede constitucional, en sus propios términos, no solo se afectan los derechos inicialmente demandados –debido proceso y a la motivación–, sino también los derechos de acceso a la función pública y a la presunción de inocencia, así como a la ejecución de las resoluciones judiciales.
13. Como correlato de ello, corresponderá que el CNM, con esta u otra conformación, procedan a ejecutar las sentencias emitidas, las que se mantienen subsistentes ante el incumplimiento de lo ordenado por el Tribunal Constitucional.

§2.2 Sobre el modo de ejecutar la STC N.º 01034-2013-PA/TC en el presente caso

14. Resuelta así esta cuestión previa, el Tribunal Constitucional debe entrar a analizar el modo en el que deberá ejecutarse la STC N.º 01034-2013-PA/TC, en

concordancia con lo establecido primigeniamente en la STC N.º 03891-2011-PA/TC.

15. Al respecto, para este Tribunal no pasa desapercibido el hecho de que, con fecha posterior a la notificación de la STC N.º 01034-2013-PA/TC a la parte demandada y el correspondiente apercibimiento dictado por el juez *a quo*, el órgano demandado decidió proseguir con el procedimiento de selección y nombramiento iniciado con la Convocatoria N.º 0002-2012-SN/CNM, al punto de que, con fecha 18 de diciembre de 2013, mediante Acuerdo N.º 1990-2013, contenido en el Acta de Sesión N.º 2499, resolvió nombrar como Fiscal Supremo a la Dra. Zoraida Ávalos Rivera, quien figuraba en el primer puesto del cuadro de méritos elaborado por el Consejo. Y es tal decisión la cual, como se acaba de ver *supra*, motivó que el juez *a quo*, erróneamente, declarara la sustracción de la materia y el archivamiento definitivo del proceso.
16. Sin embargo, lo que el Quinto Juzgado Constitucional de Lima inexplicablemente olvida es que el CNM, de forma anterior a esta decisión, ya había sido notificado oportunamente de cuatro actos procesales, a saber:

632

- 10.1. Notificación de la STC N.º 01034-2013-PA/TC, que ordenó al CNM proceder a nombrar, entre los postulantes que quedaban en carrera, esto es, don César José Hinostroza Pariachi o don Mateo Grimaldo Castañeda Segovia, a aquel que corresponda desempeñarse como Fiscal Supremo, conforme a las bases y reglamentos vigentes al momento de realizarse la convocatoria para dicha plaza [notificación ocurrida con fecha **4 de octubre de 2013**, según cédula que corre a fojas 1307 del Tomo II].
- 10.2. Notificación de la Resolución N.º 44, de fecha 9 de diciembre de 2013, expedida por el propio Juzgado, mediante la cual requirió al CNM para que cumplan el mandato del Tribunal Constitucional [notificación ocurrida con fecha **11 de diciembre de 2013**, según cédula que corre a fojas 1497 y 1498 del Tomo III]
- 10.3. Notificación de la Resolución N.º 47, de fecha 17 de diciembre de 2013, mediante la cual el Juzgado había ordenado la suspensión del concurso N.º 002-2012-SN/CNM, “*a fin de evitar posible irreparabilidad en el derecho del actor*”, precisamente porque la plaza de Fiscal Supremo concursada era la única en la cual podía efectuarse el nombramiento de cualquier de los demandantes (señores Hinostroza Pariachi o Castañeda Segovia) [notificación ocurrida con fecha **18 de diciembre de 2013**, a horas **09:55**, según cédula de notificación que corre a fojas 1638 del Tomo III]; y finalmente,

- 10.4. Notificación de la Resolución N.º 48, de fecha 17 de diciembre de 2013, mediante la cual el propio Juez volvió a requerir al CNM para que dé cumplimiento de la STC N.º 01034-2013-PA/TC [notificación ocurrida con fecha **18 de diciembre de 2013**, a horas **09:55**, según cédula de notificación que corre a fojas 1635 del Tomo III].
17. En consecuencia, si algo resulta meridianamente claro del recuento de estas todas notificaciones procesales, es que el CNM estaba plenamente informado del mandato contenido en la STC N.º 01034-2013-PA/TC, de los requerimientos del juez de ejecución (producidos en dos oportunidades) y, lo que es más grave aún, del requerimiento de suspensión del concurso N.º 002-2012-SN/CNM.

No obstante ello, en abierto desacato a lo resuelto por este Colegiado (y a los recaudos proveídos por el juez de ejecución para evitar la inejecutabilidad de la sentencia constitucional), el Consejo demandado prosiguió con el concurso N.º 002-2012-SN/CNM y, lo que es peor, declaró a un ganador en dicha plaza para Fiscal Supremo, paradójicamente el mismo día en que señalaba que el cumplimiento de la STC N.º 01034-2013-PA/TC era “*un imposible jurídico*” [Acuerdo N.º 1988-2013, de fecha 18 de diciembre de 2013, que obra a fojas 1650].

18. Al respecto, y a propósito del contenido de la Resolución N.º 47 que ordenó la suspensión del concurso N.º 002-2012-SN/CNM, “*a fin de evitar posible irreparabilidad en el derecho del actor*”, el Tribunal Constitucional estima conveniente precisar que tal pronunciamiento del juez *a quo* no sólo resultaba compatible con el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales, que obliga a quienes son responsables de ejecutarlas a “*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*” [STC N.º 015-2001-AI, 016-2001-AI y 004-2002-AI/TC (acumulados), fundamento 12], sino también con lo previsto en el artículo 15º del Código Procesal Constitucional, que posibilita la solicitud y concesión de medidas cautelares cuando exista “*apariencia del derecho, peligro en la demora y que el pedido cautelar sea adecuado o razonable para garantizar la eficacia de la pretensión*”, requisitos éstos que también pueden verificarse en etapa de ejecución de una sentencia constitucional que ya es firme [con el mismo criterio, puede verse la Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 1 de julio de 2011, que concedió medida provisional en etapa de ejecución de una sentencia de la propia Corte].
19. En definitiva, a este Colegiado no le queda margen de duda de que todos los actos procedimentales posteriores a la notificación de la STC N.º 01034-2013-PA/

TC a la parte demandada, y que tuvieron por objeto forzar la “inejecución” de la referida sentencia constitucional creando una supuesta “sustracción de la materia” allí adonde simplemente no podía haberla, no hacen otra cosa que demostrar una conducta procesal inaceptable por parte del CNM, completamente alejada de los principios de buena fe y rectitud que deben presidir la etapa de ejecución de las sentencias constitucionales [Cfr. STC N.º 03066-2012-PA/TC, fundamento 37], y con mayor razón las sentencias de este Alto Colegiado, que resultan plenamente vinculantes para todos los poderes públicos, y cuyos efectos empiezan a regir desde el día siguiente a su notificación [artículo 48º del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional], so pena de transgredir la prohibición constitucional de avocamiento a causas pendientes ante un órgano jurisdiccional (en este caso, pendiente de ejecución) y de dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ambas reconocidas en el artículo 139º inciso 2º de la Constitución.

20. En tal sentido, el Tribunal Constitucional considera que, ante la evidencia de esta práctica abusiva y fraudulenta adoptada órgano demandado, y con el objeto de hacerle frente, debería atenderse a lo que dispone el artículo 44º del TUO de la Ley N.º 27584, Ley del Proceso Contencioso Administrativo (aprobado por Decreto Supremo N.º 013-2008-JUS) [de aplicación supletoria a los procesos constitucionales, de conformidad con el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional] , en el extremo en que se señala:

“Artículo 49.- Actos administrativos contrarios a la sentencia

Son nulos de pleno derecho los actos y disposiciones contrarios a los pronunciamientos de las sentencias que se dicten con la finalidad de eludir el cumplimiento de éstas”.

Así pues, y en ejecución de la STC N.º 01034-2013-PA/TC, el Tribunal Constitucional valora que una opción de reparación consistiría en declarar la nulidad de todos los actos posteriores realizados por el CNM después de notificado con la STC N.º 01034-2013-PA/TC; lo que supondría la nulidad de los nombramientos de las Fiscales Supremos Zoraida Avalos Rivera y Nora Miraval Gambini.

§2.3 La autorestricción de las competencias del Tribunal Constitucional y la plena efectividad de los derechos fundamentales en un Estado Constitucional, máxime si se trata de la ejecución de la STC N.º 01034-2013-PA/TC

21. El Tribunal Constitucional consciente de su rol tutelar de los derechos fundamentales y de las sentencias que así lo reconocen y declaran su violación podía, sin ninguna dificultad y clase de impedimento, hacer uso de la facultad y competencia establecida en el artículo 59 del Código Procesal Constitucional que esta-

blece “*Cuando el obligado a cumplir la sentencia sea un funcionario público el Juez puede expedir una sentencia ampliatoria que sustituya la omisión del funcionario y regule la situación injusta*”, ordenando el nombramiento del accionante como Fiscal Supremo y anulando todo los actos posteriores que se opongan al mandato del Tribunal Constitucional.

22. Sin embargo, en respeto del principio de colaboración y buena fe de los poderes públicos, como de la lealtad constitucional que debe promover los órganos constitucionalmente autónomos, este colegiado considera que se debe respetar la prerrogativa constitucional del Consejo Nacional de la Magistratura de nombrar jueces y fiscales del Perú; de tal forma que sin invadir dicha competencia se debe proceder de manera inmediata a ordenar al CNM a que cumpla con nombrar al accionante en sede de ejecución de sentencia como Fiscal Supremo del Ministerio Público.
23. El Tribunal considera que proceder a declarar la nulidad de todos los actos realizados por el Consejo Nacional de la Magistratura, en especial los actos de nombramiento de las dos fiscales supremas, como una medida de reparación en vía de ejecución de la STC N.º 01034-2013-PA/TC resultaría manifiestamente desproporcionada y, en tal sentido, contraria a la función pacificadora que deben ostentar sus sentencias, orientadas como están 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” [STC N.º 0021-2003-AI/TC, fundamento 2]. Además de ello, el Tribunal no olvida que, de conformidad con el artículo 158º de la Constitución, los miembros del Ministerio Público tienen los mismos derechos y prerrogativas que los del Poder Judicial en la categoría respectiva, una de las cuales es precisamente “[l]a inamovilidad en sus cargos” [artículo 146º inciso 2 de la Constitución]. En definitiva, por estas razones, optar por la nulidad de todo lo actuado con posterioridad a la notificación de la STC N.º 01034-2013-PA/TC al CNM, obligaría a este Tribunal a adoptar una medida desproporcional e inadecuada si se tiene en cuenta los hechos descritos, por lo que tal opción debe descartarse [sobre la imposibilidad fáctica del reintegro de magistrados destituidos con violación de sus derechos humanos, *cf.* las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos recaídas en los casos *Corte Suprema de Justicia vs. Ecuador*, sentencia de 23 de agosto de 2013, párrafos 213 a 215; y *Tribunal Constitucional vs. Ecuador*, sentencia de 28 de agosto de 2013, párrafos 258 a 264].
24. El Tribunal Constitucional considera que la autorestricción de sus competencias y facultades, en especial en cuanto al uso y alcance del art. 59 del Código Procesal Constitucional, debe llevar al Consejo Nacional de la Magistratura a una seria y

adecuada reflexión jurídica y social de reconocer la importancia de respetar y cumplir con las sentencias constitucionales, más aún si se relacionan con la vigencia y plena efectividad de derechos fundamentales en sede de ejecución de sentencia en que de manera firme se ha ordenado nombrar como Fiscal Supremo del Ministerio Público al accionante. El hecho de que el máximo Tribunal de la justicia constitucional en el Perú se autolimita en el empleo de sus facultades constitucionales y legales debe tener como correlato que el Consejo Nacional de la Magistratura cumpla con ejecutar las sentencias constitucionales dictadas por este Tribunal y el juez de ejecución, a fin de preservar la imagen de la justicia en el Perú y el pleno respeto a los derechos fundamentales, pues de otro modo no se entiende cómo el Consejo Nacional de la Magistratura cuando, dentro del marco de sus competencias, evalúa, ratifica y destituye a jueces y fiscales de todas las jerarquías en el Perú exige a los magistrados del país el respeto de la Constitución y la ley si es que la misma institución no cumple de manera adecuada y de buena fe con las sentencias constitucionales. En ese sentido, sería un precedente nefasto para la propia credibilidad, autoridad y legitimidad del CNM que, por un lado, exija a los jueces respetar la Constitución y ejecutar sus sentencias si, por otro lado, de motu proprio desconoce las sentencias emitidas por el máximo Tribunal de la jurisdicción constitucional en el Perú.

636

25. El Tribunal Constitucional destaca que el propio Consejo Nacional de la Magistratura en diversas resoluciones promueve y exige a los magistrados (jueces y fiscales del Perú), como es su deber constitucional y legal, a cumplir y ejecutar los fallos de la justicia constitucional que han adquirido la calidad de cosa juzgada. Solo a título de ejemplo debe apreciarse la **Resolución N° 200-2012-PCNM**, de fecha 29 de marzo de 2012, en la que decide: “*No renovar la confianza a don Paulo Jorge Vivas Sierra y, en consecuencia, no ratificarlo en el cargo de Vocal (hoy Juez Superior) de la Corte Superior de Justicia de Cañete*”, **registrando como una de las razones de su no ratificación el mostrarse renuente a no cumplir con las decisiones del TC** (véase: <http://www.cnm.gob.pe/webcnm/archivos/pdf/2012/er/RER2002012PCNM.pdf>); por lo que resulta llamativo y paradójico que haya resistencia a cumplir de manera adecuada con los fallos de la justicia constitucional tendientes a preservar y restablecer los derechos fundamentales violados.

§2.4 *El respeto a los derechos fundamentales de acceso a la función pública, presunción de inocencia y las medidas reparadoras de la justicia convencional y constitucional en la etapa de ejecución de sentencia*

26. El centro de la discusión constitucional, tanto en la demanda de amparo promovido por el accionante como en sede de ejecución de sentencia, ha sido y es el respeto a los derechos de acceso a la función pública y de presunción de inocen-

cia, máxime si en el concurso público en el que participó y fue convocado por el propio Consejo Nacional de la Magistratura (Convocatoria N.º 002-2010-SN/VCNM) ocupó el primer lugar en el cuadro de méritos general para acceder la plaza de fiscal supremo del Ministerio Público.

27. El Tribunal Constitucional en la sentencia del **Exp. N.º 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC; Caso: Colegio de Abogados de Arequipa y otro** estimó: “*que los contenidos de este derecho son los siguientes: a) Acceder o ingresar a la función pública; b) Ejercerla plenamente; c) Ascender en la función pública; d) Condiciones iguales de acceso. La razón por la que este derecho comprende también el ejercicio pleno y sin perturbación de la función pública y el ascenso en ella es que, siendo la participación en la función pública el bien protegido de este derecho, el menoscabo, restricción o limitación ilegítima del pleno desenvolvimiento de la función pública o del ascenso en la misma, pueden conducir a una afectación del bien protegido por este derecho. La participación en la función pública tiene que ser entendida como un bien cuya concretización debe desarrollarse en toda su magnitud, es decir, con todas las implicancias que su pleno desarrollo lo exija. Ello se debe a que los derechos fundamentales deben ser comprendidos como mandatos de optimización, lo cual significa, precisamente, que su contenido protegido alcanza a todos los aspectos que contribuyen a un mayor grado de realización del bien jurídico que protege*” (el resaltado es nuestro).
28. La idea central sobre la que gira el derecho al acceso de la función pública es el **principio del mérito**. En efecto, el acceso a la *función pública no representativa* está regido por el principio de acceso por mérito a través de oposición. En el Estado Constitucional, tal como se inscribe el Estado peruano, el principio del mérito y la capacidad es el principio basilar que ha de regir la regulación de las condiciones de acceso a la función pública. Dicho principio vincula positivamente al legislador respecto a que la regulación del acceso a la función pública observe irrestrictamente el mérito, la capacidad y la experiencia profesional; asimismo, que toda actuación de la administración del Estado y de toda entidad pública, en general, cumpla tal principio en todos sus actos en relación al acceso a la función pública de las personas.
29. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso **Apitz Barbera contra Venezuela del 05 de Agosto del 2008** ha reconocido la vigencia del derecho al acceso a la función pública en condiciones de igualdad, consagrado en el art. 23.3 de la CADH. En dicha sentencia la Corte ha sentado la doctrina que: “*el respeto y garantía de este derecho se cumplen cuando “los criterios y procedimientos para el nombramiento, ascenso, suspensión y destitución [sean] razonables y objetivos” y que “las*

personas no sean objeto de discriminación” en el ejercicio de este derecho”. El Tribunal Constitucional español ha señalado que el derecho de acceso a la función pública: “impide a los poderes públicos exigir requisitos no relacionados con el mérito y la capacidad” (SSTC 193/1987, de 9 de diciembre; 206/1988, de 7 de noviembre; 67/1989, de 18 de abril; 27/1991, de 14 de febrero y 215/1991, de 14 de febrero).

- 638
30. En el caso del demandante resulta que ha ocupado el primer lugar del cuadro de méritos para ocupar la plaza de Fiscal Supremo, situación que ha sido reconocido en la sentencia estimatoria **N.º 03891-2011-PA/TC** y en la sentencia de ejecución **N.º 01034-2013-PA/TC**, y que el Consejo Nacional de la Magistratura no ha controvertido sino que lo aceptó desde el primer momento, de tal manera que el accionante no sólo tenía el mejor derecho para ser nombrado, sino que de acuerdo al principio de capacidad y mérito en el acceso de la función pública el Consejo Nacional de la Magistratura debía nombrarlo, más aún si registraba el primer lugar tanto en la prueba escrita como en el examen curricular y en la entrevista personal obtuvo el segundo lugar de las entrevistas de postulantes para ocupar la plaza de Fiscal Supremo. Pese a ello, el Tribunal recuerda que fueron nombrados como Fiscales Supremos los postulantes que ocuparon el segundo lugar y quinto lugar en el cuadro de méritos, violándose de esta manera el derecho de acceder a la función pública en condiciones de igualdad. El Tribunal Constitucional, como el máximo intérprete de la justicia constitucional en el Perú, no solo reconoció oportunamente este hecho, sino que considera que debe repararse de manera adecuada y suficiente nombrando al actor como Fiscal Supremo del Ministerio Público.
 31. El Tribunal Constitucional destaca que las objeciones planteadas contra el actor y que acreditarían que no cuenta con una “conducta éticamente irreprochable” han sido planteadas con posterioridad a la clausura de la etapa de tachas y oposiciones del concurso público propio de la Convocatoria N.º 002-2010-SN/VCNM, los mismos que no han sido comunicados de manera oportuna al actor, violándose el derecho a ser informado de los cargos; de tal manera que sobre la base del principio de preclusión procesal y de presunción de inocencia no es válido desde el punto de vista constitucional y convencional sostener que el actor no cuenta con una conducta éticamente reprochable. Mantener un punto de vista contrario a los preceptos constitucionales y convencionales vigentes no solo supone desacatar la sentencia constitucional **N.º 03891-2011-PA/TC** y la sentencia de ejecución **N.º 01034-2013-PA/TC**, sino, además, incurrir en responsabilidades civiles y penales, en especial, supone cometer el delito de abuso de autoridad (art. 376 del CP).
 32. En el sistema interamericano de Derechos Humanos se ha reconocido de manera pacífica y oportuna la posibilidad de efectuar reparaciones frente a la violación

comprobada, como en este caso, de los derechos fundamentales o convencionales (art. 63.1 de la Convención). La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del caso **Chocrón Chocrón contra Venezuela** del 01 de julio del 2011 ha sostenido que: “la Corte ha indicado que toda violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el deber de repararlo adecuadamente y que esa disposición “recoge una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre responsabilidad de un Estado”.

33. El Tribunal Constitucional sobre la base del desarrollo internacional de protección de los derechos humanos plantea como mecanismo innovador y genuino, dada la reiterada violación de los derechos fundamentales y convencionales del actor efectuada por el Consejo Nacional de la Magistratura, la figura de reparación adecuada y suficiente que no puede ser otra que ordenar su nombramiento como Fiscal Supremo del Ministerio Público del Perú.
34. Al respecto, debe tomarse en cuenta la sentencia de la Corte IDH en el **Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela** de fecha 30 de junio de 2009 en el que se señaló como medida de reparación frente a la violación del derecho a acceder a la función pública en condiciones de igualdad que: “*la Corte declara que en este caso el Estado debe reincorporar a la señora Reverón Trujillo a un cargo similar al que desempeñaba, con la misma remuneración, beneficios sociales y rango equiparables a los que le correspondería el día de hoy si hubiera sido reincorporada*”. Si bien es cierto que en el caso Reverón Trujillo se ordenaba reponer un derecho a una juez provisional que había sido separada de su cargo por el estado venezolano, el caso del actor -y la subsiguiente violación de sus derechos constitucionales y convencionales- es mucho más grave ya que el Consejo Nacional de la Magistratura del Perú le ha impedido acceder a la función pública en condiciones de igualdad, pese a que ocupó el primer lugar del cuadro de méritos en el concurso público convocado por la propia institución. Aquí no se trata de una simple negativa a no nombrar en el cargo, sino de una negativa arbitraria que ha sido declarada no menos de cinco veces por la justicia constitucional, tanto en sede de este Tribunal como en ejecución de sentencia, en la que se reconoce la sucesiva y reiterada violación del derecho a acceder a la función pública en condiciones de igualdad y el principio a la presunción de inocencia. Tan grave es la remoción o separación arbitraria de un magistrado (juez o fiscal) de su cargo como el impedir que un ciudadano ocupe un cargo público no representativo cuando ha obtenido el primer lugar en un concurso público. Incluso, este hecho puede llevar a una afectación constitucional y convencional mucho más grave e intensa, tal como ha ocurrido en este caso.

35. El Tribunal Constitucional tiene presente que la Corte IDH en el **Caso Reve-
rón Trujillo vs. Venezuela** señaló que la destitución arbitraria: “*podría generar un temor en los demás jueces que observan que sus colegas son destituidos y luego no reincorporados aún cuando la destitución fue arbitraria. (...). Por tanto, un recurso que declara la nulidad de una destitución de un juez por no haber sido ajustada a la ley debe llevar necesariamente a la reincorporación*”. En esta línea de ideas, se debe destacar que la violación del derecho de acceso a la función pública del actor y la negativa arbitraria del CNM de reconocer el derecho de acceso a la función pública podría llevar de manera irremediable a que los postulantes al cargo de juez o fiscal sientan desaliento y temor a participar en un concurso público convocado por el Consejo Nacional de la Magistratura si luego de cumplidas todas las etapas se obtiene, en base a la capacidad y mérito del postulante, un lugar adecuado en el cuadro de méritos y pese a ello no se le nombra como magistrado (juez o fiscal), sin aportar razones o brindando razones abiertamente inconstitucionales, como en este caso. Es más, llevado al campo de la administración pública se tiene que todo postulante a un cargo público no representativo vería desalentada su decisión de participar en un concurso público de méritos si es que no se le asegura ni se le provee de los mecanismos de seguridad suficiente para cubrir la plaza la que postula si es que tiene un buen lugar en el cuadro de méritos y de manera arbitraria el ente público simplemente no quiere nombrarle en el cargo. En tal sentido, queda claro que una vez que se haya declarado la nulidad de la decisión de no nombrar a un funcionario público (fiscal supremo en este caso) el único camino que se puede seguir es ordenar a la institución su nombramiento inmediato.
36. El Tribunal Constitucional se ve obligado, además, a dictar esta medida de reparación, ordenando que se proceda a nombrar al actor en el cargo de Fiscal Supremo, debido a que también se busca evitar que se demande al Estado peruano internacionalmente ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y luego ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos por la violación de derechos humanos universalmente reconocidos como es el acceso a la función pública en condiciones de igualdad (art. 23.1 de la Convención americana) y la presunción de inocencia; con la consecuente condena del Estado peruano por el actuar de uno de sus organismos autónomo, al margen de las responsabilidades penales y civiles que puede dar lugar este hecho, amén del desprestigio internacional del Perú en la protección de los derechos humanos.
37. El Colegiado Constitucional desarrollando un fin reparador y preventivo se sirve recordar al Consejo Nacional de la Magistratura que ya anteriormente el Estado peruano ha sido demandado internacionalmente por actos cometidos por este

órgano constitucionalmente autónomo al no brindar cobertura constitucional suficiente al momento de motivar las decisiones de no ratificación de los magistrados (jueces y fiscales) del Perú, situación que llevó al Estado peruano a firmar soluciones amistosas en las que se reconoció la violación de los derechos fundamentales; y que la reiterada jurisprudencia de este Tribunal ha tenido la oportunidad de constatar (Véase, y solo a título ejemplificativo, la sentencia del Exp. N.º 01412-2007-PA/TC; Caso: Lara Contreras). Por este motivo, el Tribunal Constitucional, en armonía con el principio de defensa preventiva del Estado peruano y dada los precedentes anteriores del Consejo Nacional de la magistratura ordena esta medida de reparación en favor del actor.

38. Los mecanismos reparadores respecto a cómo se debe implementar el nombramiento del actor como fiscal Supremo son: i) el Consejo Nacional de la Magistratura deberá requerir al Fiscal de la Nación la información actualizada sobre la existencia de una plaza vacante para cumplir con el mandato de la presente sentencia que resuelve el recurso de apelación por salto a fin de incorporar al demandante como Fiscal Supremo de dicha institución; ii) En caso que no sea posible este hecho se dispone, de manera supletoria, que el Consejo Nacional de la Magistratura reserve una plaza a fin de que sea ocupada por el demandante César Hinostroza Pariachi, una vez que se produzca la correspondiente vacancia en la Fiscalía Suprema. Dentro de esta medida reparadora el Consejo Nacional de la Magistratura no debe realizar ningún concurso público para Fiscales Supremos, mientras no se nombre al demandante como Fiscal Supremo del Ministerio Público.
39. El máximo intérprete de la Constitución dicta, además, como medida reparadora que el Consejo Nacional de la Magistratura no repita en lo sucesivo, en este o en otros casos, una conducta que contraviene de manera flagrante el respeto a los derechos de acceso a a la función pública en condiciones de igualdad y el respeto al principio de presunción de inocencia.

§2.3 Sobre la responsabilidad constitucional de los consejeros demandados en la ejecución de la STC N.º 01034-2013-PA/TC

40. De conformidad con el artículo 22º del Código Procesal Constitucional, para el cumplimiento de las sentencias constitucionales, y de acuerdo al contenido específico del mandato y la magnitud del agravio constitucional “*el juez podrá hacer uso de multas fijas o acumulativas e incluso disponer la destitución del responsable*”.
41. En el caso de la imposición de *multas coercitivas*, éstas constituyen un medio compulsorio a través del cual se busca coaccionar a la parte demandada para que cumpla con lo dispuesto en la sentencia constitucional. En cambio, en el caso

específico de la *destitución del responsable*, se trata sin duda alguna de una medida de última ratio, a la cual cabe acudir sólo cuando las otras vías hayan resultado infructuosas, y siempre que se cumpla con la debida observancia de los procedimientos legales y constitucionales que prevé el ordenamiento jurídico para la remoción de determinadas autoridades y funcionarios de alto rango.

42. En el caso concreto, este Tribunal aprecia que, vistas las actuales circunstancias, la imposición de multas coercitivas resulta un medio idóneo para lograr el cabal cumplimiento de lo ordenado en la sentencia de autos; pero asimismo, observa que la aplicación de tal medida puede resultar infructuosa de ocurrir una nueva renuencia del Consejo demandado, por lo que, sin perjuicio de lo anterior, debe estarse igualmente a lo que establece el artículo 99º de la Constitución, de conformidad con el cual, “*corresponde a la Comisión Permanente acusar ante el Congreso: (...) a los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura (...) por infracción de la Constitución y por todo delito que cometan en el ejercicio de sus funciones y hasta cinco años después de que hayan cesado en éstas*”.
43. En consecuencia, dada la renuencia reiterada del órgano demandado en cumplir las sentencias y resoluciones de ejecución dictadas en la presente causa, el Tribunal Constitucional considera que resulta de aplicación lo previsto en el artículo 22º del Código Procesal Constitucional, de modo tal que si, una vez notificada la presente sentencia, el CNM no diera cumplimiento del mandato constitucional dentro del plazo de diez (10) días hábiles, el juez de ejecución deberá aplicar el equivalente a 20 Unidades de Referencia Procesal, a modo de *multa acumulativa* al órgano demandado; y, en caso de renuencia, deberá proceder al mecanismo de la *destitución del responsable*, disponiendo la remisión de los actuados a la Comisión Permanente del Congreso de la República, a fin de que, en cumplimiento del artículo 99º de la Constitución, se proceda a la acusación constitucional de los consejeros del Consejo Nacional de la Magistratura, por infracción de la Constitución [concretamente, de los artículos 51º, 201º primer párrafo y 202º inciso 2 de la Constitución] y/o por comisión de ilícito penal [artículos 368º y 377º del Código Penal, que tipifican los delitos de “incumplimiento de obligación” y de “desobediencia o resistencia a órdenes del funcionario público”, respectivamente], y se proceda a la remoción definitiva de dichos funcionarios; de modo tal que los nuevos consejeros que sean elegidos por el Congreso de la República en reemplazo de los removidos, una vez instalados en sus cargos, den cabal cumplimiento a lo ordenado por este Colegiado.

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

RESUELVE

1. Declarar **FUNDADO** el recurso de apelación por salto planteado por el demandante César José Hinostroza Pariachi; y por consiguiente, **ORDENAR** al Consejo Nacional de la Magistratura, que **NOMBRE** al demandante como Fiscal Supremo del Ministerio Público, **respetando estrictamente el orden de méritos** alcanzado en dicho concurso (Convocatoria N.º 002-2010–SN/VCNM), tal como lo establece el artículo 33º de la Ley N.º 29277, Ley de la Carrera Judicial.
2. **DISPONER** que el Consejo Nacional de la Magistratura deberá requerir al Fiscal de la Nación la información actualizada sobre la existencia de una plaza vacante para cumplir con el mandato de la STC N.º 01034-2013-PA/TC, a fin de incorporar al demandante como Fiscal Supremo de dicha institución;
3. En caso de no existir plazas vacantes, **DÉJESE EN RESERVA** una plaza a fin de que sea ocupada por el demandante César José Hinostroza Pariachi, una vez que se produzca la correspondiente vacancia en la Fiscalía Suprema.
4. **DISPONER** que el Consejo Nacional de la Magistratura, dentro de la medida reparadora, no realice ningún concurso público para Fiscales Supremos, mientras no se nombre al demandante como Fiscal Supremo del Ministerio Público, como medida de reparación en cumplimiento de la STC N.º 01034-2013-PA/TC y de la presente sentencia.

643

Publíquese y notifíquese.

SS.

VERGARA GOTELLI

MESÍA RAMÍREZ

ETO CRUZ

ÁLVAREZ MIRANDA

EXP. N.º 00776-2014-PA/TC (EXP. N.º 01034-2013-PA/TC)

LIMA

CÉSAR JOSÉ HINOSTROZA PARIACHI

AUTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Lima, 7 de octubre de 2014

VISTO

El pedido de nulidad, entendido como recurso de reposición, de fecha 12 de mayo de 2014, interpuesto por el Procurador Público Adjunto del Consejo Nacional de la Magistratura, contra la resolución del Tribunal Constitucional de fecha 14 de abril de 2014; y,

ATENDIENDO A QUE

644

1. El artículo 121º del Código Procesal Constitucional establece que “contra los decretos y autos que dicte el Tribunal, solo procede, en su caso, el recurso de reposición ante el propio Tribunal”. Asimismo, debe tenerse en cuenta que, el artículo III de su Título Preliminar prevé que el Tribunal Constitucional debe adecuar la exigencia de las formalidades previstas en dicho Código al logro de los fines de los procesos constitucionales, los cuales son garantizar la primacía de la Constitución y tutelar la vigencia efectiva de los derechos constitucionales.

§1. Pedido de nulidad planteado en el presente caso

2. El pedido de nulidad, entendido como recurso de reposición, planteado por el Procurador Público a cargo del Consejo Nacional de la Magistratura, cuestiona la resolución del Tribunal Constitucional de fecha 14 de abril de 2014, en cuanto: i) ordena al Consejo Nacional de la Magistratura (CNM) que nombre a César José Hinostroza Pariachi como Fiscal Supremo; ii) deja en reserva una plaza a favor de dicha persona para que la ocupe una vez que se produzca la respectiva vacancia en la Fiscalía Suprema; y, iii) ha sido resuelta por solo cuatro magistrados y no por el Pleno del Tribunal Constitucional.

3. El Procurador Público a cargo del Consejo Nacional de la Magistratura alega que dicha resolución del 14 de abril de 2014, vulnera otra vez el artículo 154.º,

inciso 1), de la Constitución, el cual establece que una de las funciones exclusivas del Consejo Nacional de la Magistratura (en adelante CNM) es el nombramiento, previo concurso público de méritos y evaluación personal, de los fiscales de todos los niveles. Como dicho nombramiento requiere el voto conforme de los dos tercios del número legal de sus miembros, los magistrados del Tribunal Constitucional que suscriben la resolución del 14 de abril de 2014 no pueden ordenar que se nombre a César José Hinostroza Pariachi como Fiscal Supremo porque ello constituye una intromisión en las atribuciones del CNM. Refiere también que dicha resolución afecta el artículo 65.4 de la Ley de la Carrera Judicial, pues no puede considerarse a César José Hinostroza Pariachi como candidato en reserva dado que no se encuentra en el cuadro de aptos elaborado por el CNM. Finalmente, aduce que la resolución quebranta la finalidad *restitutoria* del amparo, establecida en la Constitución, el Código Procesal Constitucional y en reiterada jurisprudencia del propio Tribunal Constitucional sobre casos similares, al disponer que el CNM nombre a César José Hinostroza Pariachi como Fiscal Supremo.

§2. Actuaciones relevantes en el proceso: sentencia definitiva del Tribunal Constitucional (cosa juzgada) y resoluciones dictadas en la etapa de “ejecución” de sentencia

645

4. Teniendo en cuenta que el pedido planteado en autos alude a determinados “vicios insalvables” ocurridos en la etapa de ejecución de sentencia y que el CNM ha cumplido con lo resuelto en la sentencia definitiva con calidad de cosa juzgada del Tribunal Constitucional, es indispensable precisar cuáles han sido las pretensiones del demandante y cuáles las principales decisiones jurisdiccionales en el presente caso:

- **16 de mayo de 2011.** El demandante César José Hinostroza Pariachi interpone demanda de amparo contra el CNM (fojas 100 a 133). Entre sus pretensiones principales, destaca la siguiente.

Restituyéndose las cosas al estado anterior a la violación de mi derecho a un debido proceso [“a no ser víctima de una decisión arbitraria” y a la debida motivación, fojas 105 y ss.], se declare la nulidad del Acuerdo N.º 176-2011, del Consejo Nacional de la Magistratura (...) y que emita un nuevo acuerdo, previa votación, respetando estrictamente el orden de méritos ya establecido.

- **8 de setiembre de 2011.** El demandante interpone recurso de agravio constitucional (fojas 241 a 285), alegando, entre otros fundamentos, la vulnera-

ción del derecho a la debida motivación de las resoluciones administrativas (fojas 251 a 263). Solicita lo siguiente: que “la presente demanda sea declarada FUNDADA y, retrotrayendo las cosas al momento de la vulneración de mis derechos fundamentales, disponerse una nueva votación respecto a mi postulación al cargo de Fiscal Supremo”.

- **16 de enero de 2012.** El Tribunal Constitucional expide sentencia definitiva con calidad de cosa juzgada, resolviendo lo siguiente:

1. Declarar FUNDADA la demanda al haberse acreditado la violación de los derechos al debido proceso y a la motivación de las resoluciones previstos por los incisos 3) y 5) del artículo 139° de la Constitución Política del Perú, y en consecuencia,
2. Declarar NULO el Acuerdo N.° 0176-2011 adoptado por el Consejo Nacional de la Magistratura (...)
3. Ordenar al Consejo Nacional de la Magistratura emitir un nuevo acuerdo debidamente motivado lo que supone, evidentemente, que sus miembros previamente vuelvan a votar su decisión (...).

646

- **29 de noviembre de 2012.** El CNM, en sesión plenaria, convocada a fin de dar cumplimiento a la sentencia definitiva del Tribunal Constitucional, adoptó el Acuerdo N.° 1614-2012, resolviendo no nombrar a César José Hinostroza Pariachi como Fiscal Supremo, al no haber alcanzado el voto conforme de los dos tercios del número legal de miembros del CNM (fojas 672 a 677).
- **21 de enero de 2013.** En la etapa de ejecución de sentencia, el Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional, mediante Resolución N.° 34, declaró, entre otros puntos: i) improcedente el pedido de conclusión del proceso solicitado por el CNM; ii) que el CNM vuelva a emitir un nuevo pronunciamiento; y, iii) improcedente el pedido de sentencia ampliatoria (fojas 906 a 913).
- **28 de enero de 2013.** El demandante César José Hinostroza Pariachi, interpone recurso de apelación por salto contra la Resolución N.° 34, del 21 de enero de 2013, alegando, entre otros argumentos, el siguiente: “en el presente caso, el juez de ejecución está plenamente habilitado para ordenar que se me expida el título como fiscal supremo, porque otorgarle una tercera oportunidad [al CNM] para realizar la evaluación (...) implicaría seguir vulnerando su derecho fundamental”. (fojas 944).

- **30 de enero de 2013.** El Procurador Público del CNM interpone recurso de apelación por salto contra la Resolución N.º 34, del 21 de enero de 2013, alegando, entre otros argumentos, que el Juez del Quinto Juzgado Constitucional no puede atribuirse la facultad de “señalar las pautas” que los consejeros deberán tener presente al emitir su voto (fojas 1093), de modo que al hacerlo “ha desnaturalizado la ejecución de la sentencia del Tribunal Constitucional” (fojas 1096).
- **9 de setiembre de 2013.** En la etapa de ejecución de sentencia, el Tribunal Constitucional, en mayoría (magistrados Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Eto Cruz y Álvarez Miranda), y con votos singulares (magistrado Urviola Hani y Calle Hayen), declara fundado el recurso de apelación por salto presentado por el demandante, y ordena al CNM que proceda a nombrar “entre los postulantes que quedan en carrera, esto es, don César José Hinostroza Pariachi o don Mateo Grimaldo Castañeda Segovia, a aquel que corresponda desempeñarse como Fiscal Supremo”.
- **14 de abril de 2014.** En la etapa de ejecución de sentencia, el Tribunal Constitucional (magistrados Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Eto Cruz y Álvarez Miranda) declara fundado el recurso de apelación por salto planteado por el demandante y ordena que el CNM nombre a César José Hinostroza Pariachi como Fiscal Supremo, entre otros extremos.
- **12 de mayo de 2014.** El Procurador Público Adjunto del CNM plantea ante el Tribunal Constitucional el pedido de nulidad de la decisión del TC de fecha 14 de abril de 2014.
- **21 de mayo de 2014.** Son elegidos magistrados del Tribunal Constitucional los doctores Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada, Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera, quienes junto con el Presidente Urviola Hani, conforman el nuevo Pleno del Tribunal Constitucional. Los nuevos magistrados asumieron funciones el 3 de junio de 2014.

§3. Primacía de la Constitución, adecuación de las formalidades y justificación de un pronunciamiento de carácter excepcional

5. De la revisión de lo solicitado por el Procurador Público del CNM, cabe destacar que no solo se cuestiona la resolución del Tribunal Constitucional del 14 de abril de 2014, sino también la de fecha 9 de setiembre de 2013 (fojas 53 a 58 del cuaderno del Tribunal Constitucional), expedidas en la etapa de ejecución de sentencia, en la medida que “desnaturalizan” la cosa juzgada de la sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional de fecha 16 de enero de 2012 y vulneran las

competencias constitucionales del CNM. Por tanto, el pedido de “nulidad de pleno derecho”, entendido como *recurso de reposición*, formulado por el Procurador Público del CNM, si bien se dirige expresamente a que se declare la nulidad de la resolución del 14 de abril de 2014 (que ordena al CNM nombrar a César José Hinojosa Pariachi como Fiscal Supremo), cabe asumir, en aplicación del principio de *suplencia de queja deficiente*, que se dirige también contra aquella decisión del Tribunal Constitucional del 9 de setiembre de 2013 (que ordena al CNM nombrar a César José Hinojosa Pariachi o a Mateo Grimaldo Castañeda Segovia como Fiscal Supremo), puesto que, del referido pedido y de los reiterados cuestionamientos realizados por el CNM en dicha etapa de ejecución de sentencia, se desprende el mismo cuestionamiento: que el Tribunal Constitucional invadió las competencias constitucionales del Consejo Nacional de la Magistratura.

6. Teniendo en cuenta lo expuesto, el Tribunal Constitucional estima que su pronunciamiento no sólo debe circunscribirse al examen de la resolución de fecha 14 de abril de 2014, sino que además debe extenderse al de todas aquellas decisiones que se hayan dictado, según lo cuestionado por el Procurador Público del CNM, en contravención de la sentencia definitiva del Tribunal Constitucional de fecha 16 de enero de 2012, que tiene la calidad de cosa juzgada, así como de las competencias constitucionales del CNM. Al respecto, cabe precisar que el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional establece que el Tribunal Constitucional debe “adecuar la exigencia de las formalidades previstas en [dicho] Código al logro de los fines de los procesos constitucionales”. A su vez, el artículo II prevé que “son fines esenciales de los procesos constitucionales *garantizar la primacía de la Constitución* y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales”. En el presente caso, el Procurador Público del CNM cuestiona que en la etapa de ejecución de una sentencia definitiva del Tribunal Constitucional con autoridad de cosa juzgada, se han expedido decisiones que no sólo desconocen dicha cosa juzgada sino que además, asumiendo competencias constitucionales del CNM, han obligado a dicho órgano a nombrar al demandante César José Hinojosa Pariachi como Fiscal Supremo. Ello constituye un supuesto que justifica un pronunciamiento excepcional del Pleno del Tribunal Constitucional en el que se examinen los aludidos cuestionamientos a efectos de garantizar la primacía de la Constitución.
7. En tal sentido, son cuatro los puntos que deben dilucidarse en el presente caso: i) la competencia del Pleno del Tribunal Constitucional en la etapa de ejecución de sentencia; ii) si las decisiones de fechas 9 de setiembre de 2013 y 14 de abril de 2014 del Tribunal Constitucional, entre otras decisiones, vulneran la cosa juzgada establecida en la sentencia definitiva del Tribunal Constitucional de fecha 16

de enero de 2012; iii) si el Consejo Nacional de la Magistratura ha cumplido con lo dispuesto en dicha sentencia definitiva; y, iv) los límites del juez constitucional en el control de las decisiones del Consejo Nacional de la Magistratura.

§4. Sobre la competencia del Pleno del Tribunal Constitucional en la etapa de ejecución de sentencia

8. Mediante Resoluciones Legislativas N.º 005-2013-2014, 006-2013-2014, 007-2013-2014, 008-2013-2014, 009-2013-2014 y 010-2013-2014, publicadas en el diario oficial *El Peruano* con fecha 22 de mayo de 2014, el Congreso de la República da cuenta de que en sesión plenaria del 21 de mayo de 2014 ha elegido a don Ernesto Jorge Blume Fortini, don Eloy Andrés Espinosa-Saldaña Barrera, doña Marianella Leonor Ledesma Narváez, don Manuel Jesús Miranda Canales, don Carlos Augusto Ramos Núñez y don José Luis Sardón de Taboada magistrados del Tribunal Constitucional.
9. Con la incorporación de los nuevos magistrados, el Pleno del Tribunal Constitucional, así como sus respectivas Salas asumieron la competencia para conocer todos los procesos pendientes de resolver. En el caso de autos, tratándose del cuestionamiento de decisiones del Tribunal Constitucional expedidas como consecuencia de la tramitación del recurso de apelación por salto es de aplicación el segundo párrafo del artículo 29-A del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional, que establece lo siguiente: “(...) Todos estos expedientes [de apelación por salto, recurso de agravio a favor del cumplimiento de sentencias del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial y actos homogéneos] son resueltos por los mismos magistrados que intervinieron en la *sentencia*. Si algún magistrado ya no se encuentra en el Tribunal Constitucional, se completa con los Magistrados del Colegiado que previno (Pleno, Sala 1 o Sala 2), de menor a mayor antigüedad y al final se llama al Presidente de la Sala o del Pleno” [resaltado agregado].
10. Cuando dicha disposición reglamentaria establece, entre otros supuestos, que el recurso de apelación por salto debe ser resuelto por los mismos magistrados que intervinieron en la sentencia, debe entenderse que dicha sentencia alude a la **sentencia definitiva, con calidad de cosa juzgada**. En el presente caso, dicha sentencia definitiva es aquella expedida por el Pleno del Tribunal Constitucional con fecha 16 de enero de 2012 (Expediente N.º 03891-2011-PA/TC), que declaró fundada la demanda y ordenó al CNM emitir un nuevo acuerdo debidamente motivado. Por tanto, teniendo en cuenta que en el caso de autos se examinarán decisiones del Tribunal Constitucional que responden al recurso de apelación por salto, el nuevo Pleno del Tribunal Constitucional es competente para asumir conocimiento.

§5. La sentencia definitiva con autoridad de cosa juzgada como parámetro y límite de la etapa de ejecución de sentencia

11. El inciso 2) del artículo 139° de la Constitución establece el principio de que no debe dejarse sin efecto resoluciones que han adquirido la calidad de cosa juzgada. En los términos de dicho precepto constitucional,

Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 2) La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional. Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. *Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada*, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución (...) [resaltado agrgado].

12. Dicha disposición constitucional debe interpretarse, por efectos del principio de unidad de la Constitución, de conformidad con el inciso 13) del mismo artículo 139° de la Constitución, que prevé “la prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada. La amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de cosa juzgada”.

- 650 13. En reiterada jurisprudencia, el Tribunal Constitucional ha establecido los elementos principales que configuran la garantía de la cosa juzgada. Así, en el Expediente N.º 04587-2004-AA/TC FJ 38, sostuvo que “mediante el derecho a que se respete una resolución que ha adquirido la autoridad de cosa juzgada se garantiza el derecho de todo justiciable, en primer lugar, a que las resoluciones que hayan puesto fin al proceso judicial no puedan ser recurridas mediante medios impugnatorios, ya sea porque estos han sido agotados o porque ha transcurrido el plazo para impugnarla; y, en segundo lugar, a que el contenido de las resoluciones que hayan adquirido tal condición, no pueda ser dejado sin efecto ni modificado, sea por actos de otros poderes públicos, de terceros o, incluso, de los mismos órganos jurisdiccionales que resolvieron el caso en el que se dictó” .

14. Asimismo, el Tribunal Constitucional ha sostenido que “el derecho a la tutela jurisdiccional (...) garantiza, entre otros aspectos, que una sentencia con calidad de cosa juzgada sea cumplida en sus términos. Como consecuencia de ello, se desprende, por un lado, un mandato de que las autoridades cumplan lo ordenado o declarado en ella en sus propios términos y, por otro, una prohibición de que cualquier autoridad, incluida la jurisdiccional, deje sin efecto las sentencias y, en general, resoluciones que ostentan la calidad de cosa juzgada (art. 139°, inc. 2, Const.). Esto último resulta relevante en el caso ya que ello implica que si un juez deja sin efecto una sentencia con calidad de cosa juzgada se habrá afectado

el derecho a la tutela jurisdiccional de la persona, cuya pretensión dicha sentencia ha estimado” [Exp. N.º 01569-2006-PA/TC FJ 4].

15. Por otra parte, el derecho a la efectiva ejecución de las resoluciones judiciales, exigible en la etapa de ejecución de sentencia, constituye la materialización de la tutela jurisdiccional del Estado respecto de aquello que ha sido definido en una sentencia con la calidad de cosa juzgada. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha establecido que el derecho a la efectiva ejecución de las resoluciones judiciales “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” (Exp. N.º 00015-2001-AI/TC FJ 12).
16. La etapa de ejecución de sentencia definitiva no puede convertirse en sede de un nuevo proceso que modifique o anule los efectos de tal sentencia, precisamente porque desnaturalizaría su finalidad de cumplimiento de lo ya decidido en una sentencia firme, concluyente y definitiva, que por ello tiene la calidad de cosa juzgada. En dicha ejecución de sentencia, tanto los respectivos jueces como el Tribunal Constitucional tienen la obligación especial de proteger y efectivizar lo decidido en la sentencia definitiva, sin que puedan, en ningún caso, reducir, modificar o aumentar los efectos de lo decidido, incorporar nuevas pretensiones o valoraciones que no fueron objeto de debate en el proceso principal que dio origen a la sentencia definitiva y, menos aún, resolver conforme a su moral subjetiva.
17. En el presente caso, la sentencia definitiva con calidad de cosa juzgada, es aquella expedida por el Pleno del Tribunal Constitucional con fecha 16 de enero de 2012, en la que se resuelve declarar fundada la demanda por haberse acreditado la violación de los derechos al debido proceso y a la motivación de las resoluciones previstos por los incisos 3) y 5) del artículo 139º de la Constitución Política del Perú; y ordena al CNM “emitir un nuevo acuerdo debidamente motivado lo que supone, evidentemente, que sus miembros previamente vuelvan a votar su decisión”. Dicha sentencia definitiva, que ordenaba al CNM una nueva motivación, es la que, una vez en etapa de ejecución de sentencia, debía ser cumplida y ejecutada “en sus propios términos” tanto por los jueces de ejecución como por el Tribunal Constitucional al ser sometida a su conocimiento, sin que haya podido ser desnaturalizada, ni modificada. Sin embargo, el Tribunal Constitucional, mediante decisión del 9 de setiembre de 2013, resolviendo el recurso de apelación por salto interpuesto por el demandante, ordenó al CNM que nombre a César José Hinostroza Pariachi o a Mateo Grimaldo Castañeda Segovia como Fiscal Supremo, y a partir de tal decisión expidió otros pronunciamientos como

el de fecha 14 de abril de 2014, mediante el cual ordenó al CNM que nombre a César José Hinostroza Pariachi como Fiscal Supremo, entre otros extremos.

18. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional considera que las decisiones del Tribunal Constitucional, de fecha 9 de setiembre de 2013 (que ordena al CNM nombrar a César José Hinostroza Pariachi o a Mateo Grimaldo Castañeda Segovia como Fiscal Supremo) y del 14 de abril de 2014 (que ordena al CNM nombrar a César José Hinostroza Pariachi como Fiscal Supremo), desnaturalizan la sentencia definitiva del Tribunal Constitucional de fecha 16 de enero de 2012 y, con ello, afectan la garantía de cosa juzgada que la revestía, pues dicha sentencia tan solo ordenaba al CNM una nueva motivación. Por tanto, debe declararse fundado el recurso de reposición de autos; y, en consecuencia, declarar la nulidad de todo lo actuado a partir de la decisión del Tribunal Constitucional de fecha 9 de setiembre de 2013, incluida la del 14 de abril de 2014, expedidas en la etapa de ejecución de sentencia, por contener evidentes afectaciones a la cosa juzgada. Es necesario precisar que, al margen de que se puedan autodenominar “sentencias” decisiones como la del 9 de setiembre de 2013, constituyen en realidad “autos” que resuelven incidencias en la etapa de ejecución de sentencia.
19. A este respecto, cabe precisar que los actos procesales se califican no por los nombres que se les atribuyan, sino por el contenido o esencia de la situación jurídica que regulan. Así por ejemplo, cuando el artículo 59° del Código Procesal Constitucional menciona la expresión “sentencia ampliatoria”, es claro que con independencia de dicha nominación, el respectivo acto procesal es en su esencia un “auto”, pues regula una incidencia en la cual el juez, en etapa de ejecución de una sentencia definitiva, debe sustituir la omisión de un funcionario público de modo que se cumpla lo decidido en dicha sentencia definitiva. Por ello, a efectos de uniformizar la nomenclatura del Código Procesal Constitucional, cuando éste haga referencia a la denominada “sentencia ampliatoria”, expedida en la etapa de ejecución de una sentencia definitiva, con calidad de cosa juzgada, debe entenderse que dicha “sentencia ampliatoria” constituye en la teoría procesal una “sentencia incidental”, cuya naturaleza o esencia es la de un “auto”. En el presente caso, la decisión del Tribunal Constitucional de fecha 9 de setiembre de 2013, que se autodenomina “sentencia” y que ordena al CNM nombrar al postulante César José Hinostroza Pariachi o a Mateo Grimaldo Castañeda Segovia como Fiscal Supremo, o aquella decisión de fecha 14 de abril de 2014, que se autodenomina “sentencia” y que ordena al CNM nombrar a César José Hinostroza Pariachi como Fiscal Supremo, ambas dictadas en la etapa de ejecución de una sentencia definitiva, constituyen inequívocamente “autos”, toda vez que resuelven incidencias (recursos de apelación por salto) presentadas en dicha etapa.

20. Finalmente, más allá de que decisiones tales como la del 9 de setiembre de 2013, deben ser declaradas nulas por contener evidentes afectaciones a la cosa juzgada de la sentencia definitiva del Tribunal Constitucional de fecha 16 de enero de 2012, cabe precisar que su autodenominación de “sentencia” resulta impertinente en la medida en que conforme al artículo 59° del Código Procesal Constitucional, la aludida “sentencia ampliatoria” debe dictarse para sustituir la “omisión del funcionario” encargado de cumplir la sentencia definitiva. Ello no es lo que ha sucedido en el caso del CNM, en razón de que precisamente éste había expedido decisiones mediante las cuales dicho órgano consideraba haber cumplido con lo dispuesto por el Tribunal Constitucional en la referida sentencia del 16 de enero de 2012.

§6. La motivación del CNM y la verificación del cumplimiento de la sentencia definitiva con calidad de cosa juzgada

21. Teniendo en cuenta la nulidad identificada respecto de todo lo actuado a partir de la decisión del Tribunal Constitucional de fecha 9 de setiembre de 2013, corresponde resolver los recursos de apelación por salto interpuestos por César José Hinostroza Pariachi y el Procurador Público del CNM (fojas 906 a 913) contra la Resolución N.° 34, de fecha 21 de enero de 2013, expedida por el Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima, que declaró: i) improcedente el pedido de conclusión del proceso solicitado por el CNM; ii) que el CNM vuelva a emitir un nuevo pronunciamiento; y, iii) improcedente el pedido de sentencia ampliatoria.
22. Al respecto, cabe mencionar que de fojas 672 a 677, obra el Acta de la Sesión Plenaria Extraordinaria del CNM, de fecha 29 de noviembre de 2012. Esa acta, entre otros extremos, contiene el Acuerdo N.° 1614-2012, que resuelve no nombrar a César José Hinostroza Pariachi como Fiscal Supremo del Ministerio Público, por no haber alcanzado el voto conforme de los dos tercios del número legal de miembros del CNM, de conformidad con el artículo 154°, inciso 1), de la Constitución. Tal acta del CNM establece lo siguiente:

Acto seguido se procedió a la votación de acuerdo a lo dispuesto en el Reglamento respectivo. Se inició la votación respecto del siguiente postulante:

CÉSAR HINOSTROZA PARIACHI

Por su nombramiento: votaron los señores Consejeros Gastón Soto Valles, Luis Maezono Yamashita, Máximo Herrera y Pablo Talavera Elguera.

Por el no nombramiento: votaron los señores Consejeros Vladimir Paz de la Barra, Gonzalo García Núñez y Luz Marina Guzmán Díaz.

El fundamento de voto de los señores Consejeros Vladimir Paz de la Barra y Luz Marina Guzmán Díaz es el siguiente:

(...) Los suscritos, esta vez no votan por el candidato **CÉSAR JOSÉ HINOSTROZA PARIACHI** para el cargo porque no cuenta con el perfil de Fiscal Supremo de trayectoria personal éticamente irreprochable, en razón de que no ha actuado con ética al tratar de justificar su omisión incurrida en no haber consignado en sus Declaraciones Juradas la adquisición de un inmueble en Estados Unidos de Norteamérica efectuado por su cónyuge (...) incumpliendo además lo dispuesto por la Ley 27482 que regula la obligación de los jueces de presentar Declaraciones Juradas de Ingresos y de Bienes y Rentas. Estas son las razones:

PRIMERA RAZÓN.- Que la Ley 27482, obliga entre otras personas a los jueces superiores, a presentar al inicio, durante el ejercicio con una periodicidad anual y al término de la gestión, su correspondiente Declaración Jurada de Bienes y Rentas, que contenga todos los ingresos, bienes y rentas debidamente especificados y valorizados tanto en el país como en el extranjero.

654

Que asimismo, el artículo 34° inciso 14) de la Ley de la Carrera Judicial establece que es deber de los jueces presentar una declaración jurada de bienes y rentas al inicio del cargo, anualmente, al dejar el cargo y cada vez que sus bienes y/o rentas varíen en más de un veinte por ciento (20%).

SEGUNDA RAZÓN.- Que el Juez Superior **CÉSAR JOSÉ HINOSTROZA PARIACHI** celebró su matrimonio con doña Gloria Gutiérrez Chapa, optando por el régimen de sociedad de gananciales, por lo que consecuentemente como Juez tiene pleno conocimiento de lo dispuesto en el Título III Régimen Patrimonial, del Libro III Derecho de Familia del Código Civil, en cuyo artículo 301° se establece que la Sociedad de Gananciales está integrada por bienes propios y bienes sociales; y que además en los artículos 302° y 310° se precisa cuáles son los bienes propios y cuáles los sociales; enfatizándose en el primer párrafo del citado artículo 310° lo siguiente: “**Son bienes sociales... los que cualquiera de los cónyuges adquiera por su trabajo, industria o profesión**”.

Que, por otro lado, en el Libro X Derecho Internacional Privado del Código Civil, específicamente en el artículo 2078, se dispone que “**el Régimen patrimonial del matrimonio y las relaciones de los cónyuges respecto a los bienes se rigen por la ley del primer domicilio conyugal. El cambio**

de domicilio no altera la ley competente para regir las relaciones de los cónyuges en cuanto a los bienes adquiridos antes del cambio”.

Que siendo esto así, se concluye que todos los bienes que los cónyuges **CÉSAR JOSÉ HINOSTROZA PARIACHI** y **GLORIA GUTIÉRREZ CHAPA** hubieran adquirido respectivamente en el Perú y en el extranjero, con dinero proveniente de sus correspondiente trabajo, profesión o industria y durante la vigencia de sus matrimonios y régimen patrimonial de sociedad de gananciales constituyen bienes sociales, razón por la que el magistrado HINOSTROZA PARIACHI tenía la obligación de consignar en su Declaración Jurada Anual la adquisición de la casa de dos pisos efectuado por su esposa en Diciembre de 2004, cuya numeración es la siguiente: **N.º 12867 SOUTH WEST 135 TERRACE**, de los Estados Unidos de Norteamérica.

TERCERA RAZÓN.- Que se pone fin a la sociedad de gananciales, conforme lo dispone el artículo 318º del Código civil, por invalidación del matrimonio, separación de cuerpos, divorcio y declaración de ausencia; causas que necesariamente deben ser objetos de un proceso judicial y sentencia consentida o ejecutoriada; además se pone fin a la sociedad de gananciales por muerte de uno de los cónyuges; por último se pone fin a la sociedad de gananciales, por cambio de régimen patrimonial de sociedad de gananciales a la separación de patrimonios, siempre que se realice por escritura pública debidamente inscrita en el Registro Personal, acto registral a partir del cual dicho cambio de régimen tendrá plena vigencia, como lo prescribe el artículo 296º del referido Código Civil.

Que dentro de este contexto jurídico, el documento privado con firmas legalizadas con fecha 27 de Setiembre de 2004 denominado: **“Acuerdo Mutuo de Separación Convencional”** que presentó ante la OCMA el magistrado CÉSAR JOSÉ HINOSTROZA PARIACHI para tratar de demostrar que con tal documento privado puso fin a su régimen patrimonial de sociedad de gananciales y que por ende el inmueble adquirido por su esposa constituye un bien propio de ella, respecto al cual no tiene la obligación de incorporarlo en su Declaración Jurada, resulta totalmente insuficiente para dar por fenecida su Sociedad de Gananciales, toda vez que se pone fin a la Sociedad de Gananciales conforme se dijo anteriormente, por muerte de uno de los cónyuges, por sentencias que declaren la anulación del matrimonio, el divorcio, la separación de cuerpos, la ausencia de uno de los cónyuges, o por el cambio de régimen patrimonial de Sociedad de Gananciales.

ciales a la de separación de patrimonio, cambio este último que resulta legal y válido cuando se celebra por escritura pública debidamente inscrita en el Registro Personal. Que siendo esto así, el citado “**ACUERDO**” presentado por el Juez Superior CÉSAR JOSÉ HINOSTROZA PARIACHI, en lo que se refiere a la declaración del fenecimiento de su régimen de sociedad de gananciales no tiene ninguna validez jurídica; y si con ello se ha pretendido sustituir su régimen de sociedad de gananciales al de separación de patrimonios, dicho “**ACUERDO**” es **nulo ipso jure**, por imperio del segundo párrafo del artículo 295° del Código Civil, y no tiene valor alguno por mandato del artículo 296° del citado cuerpo legal; razón por la cual dicho Juez Superior, hoy postulante a Fiscal Supremo, con la sola existencia de dicho “**ACUERDO**” no se encontraba eximido de incorporar tal adquisición inmobiliaria en sus correspondientes Declaraciones Juradas a presentarse con anterioridad a la fecha de adquisición del inmueble por su esposa.

Por estos fundamentos, se concluye que el inmueble ubicado en N.º 12867 SOUTH WEST 135 TERRACE, de los Estados Unidos de Norteamérica, tiene la categoría jurídica de bien social y como tal constituye una propiedad de los cónyuges CÉSAR JOSÉ HINOSTROZA PARIACHI y Gloria Gutiérrez Chapa, por haber sido adquirido dentro de la vigencia de su matrimonio y su correspondiente régimen de Sociedad de Gananciales, razón por la cual el postulante a Fiscal Supremo, Juez Superior CÉSAR JOSÉ HINOSTROZA PARIACHI, tenía la obligación de consignar tal adquisición en sus respectivas Declaraciones Juradas Anuales desde el 2005 hasta el 2012, lo que no cumplió, conforme se señala en el Quinto Considerando de la Resolución NÚMERO **TRECE de fecha 25 de Mayo de 2012 (Registro N.º 5255b-2012-CALLAO)** expedida por el Magistrado Carlos Santillán Tuesta, de la Unidad de Investigación y Anticorrupción de la OCMA del Poder Judicial.

656

CUARTA RAZÓN.- Que es necesario recordar que aproximadamente en Setiembre de 2010 el Consejo Nacional de la Magistratura convocó a Concurso Público para cubrir tres plazas de Fiscales Supremos, concurso que culminó aproximadamente en el mes de Enero de 2011, tiempo en el cual se publicó en algunos medios de comunicación que el postulante CÉSAR JOSÉ HINOSTROZA PARIACHI había adquirido un primer inmueble en los Estados Unidos de Norteamérica, situación que al haber sido incorporada en sus Declaraciones Juradas por consiguiente sólo se cuestionó por algunas personas y medios de comunicación, la procedencia de dinero para tal adquisición; sin embargo resulta coincidente que el proceso de

remate del segundo inmueble, esta vez adquirido a nombre de su esposa doña Gloria Gutiérrez Chapa, se ha producido inmediatamente después de haberse cuestionado la adquisición del primer inmueble; que en todo caso la OCMA debió investigar, la procedencia del pago de la cuota inicial efectuada por la esposa del postulante para acceder al préstamo hipotecario que le otorgó el BAC FLORIDA BANK por la cantidad de \$242,800.00; además la forma del cumplimiento del pago del 60% de su remuneración mensual por concepto de pensión alimenticia a que se refiere el mencionado “ACUERDO MUTUO DE SEPARACIÓN CONVENCIONAL”; así como el inmueble en que habría vivido el mencionado Juez Superior CÉSAR HINOSTROZA PARIACHI durante la época en que se encontraba fuera de su casa conyugal, por decisión mutua, para los efectos de establecer la veracidad del citado “ACUERDO”.

QUINTA RAZÓN.- Que por último, no genera convicción el argumento utilizado por el postulante a Fiscal Supremo CÉSAR JOSÉ HINOSTROZA PARIACHI, para justificar su omisión de incorporar este segundo inmueble en sus Declaraciones Juradas manifestando que al producirse la reconciliación con su esposa en el año 2008, ésta no le había comunicado el problema de la hipoteca del año 2005, sino hasta después del remate de dicho inmueble efectuado el 15 de Abril de 2011; argumento de defensa que tal vez generaría convicción en tanto se tratase por ejemplo de la adquisición de un televisor y no de una casa. Que asimismo, del movimiento migratorio de ambos cónyuges aparece que después de su “ACUERDO MUTUO DE SEPARACIÓN CONVENCIONAL” de fecha 26 de setiembre de 2004, los citados cónyuges hasta en tres oportunidades han coincidido en el tiempo en estar en los Estados Unidos de Norteamérica: CÉSAR HINOSTROZA PARIACHI (Salida 27-07-2005 entrada 08-08-2005, salida 03-02-2007, entrada 18-02-2007, salida 26-07-2009, entrada 05-08-2009) GLORIA ELISA GUTIERREZ CHAPA (Salida 24-07-2005, entrada 08-08-2005, salida 03-02-2007, entrada 18-02-2007, salida 26-07-2009, entrada 05-08-2009); tanto más que en la página web /<http://historico.pj.pe/CorteSuperior/Noticias.ASP?Código=3996&opción=detalle&sede=9> aparece que la Presidenta del Comité de Damas del Poder Judicial, doña Jesús Victoria Espinoza de Távora, esposa del entonces Presidente del Poder Judicial Francisco Távora Córdova, le tomó juramento, entre otras personas, a la señora Gloria Gutiérrez de Hinostroza como Directora de Actividades Culturales del Comité de Damas de la Corte Superior de Justicia del Callao, acto de juramentación que se realizó con fecha 09 de

Febrero de 2007 en circunstancias en que ambos cónyuges se encontraban separados desde el 27 de Setiembre de 2004 hasta el año 2008 en que se reconciliaron según lo afirmado en la citada Resolución de la OCMA.

SEXTA RAZÓN.- Que el postulante a Fiscal Supremo CÉSAR JOSÉ HINOSTROZA PARIACHI, como argumento de descargo frente al cuestionamiento público sobre la adquisición del segundo inmueble, ha presentado un escrito recepcionado por el Consejo Nacional de la Magistratura con fecha 04 de junio de 2012, en el que sustenta toda su defensa en la Resolución de fecha 25 de mayo de 2012 (REGISTRO n°5255B-CALLAO) expedida por el Magistrado Carlos Santillán Tuesta de la Unidad de Investigación y Anticorrupción de la OCMA del Poder Judicial, que declara no haber mérito para abrir procedimiento disciplinario por tal adquisición inmobiliaria. Que con relación a esta Resolución de Primera Instancia de la OCMA, debo opinar que esta Resolución adolece de un gravísimo desconocimiento de la Institución Jurídica de Derecho Civil denominado: Fenechimiento de la Sociedad de Gananciales, ya que el Magistrado Investigador de la OCMA Carlos Santillán Tuesta considera que con un documento privado con firma legalizada denominado: **“Acuerdo Mutuo de Separación Convencional”**, resulta suficiente para poner fin a un Régimen Patrimonial de Sociedad de Gananciales, otorgándole a dicho documento privado plena validez Jurídica contrario a lo que disponen los artículos 295°, 296°, 310° y 318° del Código Civil, consideración que le sirve de sustento para arribar a la conclusión de que no debe abrirse procedimiento disciplinario contra el Juez Superior CÉSAR JOSÉ HINOSTROZA PARIACHI; situación irregular que debe ponerse en conocimiento del Jefe de la OCMA, y de la Fiscalía de Control Interno del Ministerio Público.

SÉTIMA RAZÓN.- Que en el presente voto, se ha emitido opinión jurídica con respecto a la citada Resolución de la OCMA, porque el mismo postulante lo ha presentado ante el Consejo Nacional de la Magistratura, como argumento de defensa. Que, asimismo, del citado reporte del SIATF del Ministerio Público al que cualquier persona puede acceder, aparece que el Fiscal de la Nación en la actualidad viene investigando al postulante al Fiscal Supremo CÉSAR HINOSTROZA PARIACHI, por la existencia o no de enriquecimiento ilícito derivado de la adquisición de este segundo inmueble, investigación preliminar que por encontrarse en trámite no nos referimos respecto de su contenido, para no transgredir la presunción de inocencia exclusivamente dirigida al supuesto delito de enriquecimiento ilícito.

Que, finalmente, el hecho de que en este voto se haya emitido opinión jurídica con relación a la adquisición de un segundo inmueble en los Estados Unidos de Norteamérica, que no estuvo comprendido formalmente dentro del proceso de Selección y Nombramiento, es porque actualmente existe un permanente cuestionamiento público de los medios de comunicación sobre la adquisición no declarada de este segundo inmueble, comprado por la esposa del postulante antes de la convocatoria a concurso a tres plazas para Fiscales Supremos, tanto más si el propio postulante CÉSAR JOSÉ HINOSTROZA PARIACHI se ha sometido a dicho cuestionamiento, de tal manera que en ejercicio de su derecho de defensa ha presentado escritos ante el Consejo Nacional de la Magistratura tratando de desvirtuar tal cuestionamiento público, el mismo que por respeto al país y a los medios de comunicación, resulta imperativo pronunciarse.

El señor Consejero Gonzalo García Núñez, fundamentó su voto por el no nombramiento de don César Hinostroza Pariachi al cargo de Fiscal Supremo, en las razones siguientes:

(...)

3. Que sobre los argumentos anotados, el juez del Quinto Juzgado

659

Constitucional considera que la votación debió ceñirse estrictamente a todo lo actuado y aprobado hasta el cuadro de méritos, y que los hechos a que hacen referencia los votos corresponden a hechos posteriores.

4. Que frente a estos argumentos, corresponde entonces establecer que la información de la conducta de un postulante que pudieran evidenciarse entre el Cuadro de Méritos elaborado por la Dirección de Selección y Nombramiento del CNM y el acto de votación de los Señores Consejeros, quienes intervienen en este acto haciendo uso del criterio discrecional que la ley les ha otorgado, simplemente debe ser ignorado, sin que se tenga presente que la elección refiere a un magistrado que debe tener no solo las suficientes competencias para ocupar el cargo de fiscal supremo, como es el caso, sino también debe tener una sólida formación profesional y una conducta intachable.

5. Que a partir de lo resuelto por el Tribunal Constitucional y por el Juez del Quinto Juzgado Constitucional, el criterio discrecional del Consejero del Consejo Nacional de Magistratura, no es tal, sino que deberá sujetarse a parámetros pre-establecidos.

6. Que, revisada entonces la hoja de vida del postulante Hinostroza Pariachi, correspondiente a la Convocatoria 002-2010-SN-CNM, en el rubro inmuebles, el postulante consignó como su propiedades: 1) Casa Habitación: Calle Carlos Baca Flor N° 116 Pueblo Libre – Lima; 2) Casa Habitación: 15840 SW 146 TER MIAMI FLORIDA; y 3) Departamento: Calle Vía Láctea N° 490- Surco Calle Carlos Baca Flor N° 116 Pueblo Libre – Lima.

7. Que, la sentencia tanto del Tribunal Constitucional y del Juzgado Constitucional señalan que para efectos de la selección y nombramiento del postulante Hinostroza Pariachi, solo debe considerarse la información contenida en el legajo del postulante hasta el momento de la elaboración del Cuadro de Méritos por la Dirección de Selección y Nombramiento del Consejo, mas no así la información que circuló en diversos medios de comunicación como son El Comercio, Caretas, Hildebrant en sus Trece, Justicia Viva, Diario 16, La Razón, La República y que se encuentran referidas a la compra de una segunda casa en los Estados Unidos de Norteamérica por la cónyuge del magistrado postulante doña Gloria Gutiérrez Chapa en diciembre de 2005, valorizada en \$ 323,800, sobre este hecho, el postulante Hinostroza Pariachi ha referido mediante descargo, que desconocía la referida compra, porque en ese tiempo se encontraba separado de hecho de su cónyuge presentando además un documento privado denominado “Acuerdo Mutuo de Separación Convencional de fecha 27 de setiembre de 2004”.

660

8. Que, de la revisión del expediente del postulante Hinostroza Pariachi, no se consigna información alguna del postulante respecto a la relación patrimonial con su cónyuge, pese a que tales hechos tuvieron incidencia en el patrimonio de la familia Hinostroza Pariachi, por ser pre existentes a la postulación del referido Juez Superior a la plaza de Fiscal Supremo.

9. Que, resulta evidente que el referido postulante no consignó toda su información patrimonial pre existente al momento de su postulación.

10. Que la Ley N° 27482, establece la obligación que tiene todo funcionario público (incluye magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público) de presentar la Declaración Jurada de Ingresos y de Bienes y Rentas. Que dicha declaración debe ser presentada: al inicio, durante el ejercicio con una periodicidad anual y al término de la gestión o el cargo; encontrándose referido el contenido de la misma a todos los ingresos bienes y rentas, debidamente especificados y valorizados tanto en el país como en el extranjero.;

11. Que de la información obrante en su legajo, en el extremo referido a sus bienes patrimoniales, no ha consignado lo referente a la propiedad adquirida por su cónyuge también en Miami, sustentando su comportamiento a la separación de hecho con su cónyuge y al documento privado denominado “Acuerdo Mutuo de Separación Convencional”, el cual no fue inscrito en la forma que la ley establece para su vigencia.

12. Que el nivel de magistrado al cual postula el Juez Superior Hinostroza Pariachi reporta al cargo de Fiscal Supremo, lo que supone en rigor que el Consejo Nacional de la Magistratura, debe seleccionar al candidato que reúna no solo los atributos de idoneidad y de experiencia profesional sino también los atributos que las obligaciones de la ética exigen para tan alto cargo de la magistratura en el Perú.

13. Que el postulante Hinostroza Pariachi, tiene la condición actual de Juez Superior, por tanto su comportamiento está sujeto en forma permanente a lo establecido en el Código de Ética del Poder Judicial del Perú aprobado en Sesiones de Sala Plena de fechas 09, 11 y 12 de marzo de 2004, en cuyo artículo 10° se establece “el juez debe ser transparente en lo relativo a su patrimonio, informando regularmente sobre sus bienes e ingresos”.

661

14. Que del mismo modo, el Código de Ética del Ministerio Público aprobado por Resolución de la CEMP N° 614-97-MP-FN-CEMP del 11 de julio de 1997 vigente en la Convocatoria, y que a la fecha ha sido modificado por el Ministerio Público, expidiéndose su nuevo Código de Ética del Ministerio Público por Resolución N° 018-2011-MP-FN-JFS, en el que se establece dentro de los principios y valores, lo correspondiente a la Transparencia de los Fiscales “...debemos también ser transparentes hacia la sociedad respecto de nuestro patrimonio, de modo que su licitud está en permanente disposición de ser demostrada”, en su Tercera Disposición Final, dispone que “los principios, valores y deberes del presente código de ética, conforman el perfil del fiscal y deben ser considerados en todo proceso de evaluación para las acciones correctivas o de estímulo correspondientes”.

15. Es decir, a criterio del suscrito, y estando a las normas concordantes relativas a la ética del magistrado, el postulante no ha mostrado una conducta que se ajuste estrictamente a lo que se requiere para ostentar tan importante cargo de la magistratura.

Por lo expuesto, mi voto de conciencia en el que me ratifico es por no nombrar al postulante César Hinostroza Pariachi.

Con el resultado de la votación, el Pleno del Consejo por mayoría adoptó el siguiente:

ACUERDO N° 1614-2012:

No nombrar al señor CÉSAR HINOSTROZA PARIACHI, como FISCAL SUPREMO DEL MINISTERIO PÚBLICO, al no haber alcanzado el voto conforme de los dos tercios del número legal de los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, de conformidad con el artículo 154 inciso 1 de la Constitución Política.

23. Sobre el particular, de la revisión de autos, el Tribunal Constitucional, resolviendo los recursos de apelación por salto interpuestos por el demandante y por el CNM, contra la aludida Resolución N.° 34, de fecha 21 de enero de 2013, considera que la motivación expresada en el Acta de la Sesión Plenaria Extraordinaria del CNM, de fecha 29 de noviembre de 2012 (Acuerdo N.° 1614-2012), cumple con la exigencia de expresar una justificación razonable y proporcional de su decisión de no nombrar al postulante César José Hinostroza Pariachi como Fiscal Supremo, tal como se evidencia del fundamento 22 de la presente. Dicha motivación fue exigida en la sentencia definitiva del Tribunal Constitucional, de fecha 16 de enero de 2012, que, como ya se ha mencionado, tenía la calidad de cosa juzgada. Por tanto, habiéndose cumplido con lo ordenado en la sentencia definitiva, debe declararse el archivo definitivo del proceso.
24. En efecto, analizando dicha Acta de la Sesión Plenaria del CNM, específicamente los fundamentos de voto de los Consejeros Vladimir Paz de la Barra, Luz Marina Guzmán Díaz y Gonzalo García Núñez, tal como este Tribunal Constitucional ha decidido citarlos en su totalidad en el fundamento 22 de la presente, y teniendo en cuenta el tipo de proceso examinado por el CNM (proceso de selección y nombramiento), se aprecia la existencia de los elementos principales que una motivación de un órgano constitucional como el CNM debe expresar para justificar legítimamente sus decisiones: i) una adecuada identificación del objeto de pronunciamiento; ii) motivación interna (lógica); así como los criterios de motivación externa: iii) consistencia; iv) coherencia; v) aceptabilidad de las consecuencias; y, vi) universalidad.
- i) Identificación del objeto de pronunciamiento.* Se menciona que el objeto de pronunciamiento es la evaluación sobre si el postulante César José Hinostroza Pariachi cuenta o no con una “trayectoria personal éticamente irreprochable” para el cargo de Fiscal Supremo y, específicamente, si cumplió con su deber de mencionar en su declaración de bienes y rentas una determinada casa que adquirió su esposa.

ii) *Motivación interna (lógica)*. Mediante las razones “primera”, “segunda”, “tercera”, “cuarta”, “quinta” y “sexta”, de los consejeros Paz de la Barra y Guzmán Díaz y las razones 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14 y 15 del Consejero García Núñez, se justificó su decisión de no elegir al postulante porque, principalmente, no se encontraba eximido de incorporar una adquisición domiciliaria de su esposa en sus correspondientes declaraciones juradas como juez, lo que evidencia que no cuenta con una trayectoria éticamente irreprochable. Para ello exponen, entre otras, las siguientes razones:

“Primera”, “10”, “13” y “14”: la Ley N.º 27482, que regula la publicación de la declaración jurada de ingresos y de bienes y rentas de los funcionarios y servidores públicos del Estado; el artículo 34º inciso 14) de la Ley de la Carrera Judicial; y determinados Códigos de Ética obligan a los jueces a presentar una declaración jurada de bienes y rentas al inicio del cargo, anualmente, al dejar el cargo y cada vez que sus bienes y/o rentas varíen en más de un 20%.

“Segunda” y “6, 7, 8 y 9”: el Juez Superior César José Hinostroza Pariachi celebró su matrimonio, optando por el régimen de sociedad de gananciales, y además que dicho juez tenía la obligación de consignar en su declaración jurada anual la adquisición, por parte de su esposa, de una casa ubicada en el N.º 12867 South West 135 Terrace, Estados Unidos.

“Tercera” y “11”: el artículo 318º del Código Civil, establece cuáles son las causales para poner fin a la sociedad de gananciales, dentro de los que no se encuentra el “documento privado con firmas legalizadas con fecha 27 de Setiembre de 2004 denominado: ‘Acuerdo Mutuo de Separación Convencional’” que presentó el magistrado César José Hinostroza Pariachi, por lo que éste no se encontraba eximido de declarar la aludida casa.

“Cuarta”: no genera convicción el argumento de defensa del demandante Hinostroza en el sentido de que no declaró el aludido bien inmueble porque recién en el año 2008 tomó conocimiento de éste al producirse la reconciliación con su esposa, pues, por ejemplo, en el año 2007, ésta juramentó como Directora de Actividades Culturales del Comité de Damas de la Corte Superior de Justicia del Callao.

De lo expuesto, se evidencia la actividad interpretativa realizada por tres consejeros del CNM respecto del artículo 154º, inciso 1), de la Constitu-

ción, así como de la Ley N.º 27482, el artículo 34º, inciso 14), de la Ley de la Carrera Judicial; y determinados Códigos de Ética, en el sentido de que uno de los criterios que no permite nombrar a un juez –y, extensivamente, a un fiscal– es no poseer “una trayectoria personal éticamente irreprochable”, por ejemplo, cuando no se declara la adquisición de un bien inmueble que pertenece a la sociedad de gananciales (*premisa normativa*); y que en el caso del postulante César José Hinostroza Pariachi, dichos consejeros del CNM han verificado que no ha declarado el inmueble ubicado en el N.º 12867 South West 135 Terrace, Estados Unidos, perteneciente a la sociedad de gananciales (*premisa fáctica*), por lo que determinó la conclusión lógica de no nombrar a dicho postulante.

iii) *Consistencia*. Si lo que se evalúa en este punto es la prohibición de utilizar premisas contradictorias, de la revisión conjunta de los argumentos de los consejeros del CNM que votaron por el no nombramiento del postulante Hinostroza, no se evidencia contradicción entre tales argumentos, pues existen criterios uniformes en cuanto a la falta de idoneidad y a la conducta del mencionado postulante.

664 iv) *Coherencia*. Mediante la coherencia se busca evitar la contradicción axiológica, de modo tal que la interpretación realizada por el órgano constitucional deba ser conforme con los principios constitucionales y valores del sistema jurídico. En el caso del postulante Hinostroza, los consejeros del CNM expresaron argumentos que evidencian la conformidad de su interpretación de las normas legales y éticas que exigen a los magistrados la declaración anual de bienes y rentas con aquellas normas constitucionales que establecen tanto el marco de actuación del CNM en el nombramiento y selección de postulantes al Ministerio Público, como el respeto de derechos fundamentales de los postulantes, como los de defensa y a la motivación, entre otros.

v) *Aceptabilidad de las consecuencias*. Se verifica que los argumentos de los Consejeros del CNM han evaluado las consecuencias de su decisión respecto de la obligación jurídica y ética de realizar la declaración de bienes y rentas por parte de los jueces.

vi) *Universalidad*. Implica que para justificar una decisión debe, por lo menos, formularse una regla que sirva no sólo en un caso concreto sino en cualquier otro que presente las mismas características. En el caso del postulante Hinostroza, los consejeros del CNM establecieron una regla universalizable: que los postulantes al cargo de Fiscal Supremo del Ministerio Público deben contar con una trayectoria éticamente irreprochable, consignando en sus

declaraciones juradas de bienes y rentas todos los bienes inmuebles adquiridos por la sociedad de gananciales.

25. La *evaluación conjunta* de dichos elementos es indispensable para justificar las decisiones de órganos constitucionales como el CNM, en la medida que permite despejar cualquier apariencia de arbitrariedad, pues, por ejemplo, no bastará hacer una retórica mención de que se ha identificado una conducta que afecta la exigencia de una trayectoria personal éticamente irreprochable, sino que dicha mención debe estar fundamentada en argumentos idóneos y suficientes como los que se sostienen en el presente caso.
26. Y es que una de las principales orientaciones de los órganos constitucionales, además de la defensa de la dignidad humana como fin supremo de la sociedad y del Estado (artículo 1° de la Constitución), es precisamente la materialización del principio de Estado de derecho (artículos 3° y 43° de la Constitución), uno de cuyos pilares es el principio de interdicción de la arbitrariedad, que exige, entre otros contenidos, que las decisiones estatales no sean decisiones vagas, caprichosas, superficiales o despóticas. En lo que se refiere al presente caso, conforme al artículo 154° de la Constitución, el CNM decide si nombra o no nombra a un postulante al cargo de juez o fiscal; si ratifica o no ratifica a un juez o fiscal; o si sanciona o no a determinados jueces o fiscales, entre otras competencias. Optar por una u otra alternativa está en su margen de discrecionalidad, pero justificar y razonar su decisión sobre la elección de tal alternativa constituye una inexcusable obligación, no siendo admisible no emitir justificación o ampararse únicamente en su discrecionalidad o en su condición de autoridad.
27. Dicha exigencia de rigurosidad en la justificación del razonamiento tampoco está exenta en todos los ámbitos de la judicatura ordinaria, pues incluso en el caso de los jueces de paz, que también forman parte del Sistema Judicial, estos imparten justicia según su leal saber y entender, y no por ello sus decisiones dejan de ser menos trascendentes para la administración de justicia. Este mismo criterio también se ve reproducido en el caso del arbitraje, en el cual también participan los árbitros de conciencia, cuyo referente de solución de la controversia no será la norma jurídica sino otros criterios como la equidad. Estos de ninguna manera los eximen de ofrecer una justificación razonable y proporcional del asunto objeto de análisis.
28. En suma, el Tribunal Constitucional considera que la mencionada decisión del CNM ha motivado correctamente su decisión de no nombrar al postulante César José Hinostroza Pariachi, dado que tal decisión cumple los estándares de motivación exigibles al Consejo Nacional de la Magistratura, tanto por la Norma Fundamental como por la Ley N.° 29277, de la Carrera Judicial.

Dichos estándares de motivación exigibles al CNM aumentarán, por ejemplo, en los casos de no ratificación de jueces y fiscales, o en aquellos donde se impongan sanciones disciplinarias, pues en tales casos el CNM debe tener acceso a mayores elementos probatorios generados en el respectivo periodo de ratificación o de investigación disciplinaria.

§7. La imposibilidad jurídica de que un juez constitucional pueda ordenar al CNM el nombramiento de fiscales

29. No cabe duda de que una las características principales del Estado Constitucional tiene que ver con el rol predominante de los órganos jurisdiccionales en el ámbito interpretativo de las disposiciones constitucionales. Dicho rol se explica, entre otros factores, en la medida que tales disposiciones contienen, en general, un alto contenido valorativo o amplios grados de indeterminación, lo que implica una importante actividad interpretativa de los jueces y, sobre todo las exigencias a estos de necesarias cargas de argumentación de sus decisiones a efectos de legitimar su autoridad.
30. Sin embargo, estas actividades de interpretación y argumentación no se encuentran exentas de límites, toda vez que dichos órganos jurisdiccionales (Poder Judicial, Tribunal Constitucional, entre otros) son, en su esencia poderes constituidos y por tanto, están supeditados a los mandatos de la Constitución. Precisamente, uno de ellos tiene que ver con el respeto de aquellas competencias exclusivas de los poderes del Estado, órganos constitucionales o gobiernos regionales y locales.
31. En el caso de autos, la Constitución ha establecido de modo claro y preciso en sus artículos 150° y 154° que el CNM tiene las competencias exclusivas de “selección y (...) nombramiento de los jueces y fiscales, salvo cuando estos provengan de elección popular”, así como de “1. Nombrar, previo concurso público de méritos y evaluación personal, a los jueces y fiscales de todos los niveles. Dichos nombramientos requieren el voto conforme de los dos tercios del número legal de sus miembros”, entre otras competencias. Como se aprecia, en ningún extremo de dicha disposición constitucional, ni en otra de la Norma Fundamental se posibilita que el nombramiento de jueces o fiscales lo puedan realizar los jueces o el Tribunal Constitucional.
32. Por tanto, el Tribunal Constitucional, en las decisiones de fecha 9 de setiembre de 2013, mediante la cual ordenó al CNM que nombre a César José Hinostroza Pariachi o a Mateo Grimaldo Castañeda Segovia como Fiscal Supremo; o en la de 14 de abril de 2014, que ha ordenado al CNM nombrar a César José Hinos-

troza Pariachi como Fiscal Supremo, ha ejercido una competencia exclusiva del Consejo Nacional de la Magistratura que no le corresponde, emitiendo pronunciamientos que no se fundan en algún tipo de cobertura normativa en el sistema constitucional peruano y que, por ende, no surten ningún tipo de efectos jurídicos.

33. La existencia de un sistema de equilibrio y de distribución de poderes en el sistema constitucional, con todos los matices y exigencias que impone la sociedad, sigue constituyendo, en su idea central, una obligación ineludible en todo Estado Constitucional. La separación de las 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.
34. Finalmente, habiéndose verificado lo siguiente: i) que se debe declarar la nulidad de todo lo actuado a partir de la decisión del Tribunal Constitucional de fecha 9 de setiembre de 2013, incluida la del 14 de abril de 2014, expedidas en la etapa de ejecución de sentencia, por contener evidentes afectaciones a la cosa juzgada y a las competencias constitucionales del CNM; ii) que se encuentran pendientes de resolver los recursos de apelación por salto de fechas 28 y 30 de enero de 2013, presentados por César José Hinostroza Pariachi y el CNM contra la Resolución N.º 34, de fecha 21 de enero de 2013, expedida por el Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima; y, iii) que se ha acreditado que mediante Acta de la Sesión Plenaria Extraordinaria de fecha 29 de noviembre de 2012 (Acuerdo N.º 1614-2012), tres Consejeros del CNM han motivado suficientemente su decisión de no nombrar al postulante César José Hinostroza Pariachi, cumpliendo con los estándares de motivación exigibles al CNM, tanto por la Constitución, como por la Ley N.º 29277, de la Carrera Judicial; el Tribunal Constitucional estima que corresponde revocar, en todos sus extremos, la Resolución N.º 34, de fecha 21 de enero de 2013, expedida por el Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima, y declarar que mediante la aludida Acta de Sesión Plenaria, el CNM ha cumplido con motivar de modo suficiente su decisión sobre la postulación de César José Hinostroza Pariachi al cargo de Fiscal Supremo, tal como se ordenó en la sentencia definitiva del Tribunal Constitucional de fecha 16 de enero de 2012; por lo que debe disponerse el archivo definitivo del proceso.

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú y el fundamento de voto del magistrado Urviola Hani que se acompaña,

RESUELVE

1. Declarar **FUNDADO** el recurso de reposición interpuesto por el CNM; y en consecuencia, declarar la **NULIDAD** de todo lo actuado a partir de la decisión del Tribunal Constitucional de fecha 9 de setiembre de 2013, por haberse acreditado la vulneración de la cosa juzgada establecida en la sentencia definitiva del Tribunal Constitucional de fecha 16 de enero de 2012, así como por afectar las competencias exclusivas del Consejo Nacional de la Magistratura (CNM), establecidas en el artículo 154°, inciso 1), de la Constitución.
2. Declarar **FUNDADO** el recurso de apelación por salto interpuesto por el CNM con fecha 30 de enero de 2013 contra la Resolución N.º 34, de fecha 21 de enero de 2013, expedida por el Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima; y en consecuencia, **REVOCAR** dicha resolución, en todos sus extremos, y **DECLARAR** que mediante el Acta de la Sesión Plenaria Extraordinaria de fecha 29 de noviembre de 2012 (Acuerdo N.º 1614-2012), el CNM ha cumplido con motivar de modo suficiente su decisión sobre la postulación de César José Hinostroza Pariachi al cargo de Fiscal Supremo, tal como se ordenó en la sentencia definitiva del Tribunal Constitucional de fecha 16 de enero de 2012; por lo que dispone el archivo definitivo del proceso.
3. Declarar **INFUNDADO** el recurso de apelación por salto interpuesto por el demandante César José Hinostroza Pariachi contra la Resolución N.º 34, de fecha 21 de enero de 2013.

668

Publíquese y notifíquese.

SS.

URVIOLA HANI

MIRANDA CANALES

BLUME FORTINI

RAMOS NÚÑEZ

SARDÓN DE TABOADA

LEDESMA NARVÁEZ

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

EXP. N.º 00776-2014-PA/TC (EXP. N.º 01034-2013-PA/TC)

LIMA

CÉSAR JOSÉ HINOSTROZA PARIACHI

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO URVIOLA HANI

1. En la decisión del Tribunal Constitucional de fecha 9 de setiembre de 2013, que ordena al Consejo Nacional de la Magistratura (CNM) nombrar a César José Hinostroza Pariachi o a Mateo Grimaldo Castañeda, en el cargo de Fiscal Supremo –cuya nulidad ha sido declarada en el pronunciamiento de autos–, emití un voto singular oponiéndome a dicha orden de nombramiento toda vez que ésta es una competencia propia del CNM y en ningún caso del Tribunal Constitucional. Así, mis argumentos fueron los siguientes:

45. (...) he aquí las principales razones de mi discrepancia con lo decidido por mis demás colegas magistrados- no encuentro cómo el Tribunal Constitucional pueda ordenar al Consejo Nacional de la Magistratura que proceda a nombrar a don Mateo Grimaldo Castañeda Segovia o a don César José Hinostroza Pariachi, en el concurso convocado por esa entidad el año 2010 en la plaza aún vacante de Fiscal Supremo.

46. Y es que la decisión de nombrar o no a un abogado como magistrado del Poder Judicial o Ministerio Público corresponde exclusiva y excluyentemente al (...) CNM conforme a lo expresamente establecido en el numeral 1 del artículo 158° de nuestra Carta Magna. Por ello, el Tribunal Constitucional no puede subrogar al emplazado en dicha labor a través de sus pronunciamientos. Hacerlo implica, en mi opinión, arrogarse atribuciones que le son totalmente ajenas.

47. Además, tampoco puede soslayarse que la propia naturaleza de los procesos constitucionales es netamente restitutoria y no declaratoria; por ende, ordenar al Consejo que elija entre tal o cual postulante a un cargo que previamente no ostenta es una situación que contradice nuestra propia jurisprudencia (...).

2. Asimismo, más allá de la contundencia de dichos argumentos, debo mencionar que en aquella oportunidad tuve una opinión distinta en cuanto a la exigencia de motivación del CNM, la misma que justifico en la imperiosa necesidad de que los magistrados de un Colegiado como el Tribunal Constitucional, en la medida que el margen de razonabilidad lo permita, deben ceder en ciertas posiciones individuales cuando con ello se fortalece la decisión conjunta.

S.

URVIOLA HANI

Sentencia 00791-2014-PA/TC

Recurso de apelación por salto a favor de la ejecución de la Sentencia 01044-2013-PA/TC interpuesto por Mateo Grimaldo Castañeda Segovia en materia de nombramientos del Consejo Nacional de la Magistratura.

Fecha de publicación de la sentencia en el Portal Oficial del TC:
30 de abril del 2014

Fecha de publicación de la resolución en el Portal Oficial del TC:
8 de mayo del 2014

Fecha de publicación del auto en el Portal Oficial del TC:
15 de julio del 2014

671

Resumen: El Tribunal Constitucional, mediante la Sentencia 04944-2011-PA/TC, de fecha 16 de enero de 2012, declaró fundada la demanda interpuesta por el recurrente contra el Consejo Nacional de la Magistratura — CNM, en la cual solicitó la nulidad del acuerdo en el que se decidió no nombrarlo como Fiscal Supremo, por haberse acreditado la violación de sus derechos al debido proceso y a la motivación de las resoluciones. Por tanto, se ordenó al CNM a emitir un nuevo acuerdo debidamente motivado, y que sus miembros vuelvan a votar su decisión.

Sin embargo, el CNM no nombró al recurrente en el cargo de Fiscal Supremo por falta de idoneidad y ausencia de conducta irreprochable. En consecuencia, el demandante interpuso un recurso de apelación por salto a favor de la primera sentencia del Tribunal, solicitando anular esta nueva decisión del CNM. El Tribunal declaró fundado el recurso de apelación mediante la Sentencia 01044-2013-PA/TC, y ordenó al CNM a nombrar un Fiscal Supremo entre los postulantes que quedaban en carrera, César José Hinostroza Pariachi y Mateo Grimaldo Castañeda Segovia. Luego se declaró improcedente un pedido de nulidad presentado por el CNM contra esta sentencia.

Posteriormente, y en atención a que el CNM no dio cumplimiento a lo dispuesto en la Sentencia 01044-2013-PA/TC y nombró a otra persona, el Tribunal declaró funda-

do un segundo recurso de apelación por salto planteado por el demandante, mediante la Sentencia 00791-2014-PA/TC, ordenando directamente al CNM a nombrar al recurrente como Fiscal Supremo.

Asimismo, declaró nulos todos los actos posteriores realizados por el CNM después de notificado con la Sentencia 01044-2013-PA/TC; por tanto, anuló los nombramiento de las magistradas Zoraida Ávalos Rivera y Nora Victoria Miraval Gambini, dejando a salvo y con plena validez las actuaciones realizadas por dichas magistradas mientras ejercieron sus funciones y ordenando que se les habilite dos vacantes como medida reparadora para reincorporarlas.

Luego, el Tribunal declaró fundado en parte el pedido de nulidad, entendido como aclaración, contra la Sentencia 00791-2014-PA/TC, presentado por el CNM y otros respecto a la nulidad de los nombramientos de las magistradas mencionadas. El Tribunal dejó sin efecto uno de los puntos resolutivos de la citada sentencia, precisando que los referidos nombramientos fueron válidos y legítimos. Asimismo, dispuso que en caso de no existir plazas, el CNM deje una plaza vacante en reserva para Mateo Grimaldo Castañeda Segovia y que, como medida reparadora, no realice ningún concurso público para Fiscales Supremos mientras no se le nombre como Fiscal Supremo.

672

Ante esta situación, el CNM interpuso un pedido de nulidad, entendido como reposición, alegando la vulneración del artículo 154, inciso 1, de la Constitución, según el cual una de las funciones del CNM es el nombramiento de fiscales, previo concurso público de méritos y evaluación personal, de manera que el Tribunal no puede ordenar que se nombre a un Fiscal Supremo. Alegó además que la sentencia quebrantó la finalidad restitutoria del amparo.

La controversia se resolvió finalmente con el Auto 00791-2014-PA/TC, emitido por la nueva conformación del Pleno del Tribunal, mediante el cual se declaró fundado el recurso de reposición interpuesto por el CNM y, en consecuencia, nulo todo lo actuado a partir de la decisión del Tribunal de fecha 9 de setiembre de 2013 (es decir, a partir de la Sentencia 01044-2013-PA/TC), por haberse acreditado la vulneración de la cosa juzgada establecida en la sentencia definitiva del Tribunal Constitucional de fecha 16 de enero de 2012 (es decir, en la Sentencia 04944-2011-PA/TC), y por afectar las competencias exclusivas del CNM en materia de nombramiento de fiscales establecidas en el artículo 154, inciso 1, de la Constitución.

Asimismo, el Tribunal declaró que el CNM cumplió con motivar de modo suficiente su decisión sobre la postulación del recurrente al cargo de Fiscal Supremo, tal como se ordenó en la Sentencia 04944-2011-PA/TC.

Por último, el Tribunal emitió un auto de aclaración de la Sentencia 01044-2013-PA/TC, señalando que carecía de objeto pronunciarse respecto de los recursos planteados por el CNM al interior de ese proceso, debido a que se había producido la sustracción de la materia.

Temas Claves: Apelación por salto — Consejo Nacional de la Magistratura — cosa juzgada — debida motivación de las resoluciones — ejecución de sentencia.

EXP. N.º 00791-2014-PA/TC (EXP. N.º 01044-2013-PA/TC)
LIMA
MATEO GRIMALDO CASTAÑEDA SEGOVIA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 30 días del mes de abril de 2014, el Tribunal Constitucional, en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Mesía Ramírez, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de apelación por salto a favor de la ejecución de la STC N.º 01044-2013-PA/TC, interpuesto por don Mateo Grimaldo Castañeda Segovia, de fecha 26 de diciembre de 2013; contra la Resolución N.º 38, de fecha 26 de diciembre de 2013, obrante a fojas 1492 del Tomo II, expedida por el Quinto Juzgado Constitucional de Lima, que declaró la sustracción de la materia y el archivamiento del proceso.

674

ANTECEDENTES

a. Demanda y sentencia del Tribunal Constitucional

Con fecha **19 de mayo de 2011**, el recurrente interpone demanda de amparo contra el Consejo Nacional de la Magistratura (CNM), solicitando que se declare la nulidad del **Acuerdo N.º 0178-2011**, adoptado por mayoría y contenido en el Acta de Sesión Plenaria Extraordinaria de fechas 27 y 28 de enero de 2011, que resolvió no nombrarlo Fiscal Supremo en el marco de la Convocatoria N.º 002-2010-SN/VCNM pese a que ocupó el tercer puesto del cuadro de méritos; invocando la afectación de sus derechos al debido proceso y a la motivación de los actos administrativos [f. 315, tomo I].

Mediante **STC N.º 04944-2011-PA/TC**, de fecha **16 de enero de 2012**, el Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda, considerando que el acto lesivo cuestionado había vulnerado los derechos del actor al debido proceso y a la motivación de las resoluciones; y en consecuencia, nulo el Acuerdo N.º 0178-2011, ordenando al CNM emitir un nuevo acuerdo debidamente motivado, y a sus miembros, volver a votar su decisión “*de conformidad con lo dispuesto por el artículo 154º 1 de la Constitución, el segundo párrafo del artículo 33º de la Ley N.º 29277 de la Carrera Judicial*”

y el artículo 53° del Reglamento de Concursos para el Acceso Abierto en la Selección y Nombramiento de Jueces y Fiscales aprobado mediante Resolución N.º 281-2010-CNM” [fundamento 41]. Cabe señalar que en los fundamentos de esta sentencia también se declaró vulnerados los derechos de acceso a la función pública y a la presunción de inocencia.

b. Etapa de ejecución de la STC N.º 04944-2011-PA/TC

Mediante **Acuerdo N.º 766-2012**, contenido en el Acta de Sesión Plenaria Extraordinaria del CNM de fecha **08 de junio de 2012**, el CNM resolvió “*declarar desierto el concurso para la plaza de Fiscal Supremo, al no haber alcanzado los doctores César Hinojosa Pariachi y Mateo Grimaldo Castañeda Segovia el número de votos requeridos por el artículo 154 inciso 1 de la Constitución Política para ser nombrados*” [f. 731, tomo I]

Mediante Resolución N.º 13, de fecha 17 de agosto de 2012, el Quinto Juzgado Constitucional de Lima resolvió declarar nula la sesión N.º 2202 del CNM del 08 de junio de 2012, en el extremo que decide no nombrar al actor en el cargo de Fiscal Supremo; y en consecuencia, “**ORDENA** que los Consejeros del CNM vuelvan a emitir nuevo pronunciamiento, sujetándose de manera estricta a lo dispuesto por el TC en su sentencia de fecha 16 de enero de 2012, aclarada mediante resolución de fecha 16 de abril del mismo año” [f. 854, tomo I].

675

En cumplimiento de ello, mediante **Acuerdo N.º 1615-2012**, contenido en el Acta de Sesión Plenaria Extraordinaria del CNM de fecha **29 de noviembre de 2012**, el CNM resolvió “*No nombrar al señor MATEO GRIMALDO CASTAÑEDA SEGOVIA, como FISCAL SUPREMO DEL MINISTERIO PÚBLICO, al no haber alcanzado el voto conforme de los dos tercios del número legal de los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, de conformidad con el artículo 154 inciso 1 de la Constitución Política*” [f. 899, tomo I].

Con fecha **26 de diciembre de 2012**, el recurrente solicita al Juzgado que declare la nulidad del Acuerdo N.º 1615-2012 [f. 1031, tomo II].

Finalmente, ante los pedidos de conclusión de proceso de la demandada y de nulidad del actor, el Quinto Juzgado Constitucional de Lima, mediante **Resolución N.º 23**, de **21 de enero de 2013** [f. 1059, tomo II] resuelve declarar por cumplido el mandato ordenado en la Resolución N.º 13, y ordena la conclusión del proceso y su archivo definitivo.

c. Primer recurso de apelación por salto

Con fecha **30 de enero de 2013**, el actor interpone recurso de apelación por salto contra la Resolución N.º 23, de fecha 21 de enero de 2013 [f. 1143, tomo II].

Mediante **STC N.º 01044-2013-PA/TC**, de fecha **9 de setiembre de 2013**, el Tribunal Constitucional declaró fundado el recurso de apelación por salto planteado por la parte demandante, al considerar acreditada la renuencia del CNM en cumplir la sentencia constitucional de fecha 16 de enero de 2012, y la resolución expedida en vía de ejecución por el Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima, N.º 11 de fecha 14 de agosto de 2012, “*lo que demuestra a su vez una conducta inaceptable que desafía la autoridad de este Colegiado como supremo y definitivo intérprete de la Constitución (artículo 1º de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), e instancia final en los procesos de tutela de derechos como el proceso de amparo (artículo 202º inciso 2 de la Constitución)*” [fundamento 24]; en consecuencia, en aplicación del artículo 59º del Código Procesal Constitucional, y luego de valorar que “*nada estaría más alejado de los principios de economía procesal y tutela efectiva de los derechos fundamentales (artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional), que optar por brindar una nueva e inoficiosa oportunidad al Consejo demandado para que emita una nueva decisión en torno a la postulación del demandante (...)*”, ordenó al CNM “*proceder a nombrar, entre los postulantes que quedan en carrera, esto es, don César José Hinostroza Pariachi o don Mateo Grimaldo Castañeda Segovia, a aquel que corresponda desempeñarse como Fiscal Supremo, conforme a las bases y reglamentos vigentes al momento de realizarse la convocatoria para dicha plaza*” [punto resolutivo N.º 2].

676

d. Etapa de ejecución de la STC N.º 01044-2013-PA/TC

Mediante **Acuerdo N.º 1835-2013**, contenido en el Acta de Sesión N.º 2482, de fecha **15 de noviembre de 2013** [fojas 1416 del Tomo III], el CNM resolvió declarar que los postulantes Hinostroza Pariachi y Casteñeda Segovia “*no alcanzaron el requisito constitucional del voto conforme de los dos tercios del número legal de los siete miembros que actualmente conforman el Consejo Nacional de la Magistratura*”.

Mediante Resolución N.º 34, de fecha **9 de diciembre de 2013** [fojas 1401], el Quinto Juzgado Constitucional de Lima declaró improcedente el pedido de conclusión del proceso solicitado por la demandada, y en consecuencia, requirió al CNM para que procedan a nombrar, entre los postulantes que quedan en carrera, a aquél que corresponda desempeñarse como Fiscal Supremo, “*conforme a las bases y reglamentos vigentes al momento de realizarse la convocatoria para dicha plaza, en estricto orden de méritos, conforme lo ordenado por el Tribunal Constitucional de forma expresa y sustentado desde los fundamentos 22 a 29 de la sentencia emitida en la STC N.º 1044-2013-PA/TC, y en los fundamentos 7, 8 y 9 de la resolución aclaratoria de fecha 31 de octubre de 2013, MANDATO que deberá ser cumplido en el plazo improrrogable de 02 días útiles contado a partir de la notificación de la presente resolución; bajo apercibimiento de multa*”. Asimismo, se declaró improcedente el pedido de suspensión del concurso 002-2012-SN/

CNM “*correspondiendo a los miembros del CNM tomar las medidas correspondientes con el fin de efectivizar lo ordenado por el TC, bajo responsabilidad*”.

Mediante Resolución N.º 35, de fecha **16 de diciembre de 2013** [fojas 1413], el Quinto Juzgado Constitucional de Lima, declaró nula la Sesión N.º 2482 y el Acuerdo 1835-2013, en el extremo en que el CNM decidió no nombrar al actor en el cargo de Fiscal Supremo.

Mediante Resolución N.º 37, de fecha **17 de diciembre de 2013** [fojas 1472], el Juez ordenó suspender el concurso N.º 002-2012-SN/CNM, en el estado en que se encuentre, hasta que resuelva en definitiva la ejecución de la sentencia “*a fin de evitar posible irreparabilidad en el derecho del actor*” y ordenó “*OFÍCIESE en el día al Presidente del CNM para que proceda de acuerdo a ley*”.

Mediante **Acuerdo N.º 1988-2013**, emitido en Sesión de Pleno N.º 2498, de fecha **18 de diciembre de 2013** [fojas 1650], el CNM decidió no nombrar al actor en el cargo de Fiscal Supremo, señalándose allí, entre otras cosas, que “*este cumplimiento constituye una solución institucional ante la imposibilidad jurídica propuesta por el Juzgado*” y que “*el mandato del juez constituye un imposible jurídico y fáctico para ejecutar, no sólo por la exigencia constitucional de los 5 votos al que ninguno de los citados demandantes (Hinojosa Pariachi y Castañeda Segovia) ha alcanzado ni alcanzará en el futuro (...) salvo que el juez ordene que el nombramiento 4 votos para el nombramiento, que ningún juez se atreverá a disponer*”. Cabe señalar que, en este caso, los consejeros Talavera Elguera, Paz de la Barra y Guzmán Díaz, quienes venían votando a favor del nombramiento del demandante, cambiaron su voto en contra del nombramiento del actor, sin explicar las razones de dicho cambio, y sin precisar ninguna motivación constitucional, conforme lo exigía el artículo 139º, inciso 5 de la Constitución Política del Estado; y el mismo artículo 33º de la Ley N.º 29277, Ley de la Carrera Judicial.

Y ese mismo día, mediante **Acuerdo N.º 1990-2013**, contenido en el Acta de Sesión N.º 2499, de fecha **18 de diciembre de 2013** [fojas 1645], el CNM resolvió nombrar como Fiscal Supremo a la Dra. Zoraida Ávalos Rivera, quien figuraba en el primer puesto del cuadro de méritos elaborado por el Consejo, a raíz del concurso irregular ya mencionado, donde además figuraban los postulantes Nora Miraval Gambini (2º puesto) y José Pereira Rivarola (3º puesto); todo ello, en el marco de la Convocatoria N.º 002-2012-SN/CNM.

Mediante Resolución N.º 38, de fecha 26 de diciembre de 2013 [fojas 1492] el Quinto Juzgado Constitucional de Lima declaró la sustracción de la materia y el archivamiento definitivo del proceso.

e. Segundo recurso de apelación por salto

Con fecha **09 de enero de 2014**, el recurrente interpone recurso de apelación por salto a favor de la ejecución de la STC N.º 01044-2013-PA/TC, y contra la Resolución N.º 38 expedida por el juez de ejecución [fojas 1522].

FUNDAMENTOS

§1. Sobre el derecho a la ejecución de las sentencias constitucionales

1. De conformidad con el artículo 139º, inciso 2 de la Constitución, toda persona sometida a un proceso judicial tiene derecho a que no se deje sin efecto aquellas resoluciones que han adquirido la autoridad de cosa juzgada, ni modificar su contenido, ni retardar su ejecución.
2. Sobre el particular, este Tribunal ha sostenido en reiterada jurisprudencia que este derecho garantiza al justiciable que las resoluciones que hayan puesto fin al proceso judicial no sólo no puedan ser recurridas a través de medios impugnatorios –bien sea porque estos han sido agotados o porque ha transcurrido el plazo legal para interponerlos– sino también que el contenido de las mismas no pueda ser dejado sin efecto ni modificado, ya sea por actos de otros poderes públicos, de terceros o, incluso, de los mismos órganos jurisdiccionales que resolvieron el caso [STC N.º 04587-2004-AA/TC, fundamento 38].
3. En el ámbito de los procesos constitucionales este derecho encuentra una configuración expresa en el artículo 22º, primer párrafo del Código Procesal Constitucional, el cual dispone que la sentencia que cause ejecutoria al interior de estos procesos “se actúa conforme a sus propios términos por el juez de la demanda”.
4. La ejecución de las sentencias en sus propios términos, ha dicho este Tribunal en la STC N.º 01939-2011-PA/TC, constituye una garantía a favor de las partes procesales, esto es, “tanto para el ejecutante como para el ejecutado, puesto que les impide reabrir el debate ya finalizado y clausurado por la firmeza, así como modificar el derecho reconocido por sentencia firme a su capricho, alterando las condiciones en que fue delimitado [Carballo Piñeiro, Laura. *Ejecución de condenas de dar (tratamiento procesal adaptado a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil)*, Barcelona, Bosch, 2001, p. 30]. En ese mismo sentido, ha reconocido que:

“[no] resulta admisible que los contenidos de una resolución estimatoria puedan ser reinterpretados en vía de ejecución y que incluso tal procedimiento se realice de forma contraria a los propios objetivos restitutorios que con su emisión se pretende. Producida una sentencia estimatoria, y determinado un resultado a partir de sus fundamentos, es indiscutible que

no pueden, estos últimos, ser dirigidos contra la esencia de su petitorio, de manera tal que este termine por desvirtuarse” [STC N.º 01102-2000-AA/TC].

5. Así pues, con la finalidad de garantizar la eficacia de este derecho en el contexto de los procesos constitucionales, este Tribunal, en la STC N.º 0004-2009-PA/TC, publicada el 15 de noviembre de 2010, ha establecido que el recurso de apelación por salto a favor de la ejecución de una sentencia del Tribunal Constitucional procede contra la resolución del juez de ejecución que declara actuado, ejecutado o cumplido el mandato de una sentencia del Tribunal Constitucional, o que declara fundada la contradicción u observación propuesta por el obligado; frente a supuestos de inejecución, ejecución defectuosa o desnaturalización de una sentencia constitucional.

§2. Análisis de la controversia

6. De autos se desprende que la controversia de autos consiste en determinar si, en fase de ejecución de sentencia, se ha desvirtuado lo decidido por este Tribunal en la STC N.º 01044-2013-PA/TC, que declaró fundado el recurso de apelación por salto planteado por la parte demandante, y ordenó al CNM proceder a nombrar, entre los postulantes que quedaban en carrera, esto es, don César José Hinostroza Pariachi o don Mateo Grimaldo Castañeda Segovia, a aquel que corresponda desempeñarse como Fiscal Supremo, conforme a las bases y reglamentos vigentes al momento de realizarse la convocatoria para dicha plaza.

679

§2.1 Sobre la presunta sustracción de la materia

7. El recurso de apelación por salto tiene por objeto que se declare la nulidad de la resolución N.º 38, del 26 de diciembre de 2013 (f. 1492), emitida con ocasión del pedido del recurrente para que se declare la nulidad de la Sesión N.º 2498 y el Acuerdo N.º 1988-2013 que no lo nombra como Fiscal Supremo; la nulidad de las entrevistas personales de doña Zoraida Ávalos Rivera, doña Nora Miraval Gambini y don José Pereira Rivarola, realizadas con posterioridad a la notificación de la suspensión de la notificación de la suspensión judicial del concurso; y la nulidad de la sesión N.º 2499 y del Acuerdo N.º 1990-2013 que designa a doña Zoraida Ávalos Rivera como Fiscal Suprema; en este sentido, precisa que aquella resolución declara la sustracción de la materia y dispone el archivo del proceso, dado que no existe vacante alguna que cubrir.
8. El Código Procesal Constitucional regula dos supuestos para que la sustracción de la materia se produzca, como se puede advertir de los artículos 1º y 5º.5 de dicha norma:

- 8.1. En el primer caso, el segundo párrafo del artículo 1º refiere que “Si luego de presentada la demanda cesa la agresión o amenaza por decisión voluntaria del agresor, o si ella deviene en irreparable, el Juez, atendiendo al agravio producido, declarará fundada la demanda precisando los alcances de su decisión (...)”. Como se aprecia del mismo, la norma establece que dependiendo del agravio, el juez puede declarar fundada la demanda, pero no dice que otra u otras alternativas tiene el juzgador –atendiendo justamente a la naturaleza de aquél–. Frente a ello, jurisprudencialmente este Tribunal ha declarado la sustracción de la materia, teniendo presente o el cese de la amenaza o agresión, o la irreparabilidad de la agresión.
- 8.2. En el segundo caso, el artículo 5º.5 precitado precisa que la demanda es improcedente cuando “A la presentación de la demanda ha cesado la amenaza o violación de un derecho constitucional o se ha convertido en irreparable”.
9. Como se advierte en ambos casos, estamos frente a situaciones en las que o la agresión o amenaza ha cesado, o se ha convertido en irreparable, lo que obviamente debe ocurrir antes de que se haya emitido sentencia resolviendo la pretensión planteada en cada caso.
10. Sin embargo, en el caso de autos nos encontramos frente a una situación en la que la parte recurrente ya cuenta no solo con una sentencia dictada a su favor, sino además con otra que complementa la anterior ante los nuevos hechos o actuaciones ocurridas o desarrolladas por la parte obligada, esto es, el Consejo Nacional de la Magistratura. En consecuencia, no procede declarar la sustracción de la materia ni mucho menos el archivo del proceso, sino determinar de qué manera se deben ejecutar las decisiones emitidas por este Tribunal y que tienen la calidad de cosa juzgada.
11. Por ello, este Tribunal recuerda al *a quo*, que el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales constituye parte inseparable de la exigencia de efectividad de la tutela judicial. En efecto, el Tribunal Constitucional ya ha dejado establecido en anterior oportunidad que “*el derecho a la ejecución de 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 (...) 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*” [STC N.º 0015-2001-AI, 0016-2001-AI y 0004-2002-AI/TC, fundamento 11]. En esa misma línea de razonamiento, se

ha precisado en otra sentencia que “*la tutela jurisdiccional que no es efectiva no es tutela*”, reiterando la íntima vinculación entre tutela y ejecución al establecer que “*el derecho al cumplimiento efectivo y, en sus propios términos, de aquello que ha sido decidido en el proceso, forma parte inescindible del derecho a la tutela jurisdiccional a que se refiere el artículo 139.3 de la Constitución*” [STC N.º 04119-2005-PA/TC, fundamento 64].

12. Como lógica consecuencia de lo expuesto, no corresponde ya que este Tribunal se pronuncie sobre el fondo del proceso –pues existen dos sentencias sobre el particular–, sino únicamente recordar que en tanto no se ejecuten las sentencias dictadas en sede constitucional, en sus propios términos, no solo se afectan los derechos inicialmente demandados –debido proceso y a la motivación–, sino también los derechos de acceso a la función pública y a la presunción de inocencia, así como a la ejecución de las resoluciones judiciales.
13. Como correlato de ello, corresponderá que el CNM, con esta u otra conformación, procedan a ejecutar las sentencias emitidas, las que se mantienen subsistentes ante el incumplimiento de lo ordenado por el Tribunal Constitucional. Al respecto, debemos indicar que no existiría tutela jurisdiccional, ni Estado social y democrático de derecho, si una vez resuelto un caso por la autoridad judicial, una de las partes pudiera decidir unilateralmente si acata o no el fallo.

681

§2.2 Sobre la ejecución definitiva de la STC N.º 01044-2013-PA/TC en el presente caso

14. Resuelta así esta cuestión previa, el Tribunal Constitucional debe entrar a analizar el modo en el que deberá ejecutarse la STC N.º 01044-2013-PA/TC, en concordancia con lo establecido primigeniamente en la STC N.º 04944-2011-PA/TC; ante la reiterada renuencia y rebeldía del CNM.
15. En este sentido, para este Tribunal no pasa desapercibido el hecho de que, con fecha posterior a la notificación de la STC N.º 01044-2013-PA/TC a la parte demandada y el correspondiente apercibimiento dictado por el juez *a quo*, el órgano demandado decidió proseguir con el procedimiento de selección y nombramiento iniciado con la Convocatoria N.º 0002-2012-SN/CNM, al punto de que, con fecha 18 de diciembre de 2013, mediante Acuerdo N.º 1990-2013, contenido en el Acta de Sesión N.º 2499, resolvió nombrar como Fiscal Supremo a la Dra. Zoraida Ávalos Rivera, quien figuraba en el primer puesto del cuadro de méritos elaborado por el Consejo. Y es tal decisión la cual, como se acaba de ver *supra*, motivó que el juez *a quo*, erróneamente, declarara la sustracción de la materia y el archivamiento definitivo del proceso, a pedido del CNM.

16. Sin embargo, lo que el Quinto Juzgado Constitucional de Lima inexplicablemente olvida es que el CNM, de forma anterior a esta decisión, ya había sido notificada oportunamente de tres actos procesales, a saber:

16.1 Notificación de la STC N.º 01044-2013-PA/TC, que ordenó al CNM proceder a nombrar, entre los postulantes que quedaban en carrera, esto es, don César José Hinostroza Pariachi o don Mateo Grimaldo Castañeda Segovia, a aquel que corresponda desempeñarse como Fiscal Supremo, conforme a las bases y reglamentos vigentes al momento de realizarse la convocatoria para dicha plaza. (notificación ocurrida con fecha 4 de octubre de 2013, fojas 1285).

16.2 Notificación de la Resolución N.º 34, de fecha 9 de diciembre de 2013, expedida por el propio Juzgado, mediante la cual requirió al CNM para que cumplan el mandato del Tribunal Constitucional (ocurrida con fecha 11 de diciembre de 2013)

16.3 Notificación de la Resolución N.º 37, de fecha 17 de diciembre de 2013, mediante la cual el Juzgado había ordenado la suspensión del concurso N.º 002-2012-SN/CNM, en el estado en que se encuentre, “*a fin de evitar posible irreparabilidad en el derecho del actor*”, precisamente porque la plaza de Fiscal Supremo concursada era la única en la cual podía efectuarse el nombramiento de cualquier de los demandantes (señores Hinostroza Pariachi o Castañeda Segovia) (notificación ocurrida con fecha 18 de diciembre de 2013, a horas 9:55am, fojas 1482).

17. En consecuencia, si algo resulta meridianamente claro del recuento de estas todas notificaciones procesales, es que el CNM estaba plenamente informado del mandato contenido en la STC N.º 01044-2013-PA/TC, de los requerimientos del juez de ejecución (producidos en dos oportunidades) y, lo que es más grave aún, del requerimiento de suspensión del Concurso N.º 002-2012-SN/CNM, medida ésta que había sido dictada a fin de salvaguardar la ejecución de la referida sentencia constitucional respecto a los señores Hinostroza Pariachi y Castañeda Segovia.

No obstante ello, en abierto desacato a lo resuelto por este Colegiado (y a los recaudos proveídos por el juez de ejecución para evitar la inejecutabilidad de la sentencia constitucional), el Consejo demandado prosiguió con el concurso N.º 002-2012-SN/CNM y, lo que es peor, declaró a un ganador en dicha plaza para Fiscal Supremo, paradójicamente el mismo día en que señalaba que el cumplimiento de la STC N.º 01044-2013-PA/TC era “*un imposible jurídico*” para el

caso del demandante Mateo Castañeda Segovia. [Acuerdo N.º 1988-2013, de fecha 18 de diciembre de 2013, que obra a fojas 1650].

18. Al respecto, y a propósito del contenido de la Resolución N.º 37 que ordenó la suspensión del concurso N.º 002-2012-SN/CNM, “*a fin de evitar posible irreparabilidad en el derecho del actor*”, el Tribunal Constitucional valora que tal pronunciamiento del juez *a quo* no sólo resultaba compatible con el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales, que obliga a quienes son responsables de ejecutarlas a “*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*” [STC N.º 015-2001-AI, 016-2001-AI y 004-2002-AI/TC (acumulados), fundamento 12], sino también con lo previsto en el artículo 15º del Código Procesal Constitucional, que posibilita la solicitud y concesión de medidas cautelares cuando exista “*apariencia del derecho, peligro en la demora y que el pedido cautelar sea adecuado o razonable para garantizar la eficacia de la pretensión*”, requisitos éstos que también pueden verificarse en etapa de ejecución de una sentencia constitucional que ya es firme [con el mismo criterio, puede verse la Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 1 de julio de 2011, que concedió medida provisional en etapa de ejecución de una sentencia de la propia Corte].
19. En definitiva, a este Colegiado no le queda margen de duda de que todos los actos procedimentales posteriores a la notificación de la STC N.º 01044-2013-PA/TC a la parte demandada, y que tuvieron por objeto desacatar lo finalmente resuelto, creando una supuesta “*sustracción de la materia*” allí adonde simplemente no podía haberla, no hacen otra cosa que demostrar una conducta procesal inaceptable por parte del CNM, completamente alejada de los principios de buena fe y rectitud que deben presidir la etapa de ejecución de las sentencias constitucionales [Cfr. STC N.º 03066-2012-PA/TC, fundamento 37], y con mayor razón las sentencias de este Alto Colegiado, que resultan plenamente vinculantes para todos los poderes públicos, y cuyos efectos empiezan a regir desde el día siguiente a su notificación [artículo 48º del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional], so pena de transgredir la prohibición constitucional de avocamiento a causas pendientes ante un órgano jurisdiccional (en este caso, pendiente de ejecución) y de dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ambas reconocidas en el artículo 139º inciso 2º de la Constitución. En este sentido, resulta claro que la conducta inconstitucional del CNM deriva de la resistencia a cumplir con los mandatos dictados por la jurisdicción constitucional en salvaguarda de los derechos fundamentales.

20. En tal sentido, el Tribunal Constitucional considera que, ante la evidencia de esta práctica abusiva adoptada órgano demandado, y con el objeto de hacerle frente, debe atenderse a lo que dispone el artículo 44° del TUO de la Ley N.º 27584, Ley del Proceso Contencioso Administrativo (aprobado por Decreto Supremo N.º 013-2008-JUS) [de aplicación supletoria a los procesos constitucionales, de conformidad con el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional] , en el extremo en que se señala:

“son nulos de pleno derecho los actos y disposiciones contrarios a los pronunciamientos de las sentencias que se dicten con la finalidad de eludir el cumplimiento de éstas”

21. En consecuencia, y en ejecución de la STC N.º 01044-2013-PA/TC, el Tribunal Constitucional considera que es necesario declarar la nulidad de todos los actos posteriores realizados por el CNM después de notificado con la STC N.º 01044-2013-PA/TC; lo que supone la nulidad de los nombramientos de las Fiscales Supremos Zoraida Ávalos Rivera y Nora Miraval Gambini; por lo que debe nombrarse al demandante Mateo Grimaldo Castañeda Segovia como Fiscal Supremo del Ministerio Público, como reparación de su derecho conculcado. En tal sentido, el CNM debe expedir al demandante el título correspondiente como Fiscal Supremo del Ministerio Público y tomarle el juramento de ley, bajo apercibimiento de darse por configurada la figura de la *destitución del responsable*.
22. El Tribunal Constitucional debe precisar, sin embargo, que ello no significa que la nulidad de tales nombramientos suponga la afectación de las actuaciones realizadas por dichas magistradas en el ejercicio de sus funciones, todos los cuales mantienen plena validez, por un criterio elemental de preservación de la *seguridad jurídica* [principio éste que se deriva del artículo 2º, inciso 24, literales a y d, así como del artículo 139º inciso 3, ambos de la Constitución]. Y es que, a criterio de este Colegiado, una medida distinta de reparación sería manifiestamente contraria a la función pacificadora que deben ostentar sus sentencias, orientadas como están 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” [STC N.º 0021-2003-AI/TC, fundamento 2]. Sobre la imposibilidad fáctica del reintegro de magistrados destituidos con violación de sus derechos humanos, cabe indicar que tal criterio ha sido avalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las sentencias recaídas en los casos *Corte Suprema de Justicia vs. Ecuador*, sentencia de 23 de agosto de 2013, párrafos 213 a 215; y *Tribunal Constitucional vs. Ecuador*, sentencia de 28 de agosto de 2013, párrafos 258 a 264.

23. Asimismo, y desde esta misma perspectiva *previsora*, al declarar la nulidad de tales nombramientos el Tribunal no olvida que, de conformidad con el artículo 158° de la Constitución, los miembros del Ministerio Público gozan de los mismos derechos y prerrogativas que los del Poder Judicial, una de las cuales es precisamente “[l]a inamovilidad en sus cargos” [artículo 146° inciso 2 de la Constitución]. En tal sentido, siendo que la nulidad ordenada por medio de esta sentencia sólo alcanza a los actos procesales efectuados con posterioridad a la notificación de la STC N.º 01044-2013-PA/TC [con fecha 4 de octubre de 2013, fojas 1285], debe declararse que el CNM, en coordinación con el Titular del Pliego Presupuestario del Ministerio Público y el Ministerio de Economía y Finanzas, deben habilitar dos vacantes presupuestadas para re-incorporar a las magistradas Zoraida Ávalos Rivera y Nora Miraval Gambini como Fiscales Supremos de dicha institución, como una medida de reparación para ellas.
24. Finalmente, el Tribunal Constitucional aprecia que, dada la renuencia por segunda vez comprobada del órgano demandado, el cual ha declarado en esta oportunidad que “*el mandato del juez constituye un imposible jurídico y fáctico para ejecutar, no sólo por la exigencia constitucional de los 5 votos al que ninguno de los citados demandantes (Hinostroza Pariachi y Castañeda Segovia) ha alcanzado ni alcanzará en el futuro (...) salvo que el juez ordene que el nombramiento 4 votos para el nombramiento, que ningún juez se atreverá a disponer*” [Acuerdo N.º 1988-2013, de fecha 18 de diciembre de 2013]; es menester aplicar al caso de autos el artículo 59°, párrafo cuarto del Código Procesal Constitucional, en cuanto señala que

“Art. 59°. Ejecución de Sentencia

(...)

Cuando el obligado a cumplir la sentencia sea un funcionario público el Juez puede expedir una sentencia ampliatoria que sustituya la omisión del funcionario y regula la situación justa conforme al decisorio de la sentencia”.

25. La potestad de este Tribunal para emitir una *sentencia ampliatoria* constituye una valiosa herramienta procesal para hacer frente a situaciones de renuencia como la producida en el caso de autos. Sobre ella, hemos afirmado en anterior oportunidad que “sólo pueden ser expedidas en la etapa de ejecución de sentencia, esto es, cuando la pretensión respecto del derecho constitucional vulnerado ha merecido pronunciamiento favorable y se ha ordenado su restitución, siendo su objeto sustituir la omisión por parte de la entidad vencida de acatar la sentencia en sus propios términos” [RTC N.º 0174-2006-Q/TC, fundamento 3].

26. Al respecto, y volviendo al caso de autos, debemos precisar que, en una primera oportunidad, en la STC N.º 01044-2013-PA/TC, este Tribunal emitió una primera *sentencia ampliatoria* en la que, guardando la debida deferencia al órgano demandado, le ordenó en su fallo lo siguiente:

“2. Reponiéndose las cosas al estado anterior de la vulneración de los derechos invocados, y en aplicación del artículo 59º del Código Procesal Constitucional, ordena al Consejo Nacional de la Magistratura, **proceder a nombrar**, entre los postulantes que quedan en carrera, esto es, don César José Hinostrroza Pariachi o don Mateo Grimaldo Castañeda Segovia, a aquel que corresponda desempeñarse como Fiscal Supremo, conforme a las bases y reglamentos vigentes al momento de realizarse la convocatoria para dicha plaza” [punto resolutivo N.º 2, énfasis agregado].

27. Sin embargo, de los hechos expuestos hasta aquí, ha quedado demostrado que el órgano demandado mantiene su renuencia a acatar una decisión de estas características, y que resulta previsible que lo siga haciendo en el futuro, tal como lo señaló en su Acuerdo N.º 1988-2013, de fecha 18 de diciembre de 2013. A ello cabe agregar el hecho agravante de que en esta oportunidad los siete consejeros del Consejo Nacional de la Magistratura han emitido su decisión de no nombrar al actor como Fiscal Supremo sin brindar motivación alguna [Acuerdo N.º 1988-2013, de fecha 18 de diciembre de 2013], no obstante que tenían la obligación de hacerlo, de conformidad con el artículo 33º de la Ley N.º 29277, Ley de la Carrera Judicial y el artículo 53º del Reglamento de Concursos para el Acceso Abierto en la Selección y Nombramiento de Jueces y Fiscales aprobado mediante Resolución N.º 281-2010-CNM; vulnerando así el derecho humano de acceso a la función pública en condiciones de igualdad del recurrente.
28. En tal sentido, el Tribunal Constitucional considera que, para reparar definitivamente el derecho de la parte demandante, no queda otra alternativa de solución que optar por la aplicación del artículo 59º cuarto párrafo del Código Procesal Constitucional [*“Cuando el obligado a cumplir la sentencia sea un funcionario público el Juez puede expedir una sentencia ampliatoria que sustituya la omisión del funcionario y regula la situación justa conforme al decisorio de la sentencia”*], y en razón de la omisión del órgano emplazado y su desacato a la STC N.º 01044-2013-PA/TC, proceder al nombramiento del demandante como Fiscal Supremo del Ministerio Público, en sustitución del Consejo Nacional de la Magistratura.
29. Al hacerlo, el Tribunal Constitucional no desconoce que, según el artículo 154º inciso 1 de la Constitución, es competencia exclusiva del Consejo Nacional de

la Magistratura “[n]ombrar, previo concurso público de méritos y evaluación personal, a los jueces y fiscales de todos los niveles”. Sin embargo, y con el mismo énfasis, precisa que la medida adoptada en esta sentencia resulta *excepcional* y constituye una medida de última ratio para reparar de forma definitiva el derecho fundamental de acceso a la función pública de la parte demandante y al derecho a la ejecución de las sentencias constitucionales.

§2.3 Sobre la responsabilidad constitucional de los consejeros demandados en la ejecución de la STC N.º 01044-2013-PA/TC

30. De conformidad con el artículo 22º del Código Procesal Constitucional, para el cumplimiento de las sentencias constitucionales, y de acuerdo al contenido específico del mandato y la magnitud del agravio constitucional “*el juez podrá hacer uso de multas fijas o acumulativas e incluso disponer la destitución del responsable*”.
31. En el caso de la imposición de *multas coercitivas*, éstas constituyen un medio compulsorio a través de la cual se busca coaccionar a la parte demandada para que cumpla con lo dispuesto en la sentencia constitucional. En cambio, en el caso específico de la *destitución del responsable*, se trata sin duda alguna de una medida de última ratio, a la cual cabe acudir sólo cuando las otras vías hayan resultado infructuosas, y siempre que se cumpla con la debida observancia de los procedimientos legales y constitucionales que prevé el ordenamiento jurídico para la remoción de determinadas autoridades y funcionarios de alto rango. *del Consejo Nacional de la Magistratura (...) por infracción de la Constitución y por todo delito que cometan en el ejercicio de sus funciones y hasta cinco años después de que hayan cesado en éstas*”.
32. En consecuencia, dada la renuencia reiterada del órgano demandado en cumplir las sentencias y resoluciones de ejecución dictadas en la presente causa, el Tribunal Constitucional considera que resulta de aplicación lo previsto en el artículo 22º del Código Procesal Constitucional, de modo tal que si, una vez notificada la presente sentencia, el CNM no diera cumplimiento del mandato constitucional dentro del plazo de diez (10) días hábiles, el juez de ejecución deberá aplicar el equivalente a 20 Unidades de Referencia Procesal, a modo de *multa acumulativa* al órgano demandado; y, en caso de renuencia, deberá proceder al mecanismo de la *destitución del responsable*, disponiendo la remisión de los actuados a la Comisión Permanente del Congreso de la República, a fin de que, en cumplimiento del artículo 99º de la Constitución, se proceda a la acusación constitucional de los consejeros del Consejo Nacional de la Magistratura, por infracción de la Constitución [concretamente, los artículos 51º, 201º primer párrafo y 202º

inciso 2 de la Constitución] y/o por comisión de ilícito penal [artículos 368° y 377° del Código Penal, que tipifican los delitos de “incumplimiento de obligación” y de “desobediencia o resistencia a órdenes del funcionario público”, respectivamente], y se proceda a la remoción definitiva de dichos funcionarios; de modo tal que los nuevos consejeros que sean elegidos según el artículo 155° de la Constitución en reemplazo de los removidos, una vez instalados en sus cargos, den cabal cumplimiento a lo ordenado por este Colegiado.

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

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADO** el recurso de apelación por salto presentado por la parte demandante.
2. Declarar **NULA** la Resolución N.º 38, de fecha 26 de diciembre de 2013, que declaró la sustracción de la materia y el archivamiento del proceso.
3. Declarar **NULO** el Acuerdo N.º 1988-2013 contenido en la Sesión del Pleno del CNM N.º 2498, de fecha 18 de diciembre de 2013, por el cual no se nombra al actor como Fiscal Supremo.
4. Declarar **NULOS** todos los actos posteriores realizados por el CNM después de notificado con la STC N.º 01044-2013-PA/TC; lo que significa la nulidad de los nombramientos de las magistradas Zoraida Ávalos Rivera y Nora Miraval Gambini; dejando a salvo las actuaciones realizadas por dichas magistradas mientras ejercieron sus funciones, los cuales mantienen plena validez.
5. **NOMBRAR** al demandante, señor Mateo Grimaldo Castañeda Segovia, como Fiscal Supremo del Ministerio Público, en virtud del artículo 59° cuarto párrafo del Código Procesal Constitucional, y en sustitución de la omisión del órgano demandado; y **ORDENAR** al Consejo Nacional de la Magistratura que expida el título correspondiente al actor y tomar el juramento de ley en el plazo improrrogable de 10 días hábiles, y en caso de renuencia, deben ser expedidos por el juez de ejecución.
6. **ORDENAR**, como medida de reparación a las magistradas Ávalos Rivera y Miraval Gambini, que el Consejo Nacional de la Magistratura, en coordinación con el Titular del Pliego Presupuestario del Ministerio Público y el Ministerio de Economía y Finanzas, **HABILITEN** dos vacantes presupuestadas para re-incorporar a las magistradas Zoraida Ávalos Rivera y Nora Miraval Gambini como Fiscales Supremos de dicha institución.

7. Disponer que el juez de ejecución haga uso de todos los apremios y apercibimientos de ley para hacer efectivo el mandato de este Tribunal; particularmente, las medidas previstas en los fundamentos 30 a 33 de la presente sentencia.
8. Remitir copias de la presente sentencia al Fiscal de la Nación y al Ministerio de Economía y Finanzas, a fin de efectivizar el mandato contenido en el fundamento 23 de la presente sentencia.
9. Remitir copias de la presente sentencia al Congreso de la República, para los fines correspondientes.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MESÍA RAMÍREZ

ETO CRUZ

ÁLVAREZ MIRANDA

EXP. N.º 00791-2014-PA/TC (EXP. N.º 01044-2013-PA/TC)
LIMA
MATEO GRIMALDO CASTAÑEDA SEGOVIA

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Lima, 8 de mayo de 2014

VISTO

Los pedidos de nulidad, entendidos como de aclaración, de fecha 5 de mayo de 2014, interpuestos por el Procurador Público Adjunto del Consejo Nacional de la Magistratura; el Procurador Público del Ministerio Público; la Fiscal Supremo Titular Zoraida Ávalos Rivera; y la Fiscal Supremo Titular Nora Victoria Miraval Gambini; contra la sentencia de autos, de fecha 30 de abril de 2014; y

690

ATENDIENDO A

1. Que, el primer párrafo del artículo 121º del Código Procesal Constitucional establece que “[c]ontra las sentencias del Tribunal Constitucional no cabe impugnación alguna. En el plazo de dos días a contar desde su notificación (...), el Tribunal, de oficio o a instancia de parte, puede aclarar algún concepto o subsanar cualquier error material u omisión en que hubiese incurrido”.
2. Que, la sentencia de autos declaró fundado el recurso de apelación por salto interpuesto por don Mateo Grimaldo Castañeda Segovia, a favor de la ejecución de la STC N.º 01044-2013-PA/TC, y en consecuencia, declaró **NULA** la Resolución N.º 38, de fecha 26 de diciembre de 2013, que declaró la sustracción de la materia y el archivamiento del proceso; **NULO** el Acuerdo N.º 1988-2013 contenido en la Sesión del Pleno del CNM N.º 2498, de fecha 18 de diciembre de 2013, por el cual no se nombra al actor como Fiscal Supremo; **NULOS** todos los actos posteriores realizados por el CNM después de notificado con la STC N.º 01044-2013-PA/TC; lo que significa la nulidad de los nombramientos de las Fiscales Supremos Zoraida Ávalos Rivera y Nora Victoria Miraval Gambini; dejando a salvo las actuaciones realizadas por dichas fiscales mientras ejercieron sus funciones, las cuales mantienen plena validez; **NOMBRAR** al demandante, señor Mateo Grimaldo Castañeda Segovia, como Fiscal Supremo

del Ministerio Público, en virtud del artículo 59° cuarto párrafo del Código Procesal Constitucional, y en sustitución de la omisión del órgano demandado, y **ORDENAR** al Consejo Nacional de la Magistratura que expida el título correspondiente al actor y tomar el juramento de ley en el plazo improrrogable de 10 días hábiles, y en caso de renuencia, deben ser expedidos por el juez de ejecución; **ORDENAR**, como medida de reparación a las magistradas Ávalos Rivera y Miraval Gambini, que el Consejo Nacional de la Magistratura, en coordinación con el Titular del Pliego Presupuestario del Ministerio Público y el Ministerio de Economía y Finanzas, **HABILITEN** dos vacantes presupuestadas para re-incorporar a las magistradas Zoraida Ávalos Rivera y Nora Miraval Gambini como Fiscales Supremos de dicha institución; **DISPONER** que el juez de ejecución haga uso de todos los apremios y apercibimientos de ley para hacer efectivo el mandato de este Tribunal, particularmente, las medidas previstas en los fundamentos 30 a 33 de la presente sentencia; **REMITIR** copias de la presente sentencia al Fiscal de la Nación y al Ministerio de Economía y Finanzas, a fin de efectivizar el mandato contenido en el fundamento 23 de la presente sentencia; **REMITIR** copias de la presente sentencia al Congreso de la República, para los fines correspondientes.

3. Que, atendiendo a los recursos de “nulidad” que han sido planteados en el presente caso, este Tribunal debe precisar que responderá a ellos entendiéndolos como recursos de *aclaración* o *subsanación*, en aplicación del artículo 121° del Código Procesal Constitucional, antes citado.

691

§A. Pedido de nulidad planteado por el Procurador Público Adjunto del Consejo Nacional de la Magistratura, de fecha 5 de mayo de 2014

4. Que, en su pedido de fecha 5 de mayo de 2014, el Procurador Público Adjunto del Consejo Nacional de la Magistratura solicita la nulidad de la sentencia en cuestión, sosteniendo para ello que *“no ha sido expedida por el Pleno del Tribunal Constitucional, lo que acarrea indefensión a nuestra parte y vulneración del principio básico de competencia jurisdiccional”*. Los principales argumentos de su pedido son los siguientes:

- 3.1. En primer lugar, sostiene que la sentencia cuestionada vulnera el derecho fundamental a la “legítima defensa” (sic), pues aún cuando el CNM presentó un *“pedido de uso de palabra antes de la fijación de la fecha de vista de causa, con su consecuente votación, aquél se nos fue negado negada (sic) de manera implícita, esto es, sin habernos dado la oportunidad de defendernos frente a las acusaciones hechas por el demandante”*.

- 3.2. En segundo lugar, arguye que la sentencia en cuestión vulnera el derecho fundamental a la “legítima defensa” (sic) de terceros ajenos al presente proceso constitucional, en referencia a las Fiscales Supremos Zoraida Ávalos Rivera y Nora Miraval Gambini, sosteniendo que “*si la Constitución Política garantiza a todos los Magistrados su derecho a la inamovilidad del cargo (...) cómo es posible (...) que un órgano que administra justicia (...) disponga proceder a declarar la nulidad de dichos cargos, sin haber sido cuestionada la conducta e idoneidad de aquéllas por parte del Consejo Nacional de la Magistratura*”, razón por la cual debió incluírseles como terceros afectados, según el artículo 43º del Código Procesal Constitucional.
- 3.3. En tercer lugar, afirma que la sentencia cuestionada incurre en una incongruencia “*al ordenar la ‘re-incorporación’ de dos personas como Fiscales Supremas después de haber declarado nulos sus nombramientos*”. En tal sentido, precisa que la nulidad del nombramiento de una persona como magistrado implica también la nulidad de su título expedido por el CNM y su correspondiente juramentación, razón por la cual critica “*que se vaya a reincorporar como Fiscales Supremas a las magistradas Zoraida Ávalos Rivera y Nora Victoria Miraval Gambini sin previamente haberlas nombrado Fiscales Supremas*”.
- 3.4. En cuarto lugar, sostiene que la sentencia materia de nulidad vulnera el derecho fundamental al juez natural, toda vez que “*el conocimiento de la presente causa constitucional, así como en etapa de ejecución de la misma, siempre estuvo reservado al conocimiento de todo el pleno del Tribunal Constitucional, y no solamente al conocimiento de algunos, sino claramente de todos sus integrantes*”. En tal sentido, anota que mientras las SSTC N.ºs 04944-2011-AA/TC y 01044-2013-PA/TC fueron resueltas por el Pleno del Tribunal Constitucional, la sentencia cuestionada ha sido resuelta “*sin señalamiento de vista de causa, y sólo por 3 de los 6 integrantes del Pleno del Tribunal Constitucional*”; así pues, considera que resulta válido exigir que sea el Pleno del Tribunal Constitucional quien conozca del recurso de apelación por salto a favor de la ejecución de la STC N.º 01044-2013-PA/TC, “*para así conocer el razonamiento vertido por cada uno de los magistrados del Tribunal Constitucional*”.
- 3.5. En quinto lugar, asevera que la sentencia en cuestión vulnera el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales por cuanto los magistrados firmantes “*en ningún momento, fundamentan o esbozan las razones del porqué de la elección del justiciable Mateo Castañeda como Fiscal Supremo, a pesar de que el mandato contenido en la sentencia 01044-2013-AA/TC, indicaba que correspondía al CNM exponer los fundamentos debidamente motivados sobre la*

elección de alguno de los justiciables”, razón por la cual concluye que “lo mínimo que debieron realizar los Magistrados firmantes (...) es exponer las razones fundadas en derecho de dicha decisión”.

En este punto, reconoce que, en cumplimiento del mandato contenido en la STC N.º 01044-2013-PA/TC *“la emisión de la resolución del Consejo Nacional de la Magistratura que disponga o no la elección en el cargo de Fiscal Supremo, debía ser ejercida en base a un voto debidamente motivado, evaluando su conducta e idoneidad”*; es decir, a criterio del Procurador del CNM, *“dicha elección, como no podía ser de otra forma, implicaba exponer un razonamiento fundado en derecho, esto es una elección debidamente motivada sobre la conducta e idoneidad del magistrado elegido”.*

- 3.6. En sexto lugar, afirma que la cuestionada sentencia vulnera el principio de igualdad, toda vez que los magistrados firmantes *“bajo ningún concepto evidencian o motivan del porqué del cambio de criterio con relación a la expedición de la anterior resolución Exp. N.º 1034-2013-AA/TC del 9 de setiembre de 2013, como de su resolución aclaratoria de 31 de octubre de 2013 (caso César Hinostroza Pariachi)”*. Al respecto, recuerda que en las referidas anteriores sentencias los mismos magistrados firmantes declararon que no correspondía al Tribunal Constitucional nombrar a otro demandante (señor César Hinostroza Pariachi) como Fiscal Supremo porque ello no era su competencia y además porque las sentencias de amparo no tenían efectos constitutivos, sino sólo restitutorios; por lo que resulta contradictorio que ahora estos mismos magistrados decidan nombrar al demandante, señor Mateo Grimaldo Castañeda Segovia, como Fiscal Supremo del Ministerio Público, en virtud del artículo 59º cuarto párrafo del Código Procesal Constitucional.

693

Por todo ello, concluye que los magistrados firmantes *“han aplicado consecuencias jurídicas distintas frente a hechos análogos iguales sobre el ejercicio de las competencias del Consejo Nacional de la Magistratura en la elección de magistrados, resuelto a través de la resolución Exp. 1034-2013-AA/TC del 9 de setiembre de 2013, como de su resolución aclaratoria de 31 de octubre de 2013”*.

- 3.7. En séptimo lugar, puntualiza que la sentencia materia de nulidad vulnera la finalidad de los procesos constitucionales, ya que según el artículo 1º del Código Procesal Constitucional, tales procesos tienen efectos sólo restitutivos, mas no declarativo de derechos. En ese sentido, arguye que la vulneración alegada en el presente caso *“era sólo la falta de debida motivación, mas no el derecho constitucional de la inamovilidad del cargo o elección como magistrado supremo”,* y que tal pretensión *“nunca fue materia de petitorio”*.

3.8. En octavo lugar, precisa que la Constitución no le ha otorgado al Tribunal Constitucional la facultad de nombrar a jueces o fiscales, ni ordenar al CNM que nombre a determinado postulante, así como tampoco le ha facultado a crear plazas en el Presupuesto General de la República, ordenar al juez ejecutar que cancele u otorgue títulos y juramente a los magistrados, ni mucho menos expedir sentencias ampliatorias para ejercer funciones constitucionales de otros Poderes del Estado. Razona así que *“este inusitado e injustificado cambio de criterio constituye no solo una infracción a la Constitución Política, sino además la comisión del delito de usurpación de funciones y una grave arbitrariedad”*.

En este punto, sostiene que el Tribunal Constitucional se ha excedido en las pretensiones contenidas en las demandas planteadas por los señores Mateo Castañeda Segovia y César José Hinostroza Pariachi, al haber declarado *“no sólo la nulidad del nombramiento de una plaza de Fiscal Supremo por el cual ambos postulantes estaban litigando; sino además, han declarado la nulidad de un segundo nombramiento de Fiscal Supremo, que no fue materia de esos procesos de amparo, toda vez que esa plaza vacante recién se produjo a raíz de la reciente renuncia de la Fiscal Supremo Gladys Echaíz Ramos”*.

694

Asimismo, interpreta que la Constitución *“otorga un margen de discrecionalidad (al CNM) que ha sido reconocida por el propio TC. Discrecionalidad que además va más allá de los criterios objetivos que enmarca el concurso”*, y que el espacio de discrecionalidad es más amplio en *“el nombramiento y designación de jueces y fiscales, en comparación con las otras potestades de ratificación y destitución”*. Y así, equiparando la potestad discrecional del CNM en la designación de jueces y fiscales supremos, con la potestad discrecional del Parlamento en la designación de magistrados del Tribunal Constitucional o del Defensor del Pueblo, concluye que en tales ámbitos *“el control constitucional debería limitarse a verificar el cumplimiento de requisitos formales (quórum, votación calificada, plazos, no motivación, entre otros)”*.

Por último, aduce que los magistrados firmantes han realizado una *“utilización dolosa del Art. 59 del Código Procesal Constitucional”*, con la cual *“persisten en la usurpación de la función constitucional de nombramiento de jueces y fiscales inherente al Consejo Nacional de la Magistratura”*.

3.9. Finalmente, precisa que existe un error material en el punto resolutivo 7 de la sentencia, pues se alude a un “fundamento 33” que en realidad no existe.

5. Que, adicionalmente, solicita que se le conceda el uso de la palabra al Procurador Público recurrente, a fin de informar oralmente en la vista de la causa que, al efecto, se convoque.

§B. Pedido de nulidad planteado por el Procurador Público del Ministerio Público, de fecha 5 de mayo de 2014

6. Que, en su pedido de de fecha 5 de mayo de 2014, el Procurador Público a cargo de la Defensa Jurídica del Ministerio Público formula la nulidad de la STC N.º 0791-2014-PA/TC, por considerar que ésta incurre en tres excesos, a saber:

- 5.1. Cuando el Tribunal Constitucional dispone el nombramiento del demandante Castañeda Segovia como Fiscal Supremo del Ministerio Público, ya que *“dicha facultad constitucional es exclusiva potestad del Consejo Nacional de la Magistratura”*.

- 5.2. Cuando el Tribunal Constitucional anula la designación de la doctoras Zoraida Ávalos Rivera y Nora Miraval Gambini como Fiscales Supremas, cuando *“la decisión de anular la designación de las referidas magistradas no tienen relación con el recurso interpuesto por el demandante”*. Al respecto, señala que una sentencia ampliatoria *“no puede modificar los términos establecidos en la sentencia original”*, y es el caso que *“la sentencia dictada inicialmente acredita la violación del derecho al debido proceso”*; asimismo, anota que *“las señoras Fiscales Supremas ilegalmente destituidas nunca fueron emplazadas en el proceso de amparo incoado por el demandante (...) sin embargo (...) de manera arbitraria se deja sin efecto su nombramiento”*.

- 5.3. Cuando el Tribunal Constitucional ordena que el Consejo Nacional de la Magistratura, en coordinación con el Ministerio Público y el Ministerio de Economía y Finanzas habiliten dos plazas presupuestadas para reincorporar a las referidas magistradas, *“decisión con la cual se ha producido el exceso de las facultades constitucionales propias que corresponde al Tribunal Constitucional”*.

§C. Pedido de nulidad planteado por la Fiscal Supremo Titular, señora Zoraida Ávalos Rivera, de fecha 5 de mayo de 2014

7. Que, en su pedido de fecha 5 de mayo de 2014, la Fiscal Supremo Titular, señora Zoraida Ávalos Rivera, deduce la nulidad de la STC N.º 0791-2014-PA/TC, por considerar que ésta afecta sus derechos a la defensa, a la permanencia en el cargo y al trabajo, toda vez que a su criterio, la sentencia materia de nulidad:

- 6.1. “[C]onfunde la sentencia materia de ejecución (STC N.º 04944-2011-PA/TC) con un auto (el emitido en el Exp. N.º 01044-2013-PA/TC)”;
- 6.2. “Extiende sus efectos para declarar nulo los resultados de un Concurso Público cuyo cuestionamiento no ha sido parte ni del petitorio de la demanda ni de la sentencia que se pretende ejecutar”;
- 6.3. Aplica la figura de la sentencia ampliatoria, cuando ésta “no resulta aplicable en este caso”;
- 6.4. “Afecta mi derecho de defensa”, no se le ha permitido defenderse en el proceso en cuestión;
- 6.5. “Asume funciones del CNM”; y finalmente,
- 6.6. “Afecta mi derecho al trabajo, al proyecto de vida laboral, así como al derecho a la permanencia en el servicio como magistrada”.

§D. Pedido de nulidad planteado por la Fiscal Supremo Titular, señora Nora Victoria Miraval Gambini, de fecha 5 de mayo de 2014

8. Que, en su pedido de fecha 5 de mayo de 2014, la Fiscal Supremo Titular, señora Nora Victoria Miraval Gambini, deduce la nulidad de la STC N.º 0791-2014-PA/TC, por considerar que:
- 7.1. Ni la Convocatoria N.º 002-2012-SN-CNM (que culminó con el nombramiento de la doctora Ávalos Rivera como fiscal supremo, y la inscripción de la doctora Miraval Gambini como candidata en reserva), ni la Resolución N.º 14-2014-CNM (que nombró a la recurrente como Fiscal Supremo, al dejar una plaza vacante la renunciante doctora Gladysz Echaíz Ramos), han sido materia de cuestionamiento en el proceso de amparo de autos, “sin que exista fundamentación alguna que permita concluir la nulidad del concurso público al cual postulé”
 - 7.2. La causa debió ser resuelta por el Pleno del Tribunal Constitucional, y no sólo por tres de sus magistrados.

§E. Consideraciones del Tribunal Constitucional

§E.1 Sobre el respeto a los derechos fundamentales de acceso a la función pública, presunción de inocencia y las medidas reparadoras de la justicia convencional y constitucional en la etapa de ejecución de sentencia

8. El centro de la discusión constitucional, tanto en la demanda de amparo promovido por el accionante como en sede de ejecución de sentencia, ha sido y es el

respeto a los derechos de acceso a la función pública y de presunción de inocencia, máxime si en el concurso público en el que participó y fue convocado por el propio Consejo Nacional de la Magistratura (Convocatoria N.º 002-2010-SN/VCNM) ocupó el tercer lugar en el cuadro de méritos general para acceder la plaza de fiscal supremo del Ministerio Público.

9. El Tribunal Constitucional en la sentencia del **Exp. N.º 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC; Caso: Colegio de Abogados de Arequipa y otro** estimó: *“que los contenidos de este derecho son los siguientes: a) Acceder o ingresar a la función pública; b) Ejercerla plenamente; c) Ascender en la función pública; d) Condiciones iguales de acceso. La razón por la que este derecho comprende también el ejercicio pleno y sin perturbación de la función pública y el ascenso en ella es que, siendo la participación en la función pública el bien protegido de este derecho, el menoscabo, restricción o limitación ilegítima del pleno desenvolvimiento de la función pública o del ascenso en la misma, pueden conducir a una afectación del bien protegido por este derecho. La participación en la función pública tiene que ser entendida como un bien cuya concretización debe desarrollarse en toda su magnitud, es decir, con todas las implicancias que su pleno desarrollo lo exija. Ello se debe a que los derechos fundamentales deben ser comprendidos como mandatos de optimización, lo cual significa, precisamente, que su contenido protegido alcanza a todos los aspectos que contribuyen a un mayor grado de realización del bien jurídico que protege”* (el resaltado es nuestro).
10. La idea central sobre la que gira el derecho al acceso de la función pública es el **principio del mérito**. En efecto, el acceso a la *función pública no representativa* está regido por el principio de acceso por mérito a través de oposición. En el Estado Constitucional, tal como se inscribe el Estado peruano, el principio del mérito y la capacidad es el principio basilar que ha de regir la regulación de las condiciones de acceso a la función pública. Dicho principio vincula positivamente al legislador respecto a que la regulación del acceso a la función pública observe irrestrictamente el mérito, la capacidad y la experiencia profesional; asimismo, que toda actuación de la administración del Estado y de toda entidad pública, en general, cumpla tal principio en todos sus actos en relación al acceso a la función pública de las personas.
11. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso **Apitz Barbera contra Venezuela del 05 de Agosto del 2008** ha reconocido la vigencia del derecho al acceso a la función pública en condiciones de igualdad, consagrado en el art. 23.3 de la CADH. En dicha sentencia la Corte ha sentado la doctrina que: *“el*

respeto y garantía de este derecho se cumplen cuando “los criterios y procedimientos para el nombramiento, ascenso, suspensión y destitución [sean] razonables y objetivos” y que “las personas no sean objeto de discriminación” en el ejercicio de este derecho. El Tribunal Constitucional español ha señalado que el derecho de acceso a la función pública: *“impide a los poderes públicos exigir requisitos no relacionados con el mérito y la capacidad”* (SSTC 193/1987, de 9 de diciembre; 206/1988, de 7 de noviembre; 67/1989, de 18 de abril; 27/1991, de 14 de febrero y 215/1991, de 14 de febrero).

12. En el caso del demandante resulta que ha ocupado el tercer lugar del cuadro de méritos para ocupar la plaza de Fiscal Supremo, situación que ha sido reconocido en la sentencia estimatoria 04944-2011-PA/TC y en la sentencia de ejecución STC N.º 01044-2013-PA/TC, y que el Consejo Nacional de la Magistratura no ha controvertido sino que lo aceptó desde el primer momento, de tal manera que el accionante no solo tenía el mejor derecho para ser nombrado, sino que de acuerdo al principio de capacidad y mérito en el acceso de la función pública el Consejo Nacional de la Magistratura debía nombrarlo, más aún si registraba el tercer lugar tanto en la prueba escrita como en el examen curricular y en la entrevista personal obtuvo el segundo lugar de las entrevistas de postulantes para ocupar la plaza de Fiscal Supremo. Pese a ello, el Tribunal recuerda que fueron nombrados como Fiscales Supremos los postulantes que ocuparon el segundo lugar y quinto lugar en el cuadro de méritos, violándose de esta manera el derecho de acceder a la función pública en condiciones de igualdad. El Tribunal Constitucional, como el máximo intérprete de la justicia constitucional en el Perú, no solo reconoció oportunamente este hecho, sino que considera que debe repararse de manera adecuada y suficiente nombrando al actor como Fiscal Supremo del Ministerio Público.
13. El Tribunal Constitucional destaca que las objeciones planteadas contra el actor y que acreditarían que no cuenta con una “conducta éticamente irreprochable” han sido planteadas con posterioridad a la clausura de la etapa de tachas y oposiciones del concurso público propio de la Convocatoria N.º 002-2010-SN/VCNM, los mismos que no han sido comunicados de manera oportuna al actor, violándose el derecho a ser informado de los cargos; de tal manera que sobre la base del principio de preclusión procesal y de presunción de inocencia no es válido desde el punto de vista constitucional y convencional sostener que el actor no cuenta con una conducta éticamente reprochable. Mantener un punto de vista contrario a los preceptos constitucionales y convencionales vigentes no solo supone desacatar la sentencia constitucional STC N.º 04944-2011-PA/TC y la sentencia de ejecución STC N.º 01044-2013-PA/TC, sino, además, incurrir en

responsabilidades civiles y penales, en especial, supone cometer el delito de abuso de autoridad (art. 376 del CP).

14. En el sistema interamericano de Derechos Humanos se ha reconocido de manera pacífica y oportuna la posibilidad de efectuar reparaciones frente a la violación comprobada, como en este caso, de los derechos fundamentales o convencionales (art. 63.1 de la Convención). La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del caso **Chocrón Chocrón contra Venezuela** del 01 de julio del 2011 ha sostenida que: “la Corte ha indicado que toda violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el deber de repararlo adecuadamente y que esa disposición “recoge una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre responsabilidad de un Estado”.
15. El Tribunal Constitucional sobre la base del desarrollo internacional de protección de los derechos humanos plantea como mecanismo innovador y genuino, dada la reiterada violación de los derechos fundamentales y convencionales del actor efectuada por el Consejo Nacional de la Magistratura, la figura de reparación adecuada y suficiente que no puede ser otra que ordenar su nombramiento como Fiscal Supremo del Ministerio Público del Perú.
16. Al respecto, debe tomarse en cuenta la sentencia de la Corte IDH en el **Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela** de fecha 30 de junio de 2009 en el que se señaló como medida de reparación frente a la violación del derecho a acceder a la función pública en condiciones de igualdad que: “*la Corte declara que en este caso el Estado debe reincorporar a la señora Reverón Trujillo a un cargo similar al que desempeñaba, con la misma remuneración, beneficios sociales y rango equiparables a los que le correspondería el día de hoy si hubiera sido reincorporada*”. Si bien es cierto que en el caso Reverón Trujillo se ordenaba reponer un derecho a una juez provisional que había sido separada de su cargo por el estado venezolano, el caso del actor -y la subsiguiente violación de sus derechos constitucionales y convencionales- es mucho más grave ya que el Consejo Nacional de la Magistratura del Perú le ha impedido acceder a la función pública en condiciones de igualdad, pese a que ocupó el tercer lugar del cuadro de méritos en el concurso público convocado por la propia institución. Aquí no se trata de una simple negativa a no nombrar en el cargo, sino de una negativa arbitraria que ha sido declarada no menos de cinco veces por la justicia constitucional, tanto en sede de este Tribunal como en ejecución de sentencia, en la que se reconoce la sucesiva y reiterada violación del derecho a acceder a la función pública en condiciones de igualdad y el principio a la presunción de inocencia. Tan grave es la remoción o

separación arbitraria de un magistrado (juez o fiscal) de su cargo como el impedir que un ciudadano ocupe un cargo público no representativo cuando ha obtenido el tercer lugar en un concurso público. Incluso, este hecho puede llevar a una afectación constitucional y convencional mucho más grave e intensa, tal como ha ocurrido en este caso.

17. El Tribunal Constitucional tiene presente que la Corte IDH en el **Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela** señaló que la destitución arbitraria: *“podría generar un temor en los demás jueces que observan que sus colegas son destituidos y luego no reincorporados aún cuando la destitución fue arbitraria. (...) Por tanto, un recurso que declara la nulidad de una destitución de un juez por no haber sido ajustada a la ley debe llevar necesariamente a la reincorporación”*. En esta línea de ideas, se debe destacar que la violación del derecho de acceso a la función pública del actor y la negativa arbitraria del CNM de reconocer el derecho de acceso a la función pública podría llevar de manera irremediable a que los postulantes al cargo de juez o fiscal sientan desaliento y temor a participar en un concurso público convocado por el Consejo Nacional de la Magistratura si luego de cumplidas todas las etapas se obtiene, en base a la capacidad y mérito del postulante, un lugar adecuado en el cuadro de méritos y pese a ello no se le nombra como magistrado (juez o fiscal), sin aportar razones o brindando razones abiertamente inconstitucionales, como en este caso. Es más, llevado al campo de la administración pública se tiene que todo postulante a un cargo público no representativo vería desalentada su decisión de participar en un concurso público de méritos si es que no se le asegura ni se le provee de los mecanismos de seguridad suficiente para cubrir la plaza la que postula si es que tiene un buen lugar en el cuadro de méritos y de manera arbitraria el ente público simplemente no quiere nombrarle en el cargo. En tal sentido, queda claro que una vez que se haya declarado la nulidad de la decisión de no nombrar a un funcionario público (fiscal supremo en este caso) el único camino que se puede seguir es ordenar a la institución su nombramiento inmediato.
18. El Tribunal Constitucional se ve obligado, además, a dictar esta medida de reparación, ordenando que se proceda a nombrar al actor en el cargo de Fiscal Supremo, debido a que también se busca evitar que se demande al Estado peruano internacionalmente ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y luego ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos por la violación de derechos humanos universalmente reconocidos como es el acceso a la función pública en condiciones de igualdad (art. 23.1 de la Convención americana) y la presunción de inocencia; con la consecuente condena del Estado peruano por el actuar de uno de sus organismos autónomo, al margen de las responsabilidades

penales y civiles que puede dar lugar este hecho, amén del desprestigio internacional del Perú en la protección de los derechos humanos.

19. El Tribunal Constitucional desarrollando un fin reparador y preventivo se sirve recordar al Consejo Nacional de la Magistratura que ya anteriormente el Estado peruano ha sido demandado internacionalmente por actos cometidos por este órgano constitucionalmente autónomo al no brindar cobertura constitucional suficiente al momento de motivar las decisiones de no ratificación de los magistrados (jueces y fiscales) del Perú, situación que llevó al Estado peruano a firmar soluciones amistosas en las que se reconoció la violación de los derechos fundamentales; y que la reiterada jurisprudencia de este Tribunal ha tenido la oportunidad de constatar (Véase, y solo a título ejemplificativo, la sentencia del Exp. N.º 01412-2007-PA/TC; Caso: Lara Contreras). Por este motivo, el Tribunal Constitucional, en armonía con el principio de defensa preventiva del Estado peruano y dada los precedentes anteriores del Consejo Nacional de la magistratura ordena esta medida de reparación en favor del actor.
20. Los mecanismos reparadores respecto a cómo se debe implementar el nombramiento del actor como fiscal Supremo son: i) el Consejo Nacional de la Magistratura deberá requerir al Fiscal de la Nación la información actualizada sobre la existencia de una plaza vacante para cumplir con el mandato de la presente sentencia que resuelve el recurso de apelación por salto a fin de incorporar al demandante como Fiscal Supremo de dicha institución; ii) En caso que no sea posible este hecho se dispone, de manera supletoria, que el Consejo Nacional de la Magistratura reserve una plaza a fin de que sea ocupada por el demandante Mateo Grimaldo Castañeda Segovia, una vez que se produzca la correspondiente vacancia en la Fiscalía Suprema. Dentro de esta medida reparadora el Consejo Nacional de la Magistratura no debe realizar ningún concurso público para Fiscales Supremos, mientras no se nombre al demandante como Fiscal Supremo del Ministerio Público.

El máximo intérprete de la Constitución dicta, además, como medida reparadora que el Consejo Nacional de la Magistratura no repita en lo sucesivo, en este o en otros casos, una conducta que contraviene de manera flagrante el respeto a los derechos de acceso a la función pública en condiciones de igualdad y el respeto al principio de presunción de inocencia.

§E.2 Sobre los pedidos de nulidad formulados en el presente caso

§E.2.1. Sobre los pedidos formulados por el Procurador Público del Consejo Nacional de la Magistratura, la Fiscal Supremo Titular Zoraida Ávalos Rivera; y la Fiscal Supremo Titular Nora Victoria Miraval Gambini

21. Que, en relación a los pedidos de nulidad planteados por el Procurador Público del Consejo Nacional de la Magistratura, la Fiscal Supremo Titular Zoraida Ávalos Rivera y la Fiscal Supremo Titular Nora Victoria Miraval Gambini, este Tribunal debe señalar que aquél órgano constitucionalmente autónomo y dichas magistradas supremas **no tienen la condición de parte procesal en la presente causa**, al no tener la condición ni de demandantes ni de demandados, razón por la cual no ostentan legitimación dentro del presente proceso para interponer algún tipo de recurso, lo que acarrea la improcedencia de tales solicitudes (Cfr., en el mismo sentido, la RTC N.º 05761-2009-PHC/TC).
22. Que, sin perjuicio de ello, este Tribunal observa que, en gran medida, los alegatos formulados por el Ministerio Público y las mencionadas Fiscales Supremos, son los mismos que los invocados por el Procurador Público del Consejo Nacional de la Magistratura en su recurso de “nulidad”: de este modo, deberá entenderse que, al darle respuesta a este último, se satisfará implícitamente los pedidos de aquéllos.

702

§E.2.2. Sobre los pedidos de nulidad planteados por el Procurador del Consejo Nacional de la Magistratura

23. Que, en primer lugar, el Tribunal Constitucional debe precisar que, mediante RTC N.º 0791-2014-AA/TC, de fecha 5 de mayo de 2014, el Presidente del Tribunal Constitucional resolvió denegar liminarmente la nulidad de fecha 2 de mayo de 2014, deducida por el Procurador Público del Consejo Nacional de la Magistratura y suscrita por los seis consejeros de la referida entidad, concediéndole un plazo no mayor de 24 horas para que presente nuevamente dicho recurso de acuerdo a ley y sin las frases injuriosas que contenía. No obstante, en autos no obra escrito alguno que acredite la subsanación requerida en dicha resolución, razón por la cual el mencionado escrito no será tomado en cuenta a fin de resolver la solicitud de la parte demandada.

Al respecto, debe mencionarse que el pedido de nulidad de fecha 5 de mayo de 2014, planteado por el Procurador Público del Consejo Nacional de la Magistratura, no puede ser tomado en cuenta como el cumplimiento de la subsanación en su momento requerida, pues según reconoce allí el propio Procurador se pide al Pleno del Tribunal Constitucional “*que conozca y resuelva el escrito de nulidad*”

formulado el pasado 2 de mayo último, ampliado con el presente recurso” (página 103 del recurso de nulidad de fecha 5 de mayo de 2014). En tal sentido, la solicitud de la parte demandada será resuelta atendiendo a este último escrito. Cabe señalar que en este último escrito se aludió también a una supuesta “*utilización dolosa del artículo 59º del Código Procesal Constitucional*”, frase que finalmente ha sido retirada por el CNM mediante escrito de fecha 6 de mayo de 2014, dándose por subsanada esta observación.

24. Que, como se ha visto, en su pedido de nulidad de fecha 5 de mayo de 2014, el Procurador Público del Consejo Nacional de la Magistratura aduce que la STC N.º 0971-2014-PA/TC vulnera el **derecho al debido proceso**, en sus dimensiones de **derecho al juez natural** y **derecho a la defensa**, en la medida en que, a su criterio, la presente causa debió ser vista por el Pleno del Tribunal Constitucional y no por los tres magistrados que la suscribieron, por un lado, y porque no se le concedió el uso de la palabra al CNM pese a que éste había sido formalmente pedido ante este Tribunal, por el otro.

Al respecto, este Tribunal debe precisar que, de conformidad con el artículo 29º-A del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional, aprobado por Resolución Administrativa N.º 095-2004-P/TC, los expedientes que llegan al Tribunal Constitucional como consecuencia de la apelación por salto “no tendrán vista de la causa”; mientras que, el segundo párrafo de esta misma disposición normativa dispone que “[t]odos estos expedientes son resueltos por los mismos magistrados que intervinieron en la sentencia (...)” [artículo incorporado por Resolución Administrativa N.º 036-2011-P/TC, publicada el 8 de abril de 2011 en el diario oficial *El Peruano*].

En el presente caso, es menester señalar que **el recurso de apelación por salto planteado por la parte demandante lo fue a favor de la ejecución de la STC N.º 01044-2013-PA/TC, de fecha 9 de setiembre de 2013, que fue suscrita por los magistrados Mesía Ramírez, Eto Cruz y Álvarez Miranda, razón por la cual fueron únicamente ellos los llamados a resolver dicha causa**. En tal sentido, el pedido del CNM sobre este extremo debe ser desestimado, ya que éste parte de la errónea premisa de que lo que fue materia de ejecución en la STC N.º 0971-2014-PA/TC fue la STC N.º 04944-2011-PA/TC, en su momento suscrita por los seis magistrados que integraban el Pleno, lo que debe ser rechazado: y, desde luego, no podría ser de otro modo, pues atender favorablemente el pedido del CNM implicaría obligar a ciertos magistrados de este Colegiado a pronunciarse sobre la ejecución de una sentencia que no han suscrito, lo que a todas luces resulta ilógico.

En el mismo sentido, debe descartarse que la STC N.º 0971-2014-PA/TC haya vulnerado el derecho a la defensa del CNM porque no se le concedió el uso de la palabra, en la medida en que como ya se dijo esta posibilidad no está contemplada normativamente para este tipo de recursos (artículo 29º-A del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional). Y esto es así pues, al ser la ejecución de la sentencia constitucional una cuestión de puro derecho, no cabe introducir en él un debate entre la partes, sino – todo lo contrario– diseñar el recurso a favor de la ejecución de modo tal que éste sea lo más ágil y expeditivo posible. Así también lo ha apreciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando señala que los procedimientos de ejecución de sentencias deben ser “accesibles para las partes, sin obstáculos o demoras indebidas, a fin de que alcancen su objetivo de manera rápida, sencilla e integral” (Caso *Mejía Idrovo vs. Ecuador*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, de 5 de julio de 2011, párrafo 106).

25. Que, por otra parte, el Procurador Público del Consejo Nacional de la Magistratura arguye que la STC N.º 0971-2014-PA/TC vulnera el **derecho a la defensa de terceros** ajenos al presente proceso constitucional (concretamente, las Fiscales Supremas Zoraida Ávalos Rivera y Nora Victoria Miraval Gambini), ya que este Tribunal ha declarado la nulidad de sus nombramientos sin que el CNM haya cuestionado la conducta e idoneidad de tales magistradas.

704

Sobre ello, el Tribunal Constitucional debe enfatizar que la nulidad de los nombramientos de las Fiscales Supremas Zoraida Ávalos Rivera y Nora Victoria Miraval Gambini, declarada en la STC N.º 0971-2014-PA/TC, no se debió a que este Colegiado cuestionara la idoneidad o la conducta de tales magistradas, lo que ciertamente no estuvo ni está en tela de juicio. En realidad, como se menciona en los fundamentos 17, 19, 20 y 21 de la referida sentencia, la nulidad de tales nombramientos obedeció a dos factores que fueron debidamente explicitados en dicho pronunciamiento, a saber: a) el abierto desacato del CNM a la orden de suspensión del concurso decretada por el juez de ejecución mediante Resolución N.º 37 (medida precautoria cuya constitucionalidad este Tribunal ha validado en el fundamento 18 de la sentencia); y b) la nulidad de pleno derecho de todos los actos del CNM que pretendieron enervar la ejecución de la sentencia constitucional (a lo que autoriza el artículo 49º del TUO de la Ley N.º 27584, de aplicación supletoria al presente proceso constitucional de conformidad con el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, según se explicó en el fundamento 20 de la sentencia). Este aspecto, sin embargo, no obsta a que este Tribunal precise los alcances de dicha nulidad, como se dirá más adelante.

26. Que, en otro extremo de su pedido, el CNM argumenta que la STC N.º 0971-2014-PA/TC incurre en incongruencia al ordenar la re-incorporación de dos personas como Fiscales Supremas después de haber declarado nulos sus nombramientos, re-incorporación que a su juicio no sería posible sin que, previamente, se les haya nombrado nuevamente como Fiscales Supremas.

Sobre el particular, se debe precisar que este Tribunal no desconoce (ni puede desconocer) la calidad de Fiscales Supremas que ostentan las magistradas Zoraida Ávalos Rivera y Nora Victoria Miraval Gambini, prueba de lo cual es que la STC N.º 0791-2014-PA/TC en ningún momento declaró la nulidad de los títulos expedidos a favor de ellas por el CNM ni el acto de su juramentación, actos jurídicos que son plenamente válidos y legítimos. Y es por ello que, precisamente partiendo de la validez de su calidad de Fiscales Supremos, este Tribunal ordenó una medida de reparación para ellas en el punto resolutivo N.º 6 de la sentencia, a sabiendas de que lo ordenado en la STC N.º 0791-2014-PA/TC iba a afectar sus intereses.

En tal sentido, el Tribunal Constitucional considera que es necesario precisar el punto resolutivo N.º 4 de la STC N.º 0791-2014-PA/TC, en el sentido de que **el nombramiento de las señoras Zoraida Ávalos Rivera y Nora Victoria Miraval Gambini, como Fiscales Supremas Titulares del Ministerio Público, es plenamente válido y legítimo, y por ende, el título que las acredita así como el acto de su juramentación mantienen plena validez**, no afectándoles la declaración de nulidad efectuada por este Tribunal en el punto resolutivo N.º 4 de la STC N.º 0791-2014-PA/TC, que sólo alcanza a los actos del Consejo Nacional de la Magistratura que tuvieron por objeto inexecutar la STC N.º 01044-2013-PA/TC.

27. Que, asimismo, el CNM sustenta su pedido de nulidad de la STC N.º 0791-2014-PA/TC aduciendo que ésta viola el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, porque los magistrados firmantes no han fundamentado las razones del por qué de la elección del demandante Mateo Grimaldo Castañeda Segovia como Fiscal Supremo, a pesar de que el mandato contenido en la STC N.º 01044-2013-AA/TC indicaba que correspondía al CNM exponer los fundamentos debidamente motivados sobre la elección de alguno de los justiciables.

El argumento del CNM carece de sustento: lo que el Tribunal Constitucional ordenó como mandato en su STC N.º 01044-2013-PA/TC, materia de ejecución, fue textualmente lo siguiente: ***“ordena(r) al Consejo Nacional de la Magistratura, proceder a nombrar, entre los postulantes que queden en carrera, esto es, don Mateo Grimaldo Castañeda Segovia o don César José Hinostroza Pariachi,***

*a aquel que corresponda desempeñarse como Fiscal Supremo, **conforme a las bases y reglamentos vigentes al momento de realizarse la convocatoria para dicha plaza***” (punto resolutivo N.º 2 de la referida sentencia).

En ningún momento la STC N.º 01044-2013-PA/TC ordenó que el Consejo Nacional de la Magistratura explique por qué nombraba a uno u otro de los candidatos demandantes. Y ciertamente, no podía hacerlo porque la ley no manda ello, sino todo lo contrario, aspecto este último que el Procurador Público del Consejo Nacional de la Magistratura parece desconocer. En efecto, de conformidad con el artículo 33º de la Ley 29277, Ley de la Carrera Judicial y el artículo 53º del Reglamento de Concursos para el Acceso Abierto en la Selección y Nombramiento de Jueces y Fiscales (aprobado mediante Resolución N.º 281-2010-CNM), el Pleno del CNM tiene la obligación legal de motivar sus decisiones, no cuando decide *nombrar* a uno de los candidatos en concurso, sino cuando decide *no nombrar* a un postulante siguiendo el orden del cuadro de méritos”, en cuyo caso “se dejará constancia de su decisión y de las razones debidamente fundamentadas, en el acta respectiva”.

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional considera que **el alegato sobre la presunta afectación del derecho a la motivación es inatendible**, ya que confunde el verdadero mandato que surge de la STC N.º 01044-2013-PA/TC, que fue materia de ejecución en la sentencia cuestionada.

706

28. Que, por otro lado, y en conexión con lo anterior, el Procurador de la parte demandada sostiene que la STC N.º 0791-2014-PA/TC vulnera el principio de igualdad, en la medida en que los magistrados firmantes no han explicado las razones del cambio de criterio en relación a lo afirmado en el fundamento 27 de la STC N.º 01034-2013-PA/TC y su resolución aclaratoria, oportunidad en la cual este mismo Colegiado afirmó que no era competencia del Tribunal Constitucional proceder al nombramiento directo del demandante como Fiscal Supremo, y que además tal pretensión no podía solicitarse en vía de amparo, al tener ésta una finalidad restitutoria, y no constitutiva.

Este Tribunal no desconoce lo declarado en el fundamento 27 de la STC N.º 01034-2013-PA/TC y su resolución aclaratoria (que responden al recurso de apelación por salto planteado por el demandante César José Hinojosa Pariachi). Sin embargo, es igualmente necesario precisar que **lo allí sostenido obedece a un contexto sustancialmente distinto al que motivó la expedición de la STC N.º 0791-2014-PA/TC**, ya que esta vez el Consejo Nacional de la Magistratura se ha mostrado renuente, por segunda vez consecutiva, a cumplir el mandato dictado de este Alto Tribunal. La pregunta es: ¿puede este Colegiado permitir

que las sentencias del supremo intérprete de la Constitución sean inobservadas por un órgano constitucionalmente autónomo como es el Consejo Nacional de la Magistratura? De ser así, ¿dispone este Tribunal de mecanismos procesales para enervar dicha conducta renuente que afecta la institucionalidad y el Estado constitucional de Derecho, socavando el derecho a la ejecución de las sentencias constitucionales? Naturalmente, ello no puede permitirse, y es por ello que en la STC N.º 0791-2014-PA/TC, materia de aclaración, este Tribunal valoró las distintas opciones procesales que tenía a su disposición para efectivizar su mandato, en un contexto de renuencia que no existía cuando se emitió el fundamento 27 de la STC N.º 01034-2013-PA/TC. Sin embargo, ello no obsta a que este Tribunal precise o aclare este extremo de su sentencia, como se dirá más adelante.

Asimismo, el Tribunal Constitucional considera que **no existe la alegada afectación del principio de igualdad**, porque al día de hoy existe en sede de este Tribunal otro expediente en curso (Exp. N.º 0776-2014-PA/TC, recurso de apelación por salto planteado por el demandante César José Hinostroza Pariachi), en el que, de ser el caso, se brindará una reparación similar a la presente. Por lo demás, este Tribunal toma nota de la observación formulada por el CNM de que los casos de los candidatos demandantes Mateo Grimaldo Castañeda Segovia y César José Hinostroza Pariachi deben ser tratados de forma homogénea para respetar el principio de igualdad, y efectivamente así resolverá este Colegiado.

707

29. Que, en otro extremo de su pedido, el Procurador del CNM ha señalado que la sentencia materia de nulidad trastoca lo que establece el artículo 1º del Código Procesal Constitucional, en virtud del cual los procesos constitucionales tienen efectos sólo restitutivos, y no declarativos de derechos.

Sobre ello, el Tribunal Constitucional debe precisar que la sentencia materia de nulidad (STC N.º 0791-2014-PA/TC) no es una simple sentencia de amparo, sino que constituye técnicamente una *sentencia ampliatoria*, dictada al amparo del artículo 59º cuarto párrafo del Código Procesal Constitucional. Lo cual significa que, si en la STC N.º 01044-2013-PA/TC este Tribunal ordenó al CNM que proceda a nombrar Fiscal Supremo a uno de los dos candidatos en concurso, y el CNM fue renuente a dicho mandato, este Tribunal, sustituyéndose al órgano demandado, procedió directamente a efectivizar su mandato a través de una sentencia ampliatoria de ejecución.

Varios aspectos sobre esta figura procesal deben ser ahora precisados, para una mejor comprensión de lo finalmente resuelto por este Colegiado:

- ***La sentencia ampliatoria no ha sido objeto de una “utilización equívoca” en el presente caso.*** Al respecto, este Tribunal debe dejar en claro que la

figura de la sustitución del órgano renuente en vía de ejecución de una sentencia de amparo (sea ésta de fondo o de ejecución), constituye una opción legal plenamente válida, dispuesta por el propio legislador democrático para que las sentencias dictadas por el juez constitucional (sea éste del Poder Judicial o de este propio Colegiado) sean efectivamente cumplidas. Los propios autores del Código Procesal Constitucional, en su Exposición de Motivos, lo reconocen así: “*la Comisión le concede al Juez la facultad de expedir una sentencia ampliatoria de contenido normativo que subsane la omisión del funcionario, a fin de regular la situación injusta así declarada en la sentencia. (artículo 59)*” [Código Procesal Constitucional. Estudio introductorio, Exposición de Motivos, Dictámenes e Índice Analítico, Tribunal Constitucional / Centro de Estudios Constitucionales, Lima, 2008, p. 123].

- ***El Tribunal Constitucional ha realizado una interpretación de la cláusula del artículo 59º cuarto párrafo del Código Procesal Constitucional conforme a su anterior jurisprudencia:*** en efecto, lo resuelto en el caso de autos tiene como directo antecedente jurisprudencial la STC N.º 05780-2008 y 00104-2009-PA/TC (acumulados), en la que este Colegiado, en vez de ordenar por segunda vez que la asociación civil demandada emita un nuevo pronunciamiento sobre las solicitudes de incorporación de las demandantes, ordenó directamente a la emplazada a incorporarlas como asociadas activas “por no haber podido expresar en dos oportunidades las razones objetivas, basadas en hechos comprobados, por las que considera improcedentes sus incorporaciones como asociadas activas” (fundamento 7).
- ***El Tribunal Constitucional sí puede dictar una sentencia ampliatoria, y no sólo el juez de ejecución:*** sobre ello, ya en anterior oportunidad hemos afirmado que el único órgano que puede emitir una sentencia ampliatoria “es el que amparó la demanda en el proceso constitucional pudiendo dicha resolución ser objeto de apelación, si ello es jerárquicamente posible, pero en ningún caso este trámite incidental puede constituirse en una vía habilitante para acceder al Tribunal Constitucional” (RTC N.º 0174-2006-Q-AA/TC, fundamento 5)
- ***El Tribunal Constitucional dictó sentencia ampliatoria en el presente caso, en un escenario de última ratio:*** en efecto, el Tribunal se enfrentó a una situación extrema, debido al incumplimiento reiterado del CNM de dos sentencias de este Colegiado, emitidas en la presente causa: STC N.º 04944-2011-PA/TC y STC N.º 01044-2013-PA/TC.

En definitiva, por estas consideraciones, el Tribunal considera que la aplicación al presente caso del artículo 59° cuarto párrafo del Código Procesal Constitucional, si bien ha sido utilizada de forma excepcional y como última ratio dada la renuencia del órgano demandado, ha tenido como única finalidad efectivizar el mandato de una sentencia constitucional, y en modo alguno invadir competencias ajenas en las que no puede ingresar ni interferir.

30. Que, finalmente, el Procurador del CNM aduce que este Tribunal no puede disponer, como lo ha hecho, el nombramiento del demandante Castañeda Segovia como Fiscal Supremo del Ministerio Público en vía de ejecución de la STC N.º 01044-2013-PA/TC, por la razón de que dicha facultad es exclusiva del Consejo Nacional de la Magistratura, según lo dispuesto en el artículo 154° inciso 1 de la Constitución. Al respecto, agrega que la Constitución ha otorgado al CNM un “*margen de discrecionalidad que ha sido reconocida por el propio TC*”, y que esta discrecionalidad “*va más allá de los criterios objetivos*”.

El Tribunal Constitucional debe desmentir que haya invadido competencias del Consejo Nacional de la Magistratura al emitir la STC N.º 0791-2014-PA/TC, tal como se alega en el recurso planteado: en realidad, sólo ha cautelado que el ejercicio de tales competencias sea acorde con los derechos fundamentales de la parte demandante.

Al respecto, el Tribunal no desconoce (no puede desconocer) que el principio de *separación de poderes*, enunciado en el artículo 43° de la Constitución, asegura que los poderes constituidos desarrollen sus competencias con arreglo al principio de corrección funcional, vale decir, sin interferir con las competencias de los otros; sin embargo, entiende que aquél principio admite también la *colaboración permanente* entre dicho poderes en búsqueda de un mejor y más eficaz ejercicio de sus funciones (STC N.º 0005-2006-PI/TC, fundamento 15), y por supuesto, un ejercicio acorde con la plena vigencia de los derechos humanos (artículo 44° de la Constitución).

Ese espíritu de *colaboración permanente*, que no de interferencia, es el que ha impulsado al Tribunal Constitucional a construir a lo largo de su jurisprudencia una importante línea de interpretación en torno a las competencias constitucionales del Consejo Nacional de la Magistratura, no para interferir en ellas, sino para acomodarlas plenamente a los mandatos de la Constitución.

En efecto, el Tribunal Constitucional no pone en duda que el Consejo Nacional de la Magistratura es un órgano constitucional autónomo e independiente, una de cuyas competencias fundamentales para la vida democrática de nuestro país

es precisamente *seleccionar y nombrar* a los jueces y fiscales de la República, salvo cuando éstos provienen de elección popular (artículo 150° de la Constitución). Sin embargo, siendo el nuestro un Estado constitucional (artículos 38° y 51° de la Constitución), este Tribunal ha entendido en senda y consolidada jurisprudencia que el CNM, como órgano del Estado, tiene límites en sus funciones, dada su condición de *poder constituido* sometido a la Constitución, siendo indiscutible su sujeción en todo momento a los lineamientos establecidos en la Norma Fundamental, y por ende, a los derechos fundamentales en ella reconocidos. En tal sentido, hemos señalado que:

“(…) sus resoluciones (del CNM) 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 aquélla 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” [STC N.º 02409-2002-AA/TC, fundamento 1 b].

710

31. En ese contexto, es claro que el Tribunal Constitucional “en tanto supremo intérprete y guardián de la supremacía jurídica de la Constitución y de los derechos fundamentales, no sólo puede, sino que tiene el deber de someter a control constitucional las resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura cuando eventualmente puedan resultar vulneratorias de los derechos fundamentales de las personas” [STC N.º 08495-2006-PA/TC, fundamento 6].
32. En el ejercicio de ese control constitucional, sin embargo, este Colegiado ha fomentado en todo momento una interpretación acorde con el principio de *corrección funcional*, y respetuosa del principio de separación de poderes. Y en este caso no ha visto motivo para separarse de dicha interpretación. Así por ejemplo, en el caso específico del nombramiento de jueces y fiscales, este Tribunal ha destacado que, si bien el acuerdo adoptado por el Consejo en este procedimiento puede ser controlado en la vía del amparo cuando afecta derechos fundamentales [SSTC N.os 03891-2011-PA/TC y 04944-2011-PA/TC], ello en ningún caso puede suponer la posibilidad de valorar pretensiones tales como la asignación judicial de puntaje para pasar de una etapa a otra en la convocatoria [STC N.º 01800-2008-PA/TC] o que se declare hábil y legalmente apto al actor para concursar y acceder a la Magistratura Suprema [STC N.º 03613-2010-PA/TC].

33. Es por ello que el denominado “margen de discrecionalidad” que invoca el Procurador del Consejo Nacional de la Magistratura en su recurso de nulidad, si bien puede ser entendido como el respeto a las competencias constitucionales propias del CNM, en modo alguno puede equipararse a un “margen de arbitrariedad”, que no es posible en el Estado Constitucional. Así como tampoco es admisible que los miembros consejeros de un órgano de la máxima importancia, como es el Consejo Nacional de la Magistratura, hagan caso omiso de las sentencias de este Alto Tribunal, investido como está de ser el órgano de control de la Constitución (artículo 201° de la Constitución) y su supremo intérprete (artículo 1° de la Ley N.º 28301, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional).
34. En definitiva, y por todas estas consideraciones, el Tribunal Constitucional considera que, en ánimos de pacificar definitivamente la controversia de autos, y llamando esta vez a la *colaboración leal* del Consejo Nacional de la Magistratura en la ejecución de sus sentencias, es menester reconsiderar la medida de reparación ordenada en la STC N.º 0791-2014-PA/TC, en el extremo en que este Colegiado decidió nombrar al demandante como Fiscal Supremo del Ministerio Público (punto resolutivo N.º 5 de la sentencia materia de nulidad), y en su lugar, ordenar una medida de reparación alterna, pero igualmente satisfactoria para el demandante, consistente en disponer que CNM proceda a nombrar al demandante como Fiscal Supremo del Ministerio Público, respetando estrictamente el orden de méritos alcanzado en dicho concurso (Convocatoria N.º 002-2010-SN/VCNM), tal como lo establece el artículo 33° de la Ley N.º 29277, Ley de la Carrera Judicial.

A tal efecto, el Consejo Nacional de la Magistratura deberá requerir al Fiscal de la Nación la información actualizada sobre la existencia de una plaza vacante para cumplir con el mandato de la STC N.º 0791-2014-PA/TC, precisada y aclarada mediante la presente resolución, a fin de incorporar al demandante como Fiscal Supremo de dicha institución; y en caso de no existir plazas vacantes, deberá dejarse en reserva una plaza a fin de que sea ocupada por el demandante Mateo Grimaldo Castañeda Segovia, una vez que se produzca la correspondiente vacancia en la Fiscalía Suprema; de conformidad con la STC N.º 0791-2014-PA/TC.

35. Finalmente, **atendiendo a la conducta procesal adoptada por el CNM a lo largo de la presente causa, que a la fecha lleva nada menos que cuatro (04) años debido a la postura renuente del órgano demandado**, este Tribunal debe disponer que, a fin de evitar nuevos incumplimientos y conflictos, el Consejo Nacional de la Magistratura no realice ningún concurso público para Fiscales Supremos, mientras no se nombre al demandante como Fiscal Supremo del Mi-

nisterio Público, como medida de reparación en cumplimiento de la STC N.º 0791-2014-PA/TC; precisada y aclarada mediante la presente resolución.

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

RESUELVE

1. Declarar **FUNDADO en parte** el pedido de nulidad planteado por el Procurador Público del Consejo Nacional de la Magistratura, contra la sentencia de autos, de fecha 30 de abril de 2014, en los extremos en que se declaró nulos los nombramientos de las Fiscales Supremos Zoraida Ávalos Rivera y Nora Victoria Miraval Gambini (punto resolutivo N.º 4) y en cuanto al nombramiento como Fiscal Supremo efectuado por este Colegiado del demandante Mateo Grimaldo Castañeda Segovia (punto resolutivo N.º 5); y en consecuencia,
2. **PRECISAR** que el nombramiento de las señoras Zoraida Ávalos Rivera y Nora Victoria Miraval Gambini, como Fiscales Supremas Titulares del Ministerio Público, es plenamente válido y legítimo, y por ende, el título que las acredita así como el acto de su juramentación mantienen plena validez, no afectándoles la declaración de nulidad efectuada por este Tribunal en el punto resolutivo N.º 4 de la STC N.º 0791-2014-PA/TC, que sólo alcanza a los actos del Consejo Nacional de la Magistratura que tuvieron por objeto inexecutar la STC N.º 01044-2013-PA/TC.
3. **DEJAR SIN EFECTO** el punto resolutivo N.º 5 de la STC N.º 0791-2014-PA/TC, mediante el cual este Tribunal, en aplicación del artículo 59º del Código Procesal Constitucional, ordenó el nombramiento del demandante Mateo Grimaldo Castañeda Segovia como Fiscal Supremo del Ministerio Público
4. Declarar **FUNDADO** el recurso de apelación por salto planteado por el demandante Mateo Grimaldo Castañeda Segovia; y por consiguiente, **ORDENAR** que el Consejo Nacional de la Magistratura **NOMBRE** al demandante como Fiscal Supremo del Ministerio Público, **respetando estrictamente el orden de méritos** alcanzado en dicho concurso (Convocatoria N.º 002-2010-SN/VCNM), tal como lo establece el artículo 33º de la Ley N.º 29277, Ley de la Carrera Judicial.
5. **DISPONER** que el Consejo Nacional de la Magistratura deberá requerir al Fiscal de la Nación la información actualizada sobre la existencia de una plaza vacante para cumplir con el mandato de la STC N.º 0791-2014-PA/TC, precisada y aclarada mediante la presente resolución, a fin de incorporar al demandante como Fiscal Supremo de dicha institución;

6. En caso de no existir plazas vacantes, **DÉJESE EN RESERVA** una plaza a fin de que sea ocupada por el demandante Mateo Grimaldo Castañeda Segovia, una vez que se produzca la correspondiente vacancia en la Fiscalía Suprema; de conformidad la STC N.º 0791-2014-PA/TC.
7. **ORDENAR** que el Consejo Nacional de la Magistratura, como medida reparadora, no realice ningún concurso público para Fiscales Supremos, mientras no se nombre al demandante como Fiscal Supremo del Ministerio Público, como medida de reparación en cumplimiento de la STC N.º 0791-2014-PA/TC; precisada y aclarada mediante la presente resolución.
8. **SUBSANAR** los errores materiales contenidos en el fundamento 20 y en el punto resolutivo N.º 7 de la sentencia materia de aclaración, en el siguiente sentido: donde dice “...*artículo 44º del TUO de la Ley N.º 27584...*” debe decir “*artículo 49º del TUO de la Ley N.º 27584...*”; y donde dice “...*fundamentos 30 a 33 de la presente sentencia...*” debe decir “...*fundamentos 30 a 32 de la presente sentencia...*”; respectivamente.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MESÍA RAMÍREZ

ETO CRUZ

ÁLVAREZ MIRANDA

EXP. N.º 00791-2014-PA/TC (EXP. N.º 01044-2013-PA/TC)
LIMA
MATEO GRIMALDO CASTAÑEDA SEGOVIA

AUTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Lima, 15 de julio de 2014

VISTOS

El pedido de nulidad, entendido como recurso de reposición, de fecha 12 de mayo de 2014, interpuesto por el Procurador Público a cargo del Consejo Nacional de la Magistratura; y los pedidos de nulidad de fechas 19 y 21 de mayo de 2014, presentados por el Procurador Público a cargo de la Defensa Jurídica del Ministerio Público y por el Fiscal Supremo provisional José Humberto Pereira Rivarola, contra la resolución del Tribunal Constitucional de fecha 8 de mayo de 2014; y,

714

ATENDIENDO A QUE

1. El artículo 121º del Código Procesal Constitucional establece que “contra los decretos y autos que dicte el Tribunal, sólo procede, en su caso, el recurso de reposición ante el propio Tribunal”. Asimismo, debe tenerse en cuenta que, el artículo III de su Título Preliminar prevé que el Tribunal Constitucional debe adecuar la exigencia de las formalidades previstas en dicho Código al logro de los fines de los procesos constitucionales, cuales son garantizar la primacía de la Constitución y tutelar la vigencia efectiva de los derechos constitucionales.

§1. Pedidos de nulidad planteados en el presente caso

2. El pedido de nulidad, entendido como recurso de reposición, planteado por el Procurador Público a cargo del Consejo Nacional de la Magistratura, cuestiona la resolución del Tribunal Constitucional de fecha 8 de mayo de 2014, en cuanto: i) ha sido resuelta por sólo tres magistrados y no por el Pleno del Tribunal Constitucional; ii) ordena al Consejo Nacional de la Magistratura (CNM) que nombre a Mateo Grimaldo Castañeda Segovia como Fiscal Supremo; y iii) deja en reserva una plaza a favor de dicha persona para que la ocupe una vez que se produzca la respectiva vacancia en la Fiscalía Suprema.

En cuanto a los pedidos de nulidad de fechas 19 y 21 de mayo de 2014, presentados por el Procurador Público a cargo de la Defensa Jurídica del Ministerio Público y por el Fiscal Supremo provisional José Humberto Pereira Rivarola, cabe mencionar que estos no tienen la condición de parte procesal y, por tanto, carecen de legitimidad para actuar dentro del proceso. Sin embargo, cabe destacar que, por su similitud con los argumentos planteados por el mencionado Procurador Público a cargo del Consejo Nacional de la Magistratura, el pronunciamiento sobre la solicitud de éste resultará relevante sobre lo peticionado por aquellos.

3. El Procurador Público a cargo del Consejo Nacional de la Magistratura alega que dicha resolución del 8 de mayo de 2014, vulnera otra vez el artículo 154.º, inciso 1), de la Constitución, el cual establece que una de las funciones exclusivas del Consejo Nacional de la Magistratura (en adelante CNM) es el nombramiento, previo concurso público de méritos y evaluación personal, de los fiscales de todos los niveles. Como dicho nombramiento requiere el voto conforme de los dos tercios del número legal de sus miembros, los magistrados del Tribunal Constitucional que suscriben la resolución del 8 de mayo de 2014 no pueden ordenar que se nombre a Mateo Grimaldo Castañeda Segovia como Fiscal Supremo porque ello constituye una intromisión en las atribuciones del CNM. Refiere también que dicha resolución afecta el artículo 65.4 de la Ley de la Carrera Judicial, pues no puede considerarse a Mateo Grimaldo Castañeda Segovia como candidato en reserva dado que no se encuentra en el cuadro de aptos elaborado por el CNM. Finalmente, aduce que la resolución quebranta la finalidad *restitutoria* del amparo, establecida en la Constitución, el Código Procesal Constitucional y en reiterada jurisprudencia del propio Tribunal Constitucional sobre casos similares, al disponer que el CNM nombre a Mateo Grimaldo Castañeda Segovia como Fiscal Supremo.

715

§2. Actuaciones relevantes en el proceso: sentencia definitiva del Tribunal Constitucional (cosa juzgada) y resoluciones dictadas en la etapa de “ejecución” de sentencia

4. Teniendo en cuenta que el pedido planteado en autos alude a determinados “vicios insalvables” ocurridos en etapa de ejecución de sentencia y que el CNM ha cumplido con lo resuelto en la sentencia definitiva con calidad de cosa juzgada del Tribunal Constitucional, es indispensable precisar cuáles han sido las pretensiones del demandante y cuáles las principales decisiones jurisdiccionales en el presente caso:

- **19 de mayo de 2011.** El demandante Mateo Grimaldo Castañeda Segovia interpone demanda de amparo contra el CNM (fojas 2 a 364). Entre sus pretensiones principales, destaca la siguiente.

Reponiendo las cosas al estado anterior a la violación de mis derechos, solicito: (...) Disponer una nueva votación, esta vez respetando las garantías del debido proceso [existe motivación irregular, ausencia de motivación y motivación aparente, fojas 320], el derecho a la igualdad y el derecho de acceso a la función pública en condiciones de igualdad (...).

- **28 de octubre de 2011.** El demandante interpone recurso de agravio constitucional (fojas 593 a 607), alegando la afectación de su derecho de no ser objeto de una motivación irregular, motivación aparente o insuficiente y ausencia de motivación, así como de sus derechos a la igualdad y de acceso a la función pública sin discriminación. Solicita que se disponga una nueva votación en la que se respeten sus derechos fundamentales.
- **16 de enero de 2012.** El Tribunal Constitucional expide sentencia definitiva, (fojas 616 a 643), que constituye cosa juzgada, resolviendo lo siguiente:

716

1. Declarar FUNDADA la demanda al haberse acreditado la violación de los derechos al debido proceso y a la motivación de las resoluciones previstos por los incisos 3) y 5) del artículo 139° de la Constitución Política del Perú, y en consecuencia,
2. Declarar NULO el Acuerdo N.° 0178-2011 adoptado por el Consejo Nacional de la Magistratura (...)
3. Ordenar al Consejo Nacional de la Magistratura emitir un nuevo acuerdo debidamente motivado lo que supone, evidentemente, que sus miembros previamente vuelvan a votar su decisión (...).

- **29 de noviembre de 2012.** El CNM, en sesión plenaria, convocada a fin de dar cumplimiento a la sentencia definitiva del Tribunal Constitucional, resolvió no nombrar a Mateo Grimaldo Castañeda Segovia, al no haber alcanzado el voto conforme de los dos tercios del número legal de miembros del CNM (fojas 908).
- **8 de enero de 2013.** En la etapa de ejecución de sentencia, el Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional, decide poner a despacho, para mejor resolver, el pedido de conclusión del proceso formulado por el CNM con fecha 17 de diciembre de 2012 (fojas 1058), por haberse cumplido con lo ordenado.

- **21 de enero de 2013.** En la etapa de ejecución de sentencia, el Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional, expide la Resolución N.º 23, que declara cumplido el mandato al CNM, sujetándose de manera estricta a lo dispuesto por el TC (fojas 869). Dicho Juzgado, además, “ordena la conclusión del proceso y por tanto su archivo definitivo”.
- **30 de enero de 2013.** El demandante Mateo Grimaldo Castañeda Segovia, interpone recurso de apelación por salto contra la Resolución N.º 23, del 21 de enero de 2013, solicitando que se ordene al CNM realizar una nueva votación, cumpliendo con las pautas de debida motivación dictadas, en general, por el Tribunal Constitucional.
- **9 de setiembre de 2013.** En la etapa de ejecución de sentencia, el Tribunal Constitucional, en mayoría (magistrados Mesía Ramírez, Eto Cruz y Álvarez Miranda), y con votos singulares (magistrado Urviola Hani y Calle Hayen), declara fundado el recurso de apelación por salto presentado por el demandante, y ordena al CNM, que proceda a nombrar, “entre los postulantes que quedan en carrera, esto es, don Mateo Grimaldo Castañeda Segovia o don César José Hinostroza Pariachi, a aquel que corresponda desempeñarse como Fiscal Supremo”.
- **30 de abril de 2014.** En la etapa de ejecución de sentencia, el Tribunal Constitucional (magistrados Mesía Ramírez, Eto Cruz y Álvarez Miranda) declara fundado un segundo recurso de apelación por salto planteado por el demandante y, entre otros extremos, nombra a Mateo Grimaldo Castañeda Segovia como Fiscal Supremo.
- **8 de mayo de 2014.** En la etapa de ejecución de sentencia, el Tribunal Constitucional (magistrados Mesía Ramírez, Eto Cruz y Álvarez Miranda), declara fundado en parte el pedido de nulidad del CNM, dejando sin efecto el nombramiento de Mateo Grimaldo Castañeda Segovia como Fiscal Supremo, entre otros extremos. Asimismo, declara fundado el recurso de apelación por salto planteado por el demandante y ordena que el CNM nombre a Mateo Grimaldo Castañeda Segovia como Fiscal Supremo, entre otros extremos.
- **12, 19 y 21 de mayo de 2014.** Se plantean ante el Tribunal Constitucional los pedidos de nulidad de autos, de los cuales sólo el pedido del Procurador Público a cargo del CNM ha sido considerado como recurso de reposición.
- **21 de mayo de 2014.** Son elegidos magistrados del Tribunal Constitucional los doctores Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de

Taboada, Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera, quienes junto con el Presidente Urviola Hani, conforman el nuevo Pleno del Tribunal Constitucional. Los nuevos magistrados asumieron funciones el 3 de junio de 2014.

§3. Primacía de la Constitución, adecuación de las formalidades y justificación de un pronunciamiento de carácter excepcional

5. De la revisión de lo solicitado por el Procurador Público del CNM, cabe destacar que no solo se cuestiona la resolución del 8 de mayo de 2014, sino también anteriores actuaciones del Tribunal Constitucional, expedidas en la etapa de ejecución de sentencia, en la medida que la expresión “nuevamente” (fojas 312, 327 y 341 del Cuaderno del Tribunal Constitucional), alude a que anteriormente se han producido otros “vicios insalvables” que violan las competencias constitucionales del CNM. Por tanto, el pedido de “nulidad de pleno derecho”, entendido como recurso de reposición, formulado por el Procurador Público del CNM, si bien se dirige expresamente a que se declare la nulidad de la resolución del 8 de mayo de 2014 (que ordena al CNM nombrar a Mateo Grimaldo Castañeda Segovia como Fiscal Supremo), cabe asumir, en aplicación del principio de *suplencia de queja deficiente*, que se dirige también contra anteriores decisiones del Tribunal Constitucional vinculadas a esta materia; las emitidas a partir de aquella del 9 de setiembre de 2013 (que ordena al CNM nombrar a Mateo Grimaldo Castañeda Segovia o a César José Hinostroza Pariachi como Fiscal Supremo), puesto que, del referido pedido y de los reiterados cuestionamientos realizados por el CNM en dicha etapa de ejecución de sentencia, se desprende el mismo cuestionamiento: que el Tribunal Constitucional invadió las competencias constitucionales del Consejo Nacional de la Magistratura.
6. Teniendo en cuenta lo expuesto, el Tribunal Constitucional estima que su pronunciamiento no sólo debe circunscribirse al examen de la resolución de fecha 8 de mayo de 2014, sino que además debe extenderse al de todas aquellas decisiones que a partir de la decisión de fecha 9 de setiembre de 2013, se hayan dictado, según lo cuestionado por el Procurador Público del CNM, en contravención de la sentencia definitiva del Tribunal Constitucional de fecha 16 de enero de 2012, que tiene la calidad de cosa juzgada, así como de las competencias constitucionales del CNM. Al respecto, cabe precisar que el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional establece que el Tribunal Constitucional debe “adecuar la exigencia de las formalidades previstas en [dicho] Código al logro de los fines de los procesos constitucionales”. A su vez, el artículo II prevé que “son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la primacía

de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales”. En el presente caso, el Procurador Público del CNM, cuestiona que el Tribunal Constitucional, en la etapa de ejecución de una sentencia definitiva con autoridad de cosa juzgada, ha expedido decisiones que no sólo desconocen dicha cosa juzgada sino que además, asumiendo competencias constitucionales del CNM, ha obligado al CNM a nombrar e incluso ha nombrado al demandante Mateo Grimaldo Castañeda Segovia como Fiscal Supremo. Ello constituye un supuesto que justifica un pronunciamiento excepcional del Pleno del Tribunal Constitucional en el que se examinen los aludidos cuestionamientos a efectos de garantizar la primacía de la Constitución.

7. En tal sentido, son cuatro los puntos que deben dilucidarse en el presente caso: i) la competencia del Pleno del Tribunal Constitucional en la etapa de ejecución de sentencia; ii) si las decisiones de fechas 9 de setiembre de 2013, 30 de abril y 8 de mayo de 2014 del Tribunal Constitucional, entre otras, vulneran la cosa juzgada establecida en la sentencia definitiva de fecha 16 de enero de 2012; iii) si el Consejo Nacional de la Magistratura ha cumplido con lo dispuesto en dicha sentencia definitiva; y iv) los límites del juez constitucional en el control de las decisiones del Consejo Nacional de la Magistratura.

719

§4. Sobre la competencia del Pleno del Tribunal Constitucional en la etapa de ejecución de sentencia

8. Mediante Resoluciones Legislativas N.º 005-2013-2014, 006-2013-2014, 007-2013-2014, 008-2013-2014, 009-2013-2014 y 010-2013-2014, publicadas en el diario oficial *El Peruano* con fecha 22 de mayo de 2014, el Congreso de la República da cuenta de que en sesión plenaria del 21 de mayo de 2014 ha elegido a don Ernesto Jorge Blume Fortini, don Eloy Andrés Espinosa-Saldaña Barrera, doña Marianella Leonor Ledesma Narváez, don Manuel Jesús Miranda Canales, don Carlos Augusto Ramos Núñez y don José Luis Sardón de Taboada, magistrados del Tribunal Constitucional.
9. Con la incorporación de los nuevos magistrados, el Pleno del Tribunal Constitucional, así como sus respectivas Salas, asumieron la competencia para conocer todos los procesos pendientes de resolver. En el caso de autos, tratándose del cuestionamiento de decisiones del Tribunal Constitucional expedidas como consecuencia de la tramitación del recurso de apelación por salto es de aplicación el segundo párrafo del artículo 29-A del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional, que establece lo siguiente: “(...) Todos estos expedientes [de apelación por salto, recurso de agravio a favor del cumplimiento de sentencias del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial y actos homogéneos] son resueltos por los

mismos magistrados que intervinieron en la sentencia. Si algún magistrado ya no se encuentra en el Tribunal Constitucional, se completa con los Magistrados del Colegiado que previno (Pleno, Sala 1 o Sala 2), de menor a mayor antigüedad y al final se llama al Presidente de la Sala o del Pleno” [resaltado agregado].

10. Cuando dicha disposición reglamentaria establece, entre otros supuestos, que el recurso de apelación por salto debe ser resuelto por los mismos magistrados que intervinieron en la sentencia, debe entenderse que dicha sentencia alude a la **sentencia definitiva, con calidad de cosa juzgada**. En el presente caso, dicha sentencia definitiva es aquella expedida por el Pleno del Tribunal Constitucional con fecha 16 de enero de 2012 (Expediente N.º 04944-2011-PA/TC), que declaró fundada la demanda y ordenó al CNM emitir un nuevo acuerdo debidamente motivado. Por tanto, teniendo en cuenta que en el caso de autos se examinarán decisiones del Tribunal Constitucional que responden al recurso de apelación por salto, el nuevo Pleno del Tribunal Constitucional es competente para asumir conocimiento.

§5. La sentencia definitiva con autoridad de cosa juzgada como parámetro y límite de la etapa de ejecución de sentencia

720

11. El inciso 2) del artículo 139º de la Constitución establece el principio de que no debe dejarse sin efecto resoluciones que han adquirido la autoridad de cosa juzgada. En los términos de dicho precepto constitucional,

Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 2) La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional. Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. *Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada*, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución (...) [resaltado agregado].

12. Dicha disposición constitucional debe interpretarse, por efectos del principio de unidad de la Constitución, de conformidad con el inciso 13) del mismo artículo 139º de la Constitución, que prevé “la prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada. La amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de cosa juzgada”.
13. En reiterada jurisprudencia, el Tribunal Constitucional ha establecido los elementos principales que configuran la garantía de la cosa juzgada. Así, en el Expediente N.º 04587-2004-AA/TC FJ 38, sostuvo que “mediante el derecho a que se respete una resolución que ha adquirido la autoridad de cosa juzgada se garantiza el derecho de todo justiciable, en primer lugar, a que las resoluciones

que hayan puesto fin al proceso judicial no puedan ser recurridas mediante medios impugnatorios, ya sea porque estos han sido agotados o porque ha transcurrido el plazo para impugnarla; y, en segundo lugar, a que el contenido de las resoluciones que hayan adquirido tal condición, no pueda ser dejado sin efecto ni modificado, sea por actos de otros poderes públicos, de terceros o, incluso, de los mismos órganos jurisdiccionales que resolvieron el caso en el que se dictó” . (resaltado agregado).

14. Asimismo, el Tribunal Constitucional ha sostenido que “el derecho a la tutela jurisdiccional (...) garantiza, entre otros aspectos, que una sentencia con calidad de cosa juzgada sea cumplida en sus términos. Como consecuencia de ello, se desprende, por un lado, un mandato de que las autoridades cumplan lo ordenado o declarado en ella en sus propios términos y, por otro, una prohibición de que cualquier autoridad, incluida la jurisdiccional, deje sin efecto las sentencias y, en general, resoluciones que ostentan la calidad de cosa juzgada (art. 139º, inc. 2, Const.). Esto último resulta relevante en el caso ya que ello implica que si un juez deja sin efecto una sentencia con calidad de cosa juzgada se habrá afectado el derecho a la tutela jurisdiccional de la persona, cuya pretensión dicha sentencia ha estimado” [Exp. N.º 01569-2006-PA/TC FJ 4].
15. Por otra parte, el derecho a la efectiva ejecución de las resoluciones judiciales, exigible en la etapa de ejecución de sentencia, constituye la materialización de la tutela jurisdiccional del Estado respecto de aquello que ha sido definido en una sentencia con la calidad de cosa juzgada. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha establecido que el derecho a la efectiva ejecución de las resoluciones judiciales, “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” (Exp. N.º 00015-2001-AI/TC FJ 12)
16. La etapa de ejecución de sentencia definitiva no puede convertirse en sede de un nuevo proceso que modifique o anule los efectos de tal sentencia, precisamente porque desnaturalizaría su finalidad de cumplimiento de lo ya decidido en una sentencia firme, concluyente y definitiva, que por ello tiene la calidad de cosa juzgada. En dicha ejecución de sentencia, tanto los respectivos jueces como el Tribunal Constitucional tienen la obligación especial de proteger y efectivizar lo decidido en la sentencia definitiva, sin que puedan, en ningún caso, reducir, modificar o aumentar los efectos de lo decidido, incorporar nuevas pretensiones o valoraciones que no fueron objeto de debate en el proceso principal que dio origen a la sentencia definitiva, y menos aún, resolver conforme a su moral subjetiva.

17. En el presente caso, la sentencia definitiva con calidad de cosa juzgada, es aquella expedida por el Pleno del Tribunal Constitucional con fecha 16 de enero de 2012, en la que se resuelve declarar fundada la demanda por haberse acreditado la violación de los derechos al debido proceso y a la motivación de las resoluciones previstos por los incisos 3) y 5) del artículo 139° de la Constitución Política del Perú; y ordena al CNM “emitir un nuevo acuerdo debidamente motivado lo que supone, evidentemente, que sus miembros previamente vuelvan a votar su decisión”. Dicha sentencia definitiva, que ordenaba al CNM una nueva motivación, es la que, una vez en etapa de ejecución de sentencia, debía ser cumplida y ejecutada “en sus propios términos” tanto por los jueces de ejecución como por el Tribunal Constitucional al ser sometida a su conocimiento, sin que haya podido ser desnaturalizada, ni modificada. Sin embargo, el Tribunal Constitucional, con fecha 9 de setiembre de 2013, resolviendo el recurso de apelación por salto interpuesto por el demandante, ordenó al CNM que nombre a Mateo Grimaldo Castañeda Segovia o a César José Hinostroza Pariachi, como Fiscal Supremo, y a partir de tal decisión expidió otros pronunciamientos como el de fecha 8 de mayo de 2014, mediante el cual ordenó al CNM que nombre a Mateo Grimaldo Castañeda Segovia como Fiscal Supremo, entre otros extremos.

722

18. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional considera que los pronunciamientos expedidos a partir de la decisión de fecha 9 de setiembre de 2013 (que ordena al CNM nombrar a Mateo Grimaldo Castañeda Segovia o a César José Hinostroza Pariachi como Fiscal Supremo), incluidos el de fecha 30 de abril de 2014 (que nombra a Mateo Grimaldo Castañeda Segovia como Fiscal Supremo) –que ya fue declarada nula en autos–; y el del 8 de mayo de 2014 (que ordena al CNM nombrar a Mateo Grimaldo Castañeda Segovia como Fiscal Supremo), desnaturalizan la sentencia definitiva del Tribunal Constitucional de fecha 16 de enero de 2012 y con ello, afectan la garantía de cosa juzgada que la revestía, pues dicha sentencia tan sólo ordenaba al CNM una nueva motivación. Por tanto, debe declararse fundado el recurso de reposición de autos; y en consecuencia, declarar la nulidad de todo lo actuado a partir de la decisión del Tribunal Constitucional de fecha 9 de setiembre de 2013, incluida la del 8 de mayo de 2014, expedidas en la etapa de ejecución de sentencia, por contener evidentes afectaciones a la cosa juzgada. Es necesario precisar que, al margen de que se puedan autodenominar “sentencias”, decisiones como la del 9 de setiembre de 2013, constituyen en realidad “autos” que resuelven incidencias en la etapa de ejecución de sentencia.

19. A este respecto, cabe precisar que los actos procesales se califican no por los nombres que les atribuyan, sino por el contenido o esencia de la situación jurídica que regulan. Así por ejemplo, cuando el artículo 59° del Código Procesal

Constitucional, menciona la expresión “sentencia ampliatoria”, es claro que con independencia de dicha nominación, el respectivo acto procesal es en su esencia un “auto”, pues regula una incidencia en la cual el juez, en etapa de ejecución de una sentencia definitiva, debe sustituir la omisión de un funcionario público de modo que se cumpla lo decidido en dicha sentencia definitiva. Por ello, a efectos de uniformizar la nomenclatura del Código Procesal Constitucional, cuando éste haga referencia a la denominada “sentencia ampliatoria”, expedida en la etapa de ejecución de una sentencia definitiva, con calidad de cosa juzgada, debe entenderse que dicha “sentencia ampliatoria” constituye en la teoría procesal una “sentencia incidental”, cuya naturaleza o esencia es la de un “auto”. En el presente caso, la decisión del Tribunal Constitucional de fecha 9 de setiembre de 2013, que se autodenomina “sentencia” y que ordena al CNM nombrar al postulante Mateo Grimaldo Castañeda Segovia o a César José Hinojosa Pariachi como Fiscal Supremo, o aquella decisión de fecha 30 de abril de 2014, que se autodenomina “sentencia” y que nombra a Mateo Grimaldo Castañeda Segovia como Fiscal Supremo, ambas dictadas en la etapa de ejecución de una sentencia definitiva, constituyen inequívocamente “autos”, toda vez que resuelven incidencias (recursos de apelación por salto) presentadas en dicha etapa.

20. Finalmente, más allá de que decisiones tales como la del 9 de setiembre de 2013, deben ser declarada nulas por contener evidentes afectaciones a la cosa juzgada de la sentencia definitiva del Tribunal Constitucional de fecha 16 de enero de 2012, cabe precisar que su autodenominación de “sentencia” resulta impertinente en la medida que conforme al artículo 59° del Código Procesal Constitucional, la aludida “sentencia ampliatoria” debe dictarse para sustituir la “omisión del funcionario” encargado de cumplir la sentencia definitiva. Ello no es lo que ha sucedido en el caso del CNM, en razón de que precisamente éste había cumplido con lo dispuesto por el Tribunal Constitucional en la referida sentencia del 16 de enero de 2012, tanto es que el Quinto Juzgado Constitucional, mediante resolución del 21 de enero de 2013 (fojas 1059) declaró cumplido dicho mandato. Es contra dicha resolución que el demandante interpuso el recurso de apelación por salto que se resolvió mediante la cuestionada decisión del 9 de setiembre de 2013.

723

§6. La motivación del CNM y la verificación del cumplimiento de la sentencia definitiva con calidad de cosa juzgada

21. Teniendo en cuenta la nulidad resuelta respecto de todo lo actuado a partir de la decisión del Tribunal Constitucional de fecha 9 de setiembre de 2013, corresponde resolver el recurso de apelación por salto interpuesto por el demandante Mateo Grimaldo Castañeda Segovia contra la Resolución N.º 23, de fecha 21 de

enero de 2013, expedida por el Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima, que declaró cumplido el mandato ordenado en la Resolución N.º 13, y dispuso su conclusión y archivo definitivo.

22. Al respecto, cabe mencionar que de fojas 899 a 908, obra el Acta de la Sesión Plenaria Extraordinaria del CNM, de fecha 29 de noviembre de 2012. Esa acta, entre otros extremos, contiene el Acuerdo N.º 1615-2012, que resuelve no nombrar a Mateo Grimaldo Castañeda Segovia, como Fiscal Supremo del Ministerio Público, por no haber alcanzado el voto conforme de los dos tercios del número legal de miembros del CNM, de conformidad con el artículo 154º inciso 1) de la Constitución. Tal acta del CNM establece lo siguiente:

A continuación se procedió a votar por el siguiente postulante:

MATEO GRIMALDO CASTAÑEDA SEGOVIA

Por su nombramiento, votaron los señores Consejeros Vladimir Paz de la Barra, Luz Marina Guzmán Díaz y Pablo Talavera Elguera. Por el no nombramiento: votaron los señores Consejeros Gastón Soto Vallenas, Luis Maezono Yamashita. Gonzalo García Núñez. Máximo Herrera.

Los señores Consejeros que suscribimos el presente voto, emitimos el mismo en cumplimiento de la Resolución número trece, de fecha 17 de agosto de 2012, expedida por el señor Juez del Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima en el Expediente N.º 09316-2011, por la cual se resolvió declarare nula la Sesión N.º 2202 del Pleno del CNM de fecha 8 de junio de 2012 y, asimismo, ordenó emitir un nuevo pronunciamiento con estricta sujeción a lo dispuesto por el Tribunal Constitucional (TC) en su sentencia de fecha 16 de enero de 2012. (...)

A. Evaluación de la idoneidad:

- a. En el transcurso de la entrevista se dieron dos situaciones en las que se esperaba que el postulante vertiera en sus respuestas la experiencia vivida en el Ministerio Público, reflejando sus conocimientos en el sistema y brindando su opinión sustentada en las funciones de dicha Institución.
- b. Es así que se le preguntó su opinión, respecto de las decisiones emitidas por el Ministerio Público y que podrían resultar injustas, y qué haría como Fiscal Supremo. Al respecto, el postulante señaló que la medida inmediata era interactuar directamente con los Fiscales, dado que el tema de justicia no es un tema de leyes sino de hombres.

- c. Tales respuestas fueron de carácter genérico, sin exponer con profundidad sus conocimientos sobre la realidad de una institución a la cual perteneció por más de 25 años, así como sus propuestas para mejorar la actuación de la institución a la cual postula; incluso en el ámbito de sus actividades internas de gestión.
- d. De otro lado, se la preguntó sobre las acciones que podría tomar el Ministerio Público, en casos como el VRAE, y qué medidas se deberían adoptar; siendo que, al responder, sólo aludió a la posibilidad de que los investigados o procesados se acojan a la colaboración eficaz, así como eventuales soluciones de carácter legislativo.
- e. Al preguntársele sobre si habría otras acciones afirmó que, como jurista proponía cambios legislativos; argumentos que, para los votantes resultan insuficientes atendiendo a que se esperaba, con sus respuestas, identificar su conocimiento de los conflictos sociales o de la realidad nacional. Lo que no se produjo.
- f. Estas situaciones inciden en que no se genera convicción por parte de los Consejeros, para decidir afirmativamente para el nombramiento, en orden al cumplimiento de las exigencias funcionales de la Ley de Carrera Judicial, aplicable también al Ministerio Público, de conformidad con el artículo 158.º de la Constitución Política.
- g. Sin embargo, el Juzgado de ejecución sí ha cuestionado los argumentos expuestos en la votación de fecha 8 de junio del presente año, relativos al rubro conducta, donde se hace referencia al fallo emitido por la Segunda Sala Especializada en lo Penal para procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia en el caso Business Track, cuestionamientos que pasamos a reseñar:
 - a) Que se analizó un hecho posterior a la elaboración del cuadro de méritos, por cuanto el fallo penal aludido es de fecha 23 de marzo de 2012;
 - b) Que el hecho resaltado en dicha sentencia, no fue ventilado como una denuncia interpuesta contra el actor, además que no fue puesto en su conocimiento para que efectúe su descargo, por lo que fue un error respaldar la decisión en este hecho;
 - c) Que, lo anterior afecta el derecho del postulante a la presunción de inocencia, ya que no existe resolución judicial que lo encuentre responsable sobre lo que se le acusa o por lo menos que se le haya iniciado algún proceso penal o administrativo por dicho hecho;

- d) Que, adicionalmente, los cuatro Consejeros que votaron en contra del nombramiento del postulante Castañeda Segovia no han definido lo que entienden por “estándar de conducta irreprochable” y “como los hechos que alegan se encuentran dentro de tal concepto indeterminado”.

En consecuencia, a continuación se procederá a fundamentar la razón esgrimida anteriormente, relativa al aspecto conductual, subsanando las atingencias anteriormente mencionadas:

B. Evaluación de la conducta:

Los Consejeros que suscriben, asimismo, votan en el sentido de no elegir al postulante Mateo Castañeda Segovia en el cargo de Fiscal Supremo, por la situación derivada del tratamiento judicial del caso denominado “Business Track”, por las consideraciones que se exponen a continuación:

- a. El fallo emitido por el Tribunal Constitucional, en virtud del cual se dispuso que el Consejo Nacional de la Magistratura (CNM) vuelva a votar para determinar si se elige o no al postulante Mateo Castañeda Segovia en el cargo de Fiscal Supremo, se sustentó en el hecho que la motivación anteriormente expresada, no fue considerada como suficiente, por lo que en esta ocasión se expresa con mayor claridad las razones por las cuáles los Consejeros que suscriben votan en contra de la elección del citado postulante al cargo en mención, en salvaguarda del deber de la debida motivación.
- b. Al respecto, cabe destacar que durante la entrevista a la que fue sometido el postulante Castañeda Segovia, entre otros, se le preguntó sobre un cuestionamiento ciudadano a su participación en el denominado caso “Business Track”, de amplia difusión pública.
- c. Sobre el precitado proceso judicial, que motivó el cuestionamiento en mención, debe destacarse que, con fecha 23 de marzo de 2012, la Segunda Sala Especializada en lo Penal para procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima ha emitido la sentencia recaída en el Expediente N.º99-09 (527-09), correspondiente a dicho caso.
- d. En el fallo, la Sala en mención señaló expresamente que de los debates orales desarrollados en dicho proceso judicial, aparecieron indicios suficientes o elementos de juicio reveladores de la probable comisión de un hecho delictivo (sospecha razonable) por parte de terceras personas

no comprendidas o no acusadas en el mismo, entre las que se incluye al postulante Mateo Castañeda Segovia.

- e. Por la razón antes referida, en el mismo fallo, la Sala dispuso que se remitan copias al Ministerio Público para que, en ejercicio de sus atribuciones, desarrolle las investigaciones pertinentes respecto de diversas personas, entre ellas el postulante Castañeda Segovia.
- f. Con fecha 31.10.12, el propio postulante Castañeda Segovia adjunta al CNM copia de la sentencia emitida en el mismo caso por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, fallo de fecha 14.09.12 donde corrige la parte resolutive de la sentencia condenatoria antes aludida en el extremo que ordenaba remitir las copias pertinentes al Ministerio Público, para la investigación de diversas personas, entre ellas el mencionado postulante.
- g. Sobre esta situación, el postulante Castañeda Segovia manifiesta que el fallo en mención acredita que ha desaparecido el cuestionamiento que se le formuló por los “dichos” de algunos acusados del caso BTR, lo que solicita se tenga presente en la nueva votación.
- h. Es decir, lo anterior denota que el postulante en mención expresa su conformidad con la evaluación de dicho dato, del cual se da por enterado y formulando como descargo la situación anteriormente anotada, solicitando que se tenga presente en la nueva votación con lo cual queda levantada la observación sobre dicho particular formulada por el señor Juez de Ejecución.
- i. Respecto de la atingencia relativa a que el hecho materia de descargo es posterior a la emisión del cuadro de mérito, además de lo expuesto anteriormente, se debe considerar que aun tratándose de un hecho posterior el mismo reviste especial relevancia, atendiendo a que se trata de un caso jurídica y socialmente relevante que es de conocimiento público y que por ende no puede ser soslayado al momento de efectuarse esta nueva votación, máxime si el propio postulante, como ya se ha indicado anteriormente, ha solicitado que en este nuevo acto de votación se tenga presente la ejecutoria suprema en mención.
- j. Sin embargo, evaluado el descargo en mención, apreciamos que en la ejecutoria suprema adjuntada por el propio postulante no es que se haya resuelto excluir a ninguna de las personas mencionadas en el fallo anterior, entre ellas el postulante, de una posible investigación,

sino que se limita a indicar que esta posibilidad de investigación debe seguir el procedimiento regular precisado en la propia ejecutoria, cual es el consignado en el segundo párrafo del artículo 265.º del Código de Procedimientos Penales.

- k. Es decir, se dispone que la Segunda Sala Especializada en lo Penal para procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima expida copias del proceso respectivo con las piezas pertinentes para elevarlo en consulta al Fiscal Supremo que corresponda, a efectos de que este sea quien disponga o no la apertura de instrucción.
- l. Como se ha manifestado en la anterior votación, lo dispuesto por la Segunda Sala Especializada en lo Penal para procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima y más recientemente por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, en relación al postulante Castañeda Segovia y al caso Business Track, no enerva su derecho a la presunción de inocencia, reconocido en el inciso e) del numeral 24, del artículo 2.º de la Constitución Política; sin embargo, no es menos cierto que ésta constituye una situación jurídica que debe ser ponderada por el CNM, atendiendo a la naturaleza del cargo al cual se postula, a los fines del Ministerio Público y al propio fortalecimiento de dicha institución.
- m. Es decir, en momento alguno se está enervando dicha presunción de inocencia, pues como señala el Juez de ejecución no existe resolución judicial que lo encuentre responsable sobre lo que se le acusa o por lo menos que se le haya iniciado algún proceso penal o administrativo por dicho hecho. Sin embargo, como también se expuso en la anterior votación, dada la trascendencia del caso en mención y de la postulación en sí misma a un cargo como lo es el de Fiscal Supremo, es de vital importancia evaluar, si el hecho expuesto incide o no sustancialmente en el proceso de nombramiento en mención.
- n. Es decir, debe analizarse si dicha situación jurídica puede constituir, en términos razonables, una situación especial a ser considerada a la luz de la normatividad aplicable al caso, considerando que uno de los requisitos para acceder al cargo es el de observar una conducta irreprochable, como fluye del Artículo IV del Título Preliminar e inciso 8) del artículo 2.º de la Ley de Carrera Judicial, de aplicación también al caso del nombramiento de fiscales, de conformidad con el artículo 158.º de la Constitución Política.

- o. La conducta irreprochable, como estándar cuya precisión solicita el Juez de Ejecución, debe entenderse no sólo literalmente, como una conducta libre de toda posibilidad de cuestionamiento por la ausencia de condenas o sanciones penales o administrativas o de evidencias objetivamente irrefutables de comportamientos contrarios a la moral o las buenas costumbres, sino que en el caso de la elección de un magistrado especialmente de uno de la máxima jerarquía, sea en el Ministerio Público o Poder Judicial, debe entenderse también como una situación de ausencia de cuestionamientos relevantes en el proceso de esclarecimiento, por cuanto sobre dicha elección reposarán las apreciaciones de toda la colectividad, que estará atenta a que se elija a una persona cuya actuación no pueda verse deslegitimada por cuestionamientos graves.
- p. Al respecto, es importante tener presente que el artículo primero de la Ley Orgánica del Ministerio Público prescribe textualmente lo siguiente:
- q. Artículo 1.- Función
- r. “El Ministerio Público es el organismo autónomo del Estado que tiene como funciones principales la defensa de la legalidad, los derechos ciudadanos y los intereses públicos, la representación de la sociedad en juicio, para los efectos de defender a la familia, a los menores e incapaces y el interés social, así como para velar por la moral pública; la persecución del delito y la reparación civil. También velará por la prevención del delito dentro de las limitaciones que resultan de la presente ley y por la independencia de los órganos judiciales y la recta administración de justicia y los demás que le señalan al Constitución Política del Perú y el ordenamiento jurídico de la Nación”.
- s. En este orden de ideas, considerando los fines del Ministerio Público, previstos en su Ley Orgánica, cabe preguntarse si elegir como Fiscal Supremo a un candidato respecto del cual existe un serio cuestionamiento emanado no de un ciudadano cualquiera, sino de un órgano jurisdiccional, como es una Sala Penal, puede o no incidir en la determinación de si se cumplen o no en su integridad los requisitos para dicho nombramiento o si puede afectar el propósito de fortalecer la institución en mención, constituyendo un obstáculo para la elección de dicho postulante en particular, en tanto no se dilucide tal cuestionamiento jurisdiccional.

- t. Al respecto, consideramos que dicho cuestionamiento jurisdiccional sí merece la especial atención del CNM y constituye, en tanto no sea dilucidado en forma definitiva, un elemento de juicio que no permite, en quienes suscriben ese voto, generarse la convicción y confianza absoluta que debe inspirar todo candidato a juez o fiscal para su elección a un cargo del más alto nivel de la magistratura.
- u. Esto, por cuanto para la elección de un juez o fiscal, sobre todo del más alto nivel de la magistratura, debe tenerse presente también la percepción ciudadana relativa a si dicha elección garantiza o no de forma plena y absoluta, la recta administración de justicia y la seguridad jurídica, más aún si dichos magistrados deben analizar y pronunciarse respecto de los casos de mayor complejidad y alto impacto jurídico, social, económico y político, entre otros; por lo cual, quienes aspiran a ejercer dicha función no pueden encontrarse sujetos a cuestionamientos objetivos y de trascendencia sobre su conducta e idoneidad para desempeñar el cargo, como lo es el que se mantiene vigente en la actualidad, en tanto que el respectivo Fiscal Supremo determine si los hechos mencionados por la Sala Superior en mención ameritan o no apertura de instrucción.
- v. Esta fundamentación se ve corroborada con la denominada Teoría de las Apariencias desarrollada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en los casos Piersack y De Cubber) y aplicada en diversas sentencias por el Tribunal Constitucional, que indica que la actuación de un juez debe excluir toda duda legítima sobre su comportamiento por parte de la sociedad, frente a lo cual, las apariencias pueden revestir importancia.
- w. La situación expuesta, reiteramos, no enerva ni afecta el derecho del postulante Castañeda Segovia a la presunción de inocencia, pero sí afecta e incide, razonable y objetivamente, en la percepción generada por las apariencias que fluyen del cuestionamiento indicado, para generar en los suscritos la pertinencia, oportunidad y corrección de poner su plena confianza para la elección como Fiscal Supremo en una persona sobre la que recae un cuestionamiento jurisdiccional de tal magnitud siendo que los suscritos consideramos que tal situación no nos permite otorgarle, bajo esta situación tal confianza.
- x. Esta confianza es la misma que se requiere y se espera para designar a otros altos funcionarios tales como miembros del TC, Defensoría del

Pueblo, Contraloría General de la República, Directores del Banco Central de Reserva, Ministros de Estado, entre otros, que por cierto, estándar de comportamiento o prestigio que no está en vinculación con el origen de la elección sino con los requerimientos conductuales que se esperan para ocupar tal alto cargo.

- y. En este orden de ideas, el cuestionamiento aludido reviste gravedad, por provenir de un órgano jurisdiccional que se ubica en el nivel previo al de mayor jerarquía jurisdiccional y respecto del cual la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema se ha limitado a disponer que lo canalice conforme a Ley, más no lo ha refutado o eliminado, por lo que consideramos que la situación descrita, en tanto se mantenga pendiente de ser dilucidada, no permite nombrar al postulante Castañeda Segovia en el cargo de Fiscal Supremo.
- z. En tan sentido, el cuestionamiento formulado por el órgano jurisdiccional califica como uno que corresponde con el estándar de comportamiento irreprochable anteriormente mencionado; y el mismo, ponderado en relación a los otros factores de evaluación, llevan a concluir que debe primar el interés público y social de contar con magistrados que no puedan ser cuestionados por situaciones como la descrita, en forma tal que no se ponga razonablemente en tela de juicio su conducta e idoneidad para el ejercicio de la función jurisdiccional, siendo la no elección en el cargo la medida idónea, necesaria y adecuada para preservar el derecho de la colectividad antes anunciado.

731

Por estas consideraciones, los señores Consejeros que suscriben, votan por la no elección del postulante Mateo Castañeda Segovia, para el cargo de Fiscal Supremo.

Con el resultado de la votación, el Pleno de Consejo por mayoría adoptó lo siguiente:

ACUERDO N.º 1615-2012

No nombrar al doctor MATEO GRIMALDO CASTAÑEDA SEGOVIA, como FISCAL SUPREMO DEL MINISTERIO PÚBLICO, al no haber alcanzado el voto conforme de los dos tercios del número legal de los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, de conformidad con el artículo 154.º, inciso 1, de la Constitución Política.

23. Teniendo en cuenta lo resuelto por el CNM en la citada Acta de la Sesión Plenaria Extraordinaria de fecha 29 de noviembre de 2012, mediante la impugnada Resolución N.º 23 de fecha 21 de enero de 2013, expedida en primera instancia por el Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional, se resolvió: “dar por cumplido el mandato ordenado en la resolución 13; y según el estado del proceso: se ordena la conclusión del proceso y por tanto su archivo definitivo”.
24. Sobre el particular, de la revisión de autos, el Tribunal Constitucional, resolviendo el recurso de apelación por salto interpuesto por el demandante contra la aludida Resolución N.º 23, de fecha 21 de enero de 2013, considera que la motivación expresada en el Acta de la Sesión Plenaria Extraordinaria del CNM, de fecha 29 de noviembre de 2012 (Acuerdo N.º 1615-2012), cumple con la exigencia de expresar una justificación razonable y proporcional de su decisión de no nombrar al postulante Mateo Grimaldo Castañeda Segovia como Fiscal Supremo, tal como se evidencia del fundamento 22 de la presente. Dicha exigencia de motivación fue establecida en la sentencia definitiva del Tribunal Constitucional, de fecha 16 de enero de 2012, que, como ya se ha mencionado, tenía la calidad de cosa juzgada. Por tanto, habiéndose cumplido con lo ordenado en la sentencia definitiva, debe declararse el archivo definitivo del proceso.
25. En efecto, analizando dicha Acta de la Sesión Plenaria del CNM, tal como este Tribunal Constitucional ha decidido citarla en su totalidad en el fundamento 22 de la presente, y teniendo en cuenta el tipo de proceso examinado por el CNM (proceso de selección y nombramiento), se aprecia la existencia de los elementos principales que una motivación de un órgano constitucional como el CNM debe expresar para justificar legítimamente sus decisiones: i) una adecuada identificación del objeto de pronunciamiento; ii) motivación interna (lógica); así como los criterios de motivación externa: iii) consistencia; iv) coherencia; v) aceptabilidad de las consecuencias; y vi) universalidad.
- i) *Identificación del objeto de pronunciamiento.* Se menciona claramente que son dos los objetos de pronunciamiento. De un lado, la evaluación de la *idoneidad* del postulante Mateo Grimaldo Castañeda Segovia para el cargo de Fiscal Supremo, y de otro lado, la evaluación de la *conducta* de dicho postulante.
- ii) *Motivación interna (lógica).* Sobre la *idoneidad*: mediante los argumentos A.c, A.e y A.f, los consejeros del CNM que votaron por el no nombramiento del postulante, dejan constancia, entre otros puntos, de que éste dio respuestas genéricas, sin exponer con profundidad sus conocimientos, y además, que dio argumentos insuficientes atendiendo a lo que se esperaba de un postulante al cargo de Fiscal Supremo.

Sobre la *conducta*, mediante los argumentos B.h, B.i, B.j, B.k, B.l, B.m, B.n, B.o, B.r, B.s, B.t, B.u, B.v, B.w, B.x, B.y y B.z), los mencionados consejeros, entre otros puntos, justifican su decisión de no elegir al postulante “por la situación derivada del tratamiento judicial del caso denominado “Business Track”, destacando los siguientes: **B.j** (en la ejecutoria suprema adjuntada por el postulante no se ha resuelto excluir a ninguna persona mencionada en un fallo anterior, “entre ellas el postulante” (sic), respecto de una posible investigación, sino que se limita a indicar que esta posibilidad de investigación debe seguir el procedimiento regular); **B.l** (lo resuelto por la ejecutoria suprema no desconoce el derecho a la presunción de inocencia del postulante, “sin embargo, no es menos cierto que ésta constituye una situación jurídica que debe ser ponderada por el CNM, atendiendo a la naturaleza del cargo al cual se postula, a los fines del Ministerio Público y al propio fortalecimiento de dicha institución”); y **B.o** (“La conducta irreprochable, como estándar cuya precisión solicita el Juez de Ejecución, debe entenderse no sólo literalmente, como una conducta libre de toda posibilidad de cuestionamiento por la ausencia de condenas o sanciones penales o administrativas o de evidencias objetivamente irrefutables de comportamientos contrarios a la moral o las buenas costumbres, sino que en el caso de la elección de un magistrado especialmente de uno de la máxima jerarquía, sea en el Ministerio Público o Poder Judicial, debe entenderse también como una situación de ausencia de cuestionamientos relevantes en el proceso de esclarecimiento, por cuanto sobre dicha elección reposarán las apreciaciones de toda la colectividad, que estará atenta a que se elija a una persona cuya actuación no pueda verse deslegitimada por cuestionamientos graves”).

De lo expuesto, se evidencia la interpretación realizada por el CNM respecto del artículo 154°, inciso 1) de la Constitución, así como del artículo 2° inciso 8 de la Ley N.° 29277, de la Carrera Judicial (punto **B.n**), en el sentido de que uno de los criterios que no permite nombrar a un juez –y extensivamente, a un fiscal– es no poseer “una trayectoria personal éticamente irreprochable” (*premisa normativa*); y que en el caso del postulante Mateo Grimaldo Castañeda Segovia, el CNM ha verificado (punto **B.u**, entre otros) la existencia de “cuestionamientos objetivos y de trascendencia sobre su conducta e idoneidad para desempeñar el cargo” (*premisa fáctica*), por lo que determinó la conclusión lógica de no nombrar a dicho postulante.

- iii) *Consistencia*. Si lo que se evalúa en este punto es la prohibición de utilizar premisas contradictorias, de la revisión conjunta de los argumentos de los consejeros del CNM que votaron por el no nombramiento del postulante

Castañeda, no se evidencia contradicción entre tales argumentos, pues existen criterios uniformes y sostenidos en cuanto a la falta de idoneidad y a la conducta del mencionado postulante.

iv) *Coherencia*. Mediante la coherencia se busca evitar la contradicción axiológica, de modo tal que la interpretación realizada por el órgano constitucional deba ser conforme con los principios constitucionales y valores del sistema jurídico. En el caso del postulante Castañeda, los consejeros del CNM efectuaron una ponderación genérica en el punto **B.z** (“*el cuestionamiento formulado por el órgano jurisdiccional califica como uno que corresponde con el estándar de comportamiento irreprochable anteriormente mencionado; y el mismo, ponderado en relación a los otros factores de evaluación, llevan a concluir que debe primar el interés público y social de contar con magistrados que no puedan ser cuestionados por situaciones como la descrita, en forma tal que no se ponga razonablemente en tela de juicio su conducta e idoneidad para el ejercicio de la función jurisdiccional, siendo la no elección en el cargo la medida idónea, necesaria y adecuada para preservar el derecho de la colectividad antes anunciado*”).

734

v) *Aceptabilidad de las consecuencias*. Se verifica que los argumentos del CNM han evaluado las consecuencias de su decisión con relación a valores como la justicia o el interés público y social. En el punto **B.u** (“*cuanto para la elección de un juez o fiscal, sobre todo del más alto nivel de la magistratura, debe tenerse presente también la percepción ciudadana relativa a si dicha elección garantiza o no de forma plena y absoluta, la recta administración de justicia y la seguridad jurídica, más aún si dichos magistrados deben analizar y pronunciarse respecto de los casos de mayor complejidad y alto impacto jurídico, social, económico y político, entre otros*”).

vi) *Universalidad*. Implica que justificar una decisión debe, por lo menos, formularse una regla que sirva no sólo en un caso concreto sino en cualquier otro que presente las mismas características. En el caso del postulante Castañeda, los consejeros del CNM establecieron una regla universalizable: que los postulantes al cargo de Fiscal Supremo del Ministerio Público, que cuenten con “cuestionamientos objetivos y de trascendencia sobre su conducta e idoneidad para desempeñar el cargo” (sic), no pueden ser nombrados en dichos cargos, en tanto se mantengan dichos cuestionamientos.

26. La *evaluación conjunta* de dichos elementos es indispensable para justificar las decisiones de órganos constitucionales como el CNM, en la medida que permite despejar cualquier apariencia de arbitrariedad, pues, por ejemplo, no bastará ha-

cer una retórica mención de que la decisión busca defender valores como la justicia o el interés público y social, sino que dicha mención debe estar fundamentada en argumentos idóneos y suficientes como los que se sostiene en el presente caso: los argumentos B.h, B.i, B.j, B.k, B.l, B.m, B.n, que llevan a conclusiones como la contenida en el citado punto B.o, según el cual, los postulantes a los cargos más altos del Poder Judicial y del Ministerio Público deben tener una conducta carente de “cuestionamientos relevantes” que afecten las apreciaciones de la colectividad y deslegitimen su actuación en tales altos cargos.

27. Y es que una de las principales orientaciones de los órganos constitucionales, además de la defensa de la dignidad humana como fin supremo de la sociedad y del Estado (artículo 1° de la Constitución), es precisamente la materialización del principio de Estado de Derecho (artículos 3° y 43° de la Constitución), uno de cuyos pilares es el principio de interdicción de la arbitrariedad, que exige, entre otros contenidos, que las decisiones estatales no sean decisiones vagas, caprichosas, superficiales o despóticas. En lo que se refiere al presente caso, conforme al artículo 154° de la Constitución, el CNM decide si nombra o no nombra a un postulante al cargo de juez o fiscal; si ratifica o no ratifica a un juez o fiscal; o si sanciona o no a determinados jueces o fiscales, entre otras competencias. Optar por una u otra alternativa está en su margen de discrecionalidad, pero razonar y justificar su decisión sobre la elección de tal alternativa constituye una inexcusable obligación, no siendo admisible no emitir justificación o ampararse únicamente en su discrecionalidad o en su condición de autoridad.
28. Dicha exigencia de rigurosidad en la justificación del razonamiento tampoco está exenta en todos los ámbitos de la judicatura ordinaria, pues incluso en el caso de los Jueces de Paz, que también forman parte del Sistema Judicial, éstos imparten justicia según su leal saber y entender, y no por ello sus decisiones dejan de ser menos trascendentes para la Administración de Justicia. Este mismo criterio también se ve reproducido en el caso del arbitraje, en el cual también participan los árbitros de conciencia, cuyo referente de solución de la controversia no será la norma jurídica sino otros criterios como la equidad. Éstos de ninguna manera los eximen de ofrecer una justificación razonable y proporcional del asunto objeto de análisis.
29. En suma, el Tribunal Constitucional considera que la mencionada decisión del CNM ha motivado correctamente su decisión de no nombrar al postulante Mateo Grimaldo Castañeda Segovia, siendo tal decisión una que cumple los estándares de motivación exigibles al Consejo Nacional de la Magistratura, tanto por la Norma Fundamental, como por la Ley N.° 29277, de la Carrera Judicial.

Dichos estándares de motivación exigibles al CNM aumentarán, por ejemplo, en los casos de no ratificación de jueces y fiscales, o en aquellos donde se impongan sanciones disciplinarias, pues en tales casos el CNM debe tener acceso a mayores elementos probatorios generados en el respectivo periodo de ratificación o de investigación disciplinaria.

§7. La imposibilidad jurídica de que un juez constitucional pueda asumir la competencia de nombrar fiscales

30. No cabe duda de que una las características principales del Estado Constitucional tiene que ver con el rol predominante de los órganos jurisdiccionales en el ámbito interpretativo de las disposiciones constitucionales. Dicho rol se explica, entre otros factores, en la medida que tales disposiciones contienen, en general, un alto contenido valorativo o amplios grados de indeterminación, lo que exige una importante actividad interpretativa de los jueces y sobre todo las exigencias a éstos de necesarias cargas de argumentación de sus decisiones a efectos de legitimar su autoridad.
31. Sin embargo, estas actividades de interpretación y argumentación no se encuentran exentas de límites, toda vez que dichos órganos jurisdiccionales (Poder Judicial, Tribunal Constitucional, entre otros), son en su esencia poderes constituidos y por tanto supeditados a los mandatos de la Constitución. Precisamente, uno de ellos tiene que ver con el respeto de aquellas competencias exclusivas de los Poderes del Estado, órganos constitucionales o gobiernos regionales y locales.
32. En el caso de autos, la Constitución ha establecido de modo claro y preciso en sus artículos 150° y 154° que el CNM tiene las competencias exclusivas de “selección y (...) nombramiento de los jueces y fiscales, salvo cuando éstos provengan de elección popular”, así como de “1. Nombrar, previo concurso público de méritos y evaluación personal, a los jueces y fiscales de todos los niveles. Dichos nombramientos requieren el voto conforme de los dos tercios del número legal de sus miembros”, entre otras competencias. Como se aprecia, en ningún extremo de dicha disposición constitucional, ni en otra de la Norma Fundamental se posibilita que el nombramiento de jueces o fiscales lo puedan realizar los jueces o el Tribunal Constitucional.
33. Por tanto, cuando el Tribunal Constitucional, en las decisiones de fecha 9 de setiembre de 2013, mediante la cual ordenó al CNM que nombre a Mateo Grimaldo Castañeda Segovia o a César José Hinostroza Pariachi como Fiscal Supremo; de fecha 30 de abril de 2014, que ha nombrado a Mateo Grimaldo Castañeda

Segovia como Fiscal Supremo; o en la de 8 de mayo de 2014, que ha ordenado al CNM nombrar a Mateo Grimaldo Castañeda Segovia como Fiscal Supremo; ha ejercido una competencia exclusiva del Consejo Nacional de la Magistratura que no le corresponde, emitiendo pronunciamientos que no se fundan en algún tipo de cobertura normativa en el sistema constitucional peruano, y que, por ende, no surten ningún tipo de efectos jurídicos.

34. La existencia de un sistema de equilibrio y de distribución de poderes en el sistema constitucional, con todos los matices y exigencias que impone la sociedad, sigue constituyendo, en su idea central, una obligación ineludible en todo Estado Constitucional. La separación de las 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.

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú, y el fundamento de voto del magistrado Urviola Hani, que se agrega,

RESUELVE

737

1. Declarar **FUNDADO** el recurso de reposición interpuesto; y en consecuencia, declarar la **NULIDAD** de todo lo actuado a partir de la decisión del Tribunal Constitucional de fecha 9 de setiembre de 2013, por haberse acreditado la vulneración de la cosa juzgada establecida en la sentencia definitiva del Tribunal Constitucional de fecha 16 de enero de 2012, así como por afectar las competencias exclusivas del Consejo Nacional de la Magistratura (CNM), estatuidas en el artículo 154° inciso 1) de la Constitución.
2. Declarar **INFUNDADO** el recurso de apelación por salto interpuesto por el demandante Mateo Grimaldo Castañeda Segovia con fecha 30 de enero de 2013; y en consecuencia, **CONFIRMAR** lo resuelto en la Resolución N.° 23, de fecha 21 de enero de 2013, expedida por el Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima, que ordena la conclusión de proceso.
3. **DECLARAR** que mediante el Acta de la Sesión Plenaria Extraordinaria de fecha 29 de noviembre de 2012 (Acuerdo N.° 1615-2012), el Consejo Nacional de la Magistratura ha cumplido con motivar de modo suficiente su decisión sobre la postulación de Mateo Grimaldo Castañeda Segovia al cargo de Fiscal Supremo, tal como se ordenó en la sentencia definitiva del Tribunal Constitucional de fecha 16 de enero de 2012; por lo que dispone el archivo definitivo del proceso.

Publíquese y notifíquese.

SS.

URVIOLA HANI

MIRANDA CANALES

BLUME FORTINI

RAMOS NÚÑEZ

SARDÓN DE TABOADA

LEDESMA NARVÁEZ

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

EXP. N.º 00791-2014-PA/TC (EXP. N.º 01044-2013-PA/TC)

LIMA

MATEO GRIMALDO CASTAÑEDA SEGOVIA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO URVIOLA HANI

1. En la decisión del Tribunal Constitucional de fecha 9 de setiembre de 2013, que ordena al Consejo Nacional de la Magistratura (CNM) nombrar a Mateo Grimaldo Castañeda Segovia o a César José Hinostroza Pariachi, en el cargo de Fiscal Supremo –cuya nulidad ha sido declarada en el pronunciamiento de autos–, emití un voto singular oponiéndome a dicha orden de nombramiento toda vez que ésta es una competencia propia del CNM y en ningún caso del Tribunal Constitucional. Así, mis argumentos fueron los siguientes:

27. (...) he aquí las principales razones de mi discrepancia con lo decidido por mis demás colegas magistrados- no encuentro cómo el Tribunal Constitucional pueda ordenar al Consejo Nacional de la Magistratura que proceda a nombrar a don Mateo Grimaldo Castañeda Segovia o a don César José Hinostroza Pariachi, en el concurso convocado por esa entidad el año 2010 en la plaza aún vacante de Fiscal Supremo.

28. Y es que la decisión de nombrar o no a un abogado como magistrado del Poder Judicial o fiscal del Ministerio Público corresponde exclusiva y excluyentemente al (...) CNM conforme a lo expresamente establecido en el numeral 1 del artículo 158º de nuestra Carta Magna. Por ello, el Tribunal Constitucional no puede subrogar al empleado en dicha labor a través de sus pronunciamientos. Hacerlo implica, en mi opinión, arrogarse atribuciones que le son totalmente ajenas.

29. Además, tampoco puede soslayarse que la propia naturaleza de los procesos constitucionales es netamente restitutoria y no declaratoria; por ende, ordenar al Consejo que elija entre tal o cual postulante a un cargo que previamente no ostenta es una situación que contradice nuestra propia jurisprudencia (...).

2. Asimismo, más allá de la contundencia de dichos argumentos, debo mencionar que en aquella oportunidad tuve una opinión distinta en cuanto a la exigencia de motivación del CNM, la misma que justifico en la imperiosa necesidad de que los magistrados de un Colegiado como el Tribunal Constitucional, en la medida que el margen de razonabilidad lo permita, deben ceder en ciertas posiciones individuales cuando con ello se fortalece la decisión conjunta.

S.

URVIOLA HANI

Sentencia 07357-2013-PA/TC

Proceso de amparo interpuesto por Alberto Chinchay Murga. El Tribunal desestimó la demanda en materia de régimen de pensiones para personal militar y policial.

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 17 de setiembre de 2014

Resumen: El Tribunal Constitucional declaró infundada la demanda interpuesta por el recurrente contra diversas normas autoaplicativas referidas a las pensiones del personal militar y policial, alegando la vulneración de su derecho a ostentar una equivalencia en el grado, honores, remuneraciones y pensiones establecido por el artículo 174 de la Constitución, así como sus derechos a la igualdad ante la ley y de propiedad.

El Tribunal concluyó del análisis de las normas jurídicas impugnadas que la diferenciación entre el supuesto de hecho del recurrente y los otros supuestos de hecho que se alegaron como términos de comparación no constituye una distinción subjetiva entre los miembros de un grupo o de otro, sino una que establece una diferencia de trato fundada en bases objetivas y razonables relacionadas con la reforma institucional en la escala de ingresos y en las pensiones de militares y policías.

Respecto a la vulneración del derecho a la propiedad, el Tribunal recordó que la pensión, pese a formar parte del patrimonio de la persona que la percibe, presenta diferencias notables con la propiedad, que se manifiestan en su naturaleza jurídica, en los actos que pueden realizarse, en el modo de transferencia y en su titularidad, y que la pensión no es un derecho real sobre un bien, sino un derecho a percibir un determinado monto de pago periódico derivado del cumplimiento de requisitos legales. En consecuencia, siendo que las normas legales cuestionadas regulan remuneraciones y pensiones y no inciden directamente sobre la propiedad privada del actor, se desestimó también este extremo de la demanda.

Temas Claves: Derecho a la propiedad — derecho a la pensión.

EXP. N.º 07357-2013-PA/TC
LIMA
ALBERTO CHINCHAY MURGA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 16 días del mes de setiembre de 2014, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Urviola Hani, Presidente, Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada, Ledesma Narváez, y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Alberto Chinchay Murga contra la resolución de fojas 165, su fecha 21 de agosto de 2013, expedida por la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró improcedente la demanda.

742

ANTECEDENTES

El recurrente interpone demanda de amparo contra el Poder Ejecutivo con el objeto de que se declaren inaplicables los artículos 6º, 7º, 18º y 19º del Decreto Legislativo N.º 1132, la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N.º 1133 y la Segunda Disposición Complementaria Transitoria de Decreto Supremo N.º 246-2012-EF. Refiere que en su calidad de pensionista del Decreto Ley N.º 19846, por una parte, no le alcanzan las modificaciones establecidas en la nueva estructura de ingresos del personal militar y policial en actividad aprobada por el Decreto Legislativo N.º 1132 –debido a que no se aplica a su pensión el concepto de “remuneración consolidada”–, y, por la otra, le otorgan el irrisorio aumento estipulado en el anexo 4 del Decreto Supremo N.º 246-2012-EF; todo ello, conforme a lo dispuesto en el Decreto Legislativo N.º 1133, por lo que se estaría vulnerando su derecho a ostentar una equivalencia en el grado, honores, remuneraciones y pensiones establecido por el artículo 174º de la Constitución, así como sus derechos a la igualdad ante la ley y de propiedad.

El Octavo Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima, con fecha 13 de marzo de 2013, declara improcedente la demanda por considerar que en el caso concreto

el demandante interpone la demanda contra una ley en abstracto, mas no contra actos concretos de aplicación.

La Quinta Sala Civil de Lima, con fecha 21 de agosto de 2013, confirma la apelada por considerar que las normas cuestionadas no son autoaplicativas, es decir, no tienen eficacia inmediata, pues para ello se requiere de normas reglamentarias posteriores que las implementen.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. El objeto de la demanda es que se declaren inaplicables los artículos 6.º, 7.º, 18.º y 19.º del Decreto Legislativo N.º 1132, que regulan la denominada “remuneración consolidada” y las escalas del personal militar en actividad de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional; ii) la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N.º 1133, que regula específicos supuestos sobre la pensión actual en el régimen del Decreto Ley N.º 19846; y, iii) la Segunda Disposición Complementaria Transitoria de Decreto Supremo N.º 246-2012-EF, que establece determinados incrementos para pensiones. Se alega la vulneración de los artículos 2.º inciso 2, 2.º inciso 16, y 174.º de la Constitución, en cuanto a la igualdad ante la ley, a la propiedad y a la equivalencia entre oficiales de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, respectivamente.

743

Cuestión previa

2. La demanda de autos ha sido rechazada de plano aduciéndose que el proceso de amparo no es la vía idónea para impugnar en abstracto la constitucionalidad de las normas cuestionadas; sin embargo, de la revisión de autos y de las normas impugnadas, se evidencia que éstas tienen carácter autoaplicativo en la medida en que, a partir del 10 de diciembre de 2012, fecha de entrada en vigor de los Decretos Legislativos N.ºs 1132 y 1133, que instauran nuevos sistemas de ingresos y de pensiones para militares y policías, respectivamente, han surtido efectos en la esfera subjetiva de dichas personas, ya sea que se encuentren *en actividad* o que sean pensionistas, como es el caso del demandante.
3. Asimismo, en la demanda se ha sostenido que, al expedir los decretos legislativos cuestionados, el Poder Ejecutivo se ha excedido en la facultad de legislar que le confirió la Ley N.º 29915, publicada el 12 de setiembre de 2012. No obstante, de la revisión del contenido regulado por dichos decretos se aprecia que el Poder Ejecutivo se ha ceñido estrictamente a la facultad conferida (materia delegada en el artículo 2.º6: “reforma del régimen remunerativo y de pensiones del personal

de la Policía Nacional del Perú y las Fuerzas Armadas”), dado que, precisamente, mediante el Decreto Legislativo N.º 1132 aprueba la nueva estructura de ingresos aplicable al personal militar de las Fuerzas Armadas y policial de la Policía Nacional del Perú y, mediante el Decreto Legislativo N.º 1133 reforma el régimen de pensiones estableciendo el ordenamiento definitivo del Régimen de Pensiones del Decreto Ley 19846 y creando el régimen de pensiones del personal militar y policial, al que estará sujeto el personal que, a partir de su entrada en vigor inicie la carrera de oficiales o suboficiales.

4. Por tanto, atendiendo a los principios de celeridad y economía procesal, el Tribunal Constitucional considera que existen suficientes elementos para efectuar un análisis de fondo de la cuestión controvertida en atención a los argumentos esgrimidos en la demanda, más aún si la parte emplazada ha sido notificada del concesorio de medios impugnatorios, lo que implica que su derecho de defensa se encuentra garantizado.

Delimitación del asunto litigioso

5. En el presente caso, la controversia radica en determinar si, en general, un grupo de pensionistas del Decreto Ley N.º 19846, dentro de los que se encuentra el demandante, cuyo retiro se produjo antes del **10 de diciembre de 2012**, fecha de entrada en vigor de los Decretos Legislativos N.º 1132 y 1133 que establecen una nueva estructura de ingresos y de pensiones del personal de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, resulta discriminado en cuanto al *monto que perciben como pensión* respecto de aquel grupo de militares y policías que se encontraban en situación de *actividad* al 10 de diciembre de 2012, pero que han pasado o pasarán al retiro después de dicha fecha bajo el régimen del Decreto Ley N.º 19846, o incluso respecto de aquel grupo de militares o policías *en actividad* a los cuales, a partir del 10 de diciembre de 2012, les resulta aplicable el Decreto Legislativo N.º 1132, que establece el nuevo sistema de ingresos, así como el Decreto Legislativo N.º 1133, que instaura un nuevo sistema pensiones para los que recién inician la carrera.

744

Análisis de la controversia

Sobre la alegada discriminación a un grupo de pensionistas del Decreto Ley N.º 19846

6. El artículo 2.2 de la Constitución reconoce el principio-derecho de igualdad en los siguientes términos:

Toda persona tiene derecho: (...) 2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.

7. En reiterada jurisprudencia, este Tribunal ha precisado que la igualdad, consagrada constitucionalmente, ostenta la doble condición de principio y de derecho subjetivo constitucional [Exp. N.º 0045-2004-AI/TC, FJ 20]. Como principio, constituye el enunciado de un contenido material objetivo que, en tanto componente axiológico del fundamento del ordenamiento constitucional, vincula de modo general y se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico. Como derecho fundamental, constituye el reconocimiento de un auténtico derecho *subjetivo*, esto es, la titularidad de la persona sobre un bien constitucional; la igualdad oponible a un destinatario. Se trata del reconocimiento de un *derecho a no ser discriminado* por razones proscritas por la propia Constitución (origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) o por otras (“motivo” “de cualquier otra índole”) que jurídicamente resulten relevantes.
8. Igualmente, se ha recordado [Exp. N.º 02437-2013-PA/TC, FJ 6] que este derecho no garantiza que todos los seres humanos sean tratados de la misma forma siempre y en todos los casos. Como ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, puesto que “la igualdad y la no discriminación se desprenden de la idea de unidad de dignidad y naturaleza de la persona, es preciso concluir que no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana” [Opinión Consultiva N.º 4/84]. La igualdad jurídica presupone, pues, dar un trato igual a lo que es igual y desigual a lo que no lo es. De modo que se afecta a esta no solo *cuando frente a situaciones sustancialmente iguales se da un trato desigual* [discriminación directa, indirecta o neutral, etc.], sino también *cuando frente a situaciones sustancialmente desiguales se brinda un trato igualitario* [discriminación por indiferenciación].
9. Por otro lado, el artículo 174º de la Constitución establece lo siguiente: “los grados y honores, las remuneraciones y las pensiones inherentes a la jerarquía de oficiales de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional son equivalentes. La ley establece las equivalencias correspondientes al personal militar o policial de carrera que no tiene grado o jerarquía de oficial (...)”.
10. Con el objeto de verificar si en el caso de una determinada persona se ha vulnerado o no el principio-derecho de igualdad –así como el referido artículo 174º–, es indispensable verificar si existe término de comparación válido. A estos efectos, el Tribunal Constitucional ha sostenido [Exp. N.º 00019-2010-PI/TC FJ 13] que “la determinación de si existe o no una intervención al mandato de no discriminación es consecuencia de realizar una comparación entre la medida que se cuestiona y un objeto, sujeto, situación o relación que le sirve de término

de comparación (*tertium comparationis*). La comparación de una medida nunca se realiza consigo misma, sino en relación con un objeto, sujeto, situación o relación distinta, a partir de la cual puede identificarse que a supuestos iguales el legislador ha previsto consecuencias jurídicas distintas”.

Asimismo, es importante destacar que 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 [Exp. N.º 00050-2004-AI/TC y otros, FJ 47].

11. En el presente caso, se debe verificar si el **supuesto de hecho 1**, configurado por la situación del demandante –y su respectivo grupo de militares y policías que perteneciendo al Decreto Ley N.º 19846 pasaron al retiro **antes** del 10 de diciembre de 2012–, es *sustancialmente igual* a aquellos otros dos supuestos de hecho que aparecen como *términos de comparación*: **supuesto de hecho 2**, grupo de militares y policías que se encontraban en situación de *actividad* al 10 de diciembre de 2012, pero que han pasado o pasarán al retiro **después** de dicha fecha, bajo el régimen del Decreto Ley N.º 19846; o incluso al **supuesto de hecho 3**, de los militares o policías *en actividad* que inician la carrera a partir del 10 de diciembre de 2012, conforme a los Decretos Legislativos N.ºs 1132 y 1133.
12. En cuanto al **supuesto de hecho 1**, los pensionistas, como el demandante, siguen cobrando *la pensión y los beneficios adicionales que en la actualidad vienen percibiendo conforme al mencionado Decreto Ley N.º 19846*, tal como lo establece la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N.º 1133.
13. Quienes se encuentran en el **supuesto de hecho 2** perciben la denominada “remuneración consolidada” definida en el artículo 7.º del Decreto Legislativo N.º 1132. Sin embargo, este grupo de pensionistas del Decreto Ley N.º 19846, por haberse encontrado en situación de *actividad* bajo los alcances del Decreto Legislativo N.º 1132, atendiendo a lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 7.º, la Primera, Segunda y Tercera Disposición Complementaria Final del citado Decreto Legislativo, el segundo párrafo del artículo 7.º del Decreto Supremo N.º 013-2013-EF, que aprueba el reglamento del Decreto Legislativo N.º 1132, y los artículos 4º, 5º, y la Tercera Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Supremo N.º 246-2012-EF, perciben además como pensión, a la fecha de pasar a la situación de retiro, el monto que resulte por los siguientes conceptos: **i)** el *monto que corresponde por la bonificación extraordinaria aprobada por el artículo 1º del Decreto de Urgencia N.º 20-2011 y sus normas modificatorias*, otorgada al personal militar y policial en situación de actividad,

desde el grado de suboficiales de Tercera y sus equivalentes hasta el grado de Comandantes y sus equivalentes, que pasa a formar parte de la remuneración consolidada definida en el artículo 7° del Decreto Legislativo N.º 1132, conforme a lo establecido en la Tercera Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N.º 1132, en concordancia con lo ordenado en la Tercera Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Supremo N.º 246-2012-EF; y **ii)** *el monto que corresponde por la “equiparación de las remuneraciones”* de todo el personal militar y policial en situación de actividad, de acuerdo a sus grados equivalentes.

14. En el **supuesto de hecho 3**, no sólo se tiene el nuevo sistema de ingresos de militares y policías, sino además el nuevo sistema de pensiones, aplicable a los que recién ingresan en la carrera. Ello evidencia claramente la inexistencia de identidad sustancial con el supuesto de hecho del demandante, tal como se desprende del artículo 2° del Decreto Legislativo N.º 1133, que establece lo siguiente:

Créase el Régimen de Pensiones del personal militar y policial, el cual está dirigido al personal que a partir de la entrada en vigencia de la presente norma, inicie la carrera de oficiales o suboficiales, según corresponda.

A partir de la vigencia de la presente norma se declara cerrado el régimen de pensiones del Decreto Ley N.º 19846. En consecuencia, no se admiten nuevas incorporaciones o reincorporaciones al citado régimen de pensiones del Decreto Ley N.º 19846.

Declárese que el presente Decreto Legislativo no afecta de modo alguno los derechos y beneficios de personal activo y pensionistas de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú que actualmente pertenezcan al régimen del Decreto Ley N.º 19846, manteniéndose para ellos las mismas condiciones y requisitos establecidos en el citado Decreto Ley y sus normas modificatorias y complementarias.

15. Lo expuesto hasta este punto evidencia que no se ha dado un trato desigual al demandante, en la medida que el supuesto de hecho en el que se encuentra (pensionista del Decreto Ley N.º 19846 que pasó al retiro antes del 10 de diciembre de 2012), es uno diferente de aquellos que considera como términos de comparación. Por tanto, en la medida en que dichos *tertium comparationis* no son adecuados para concluir que las normas aquí impugnadas intervienen en el contenido *prima facie* protegido por el principio-derecho de igualdad jurídica, debe desestimarse la demanda en cuanto a la alegada vulneración a la igualdad y a equivalencia de derecho entre militares y policías.

16. Es importante destacar que tanto el derecho a la igualdad como la equivalencia de derechos de oficiales militares y policiales, establecidos en los artículos 2.º y 174.º de la Constitución, deben ser interpretados de conformidad con el artículo 11.º, que reconoce al derecho fundamental a la pensión como un derecho de configuración legal y, además, con el artículo 103.º de dicho cuerpo normativo, que prevé que “la ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo”.

De la interpretación conjunta de tales disposiciones constitucionales no se desprende el sentido planteado en la demanda (que los “pensionistas” de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional y los “militares y policías en actividad” deban percibir el mismo ingreso mensual), sino más bien que los grados y honores, remuneraciones y pensiones de oficiales de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional deban ser equivalentes siempre y cuando dichos oficiales se encuentren en *situaciones sustancialmente idénticas*, por ejemplo, al momento de dictarse una determinada ley que regule un nuevo sistema de pensiones.

Debe precisarse que, conforme lo ha reiterado el Tribunal Constitucional, interpretando el artículo 11.º de la Norma Fundamental, el derecho a la pensión es un derecho de configuración legal en la medida en que la “ley” constituye la fuente normativa vital para delimitar el contenido directamente protegido por dicho derecho y dotarle de plena eficacia. Por tanto, le corresponde al legislador, sin restringir desproporcionadamente los derechos fundamentales de los pensionistas, optimizar y fortalecer el sistema de pensiones en el ordenamiento jurídico peruano.

748

17. En suma, del análisis de las normas jurídicas impugnadas se aprecia que la diferenciación entre el supuesto de hecho del recurrente y los otros supuestos de hecho que se alegan como términos de comparación, no constituye una distinción *subjetiva* entre los miembros de un grupo o de otro, sino una que establece una diferencia de trato fundada en bases objetivas y razonables relacionadas con la reforma institucional en la escala de ingresos y en las pensiones de militares y policías, realizada a partir del 10 de diciembre de 2012, con *carácter general*, tal como se expone en la Ley N.º 29915, que delega en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar en dichas materias, reforma que, como se ha podido verificar en el presente caso, no vulnera las disposiciones constitucionales que se invocan en la demanda.

Una situación distinta que sí hubiese afectado el derecho a la igualdad ante la ley se presentaría si el término de comparación fuese aquel supuesto de hecho conformado por pensionistas que encontrándose en la misma situación del re-

corriente (pertenecientes al Decreto Ley N.º 19846 y con cese antes del 10 de diciembre de 2012), hubiesen merecido consecuencias jurídicas diferentes por parte de los aludidos decretos legislativos, lo que evidentemente no sólo no se ha sostenido en la demanda, sino que no se encuentra regulado en los decretos legislativos impugnados.

18. Finalmente, respecto a la vulneración del derecho de propiedad del demandante, debe recordarse que este Tribunal en el fundamento 97 de la sentencia recaída en los Expedientes N.ºs 0050-2004-AI, 0051-2004-AI, 0004-2005-AI, 0007-2005-AI, y 0009-2005-AI, ha establecido que la pensión, pese a formar parte del patrimonio de la persona que la percibe, presenta diferencias notables con la propiedad, que se manifiestan en su naturaleza jurídica, en los actos que pueden realizarse, en el modo de transferencia y en su titularidad. Asimismo, ha puntualizado que la pensión no es un derecho real sobre un bien, sino un derecho a percibir un determinado monto de pago periódico derivado del cumplimiento de requisitos legales. El Tribunal ha señalado que la pensión no puede ser objeto de compraventa, permuta, donación o expropiación, y que no se transfiere por autonomía de la voluntad, ni por herencia. En consecuencia, siendo que las normas legales cuestionadas regulan remuneraciones y pensiones y no inciden directamente sobre la propiedad privada del actor, carece de sentido sostener que eventualmente podrían vulnerar su derecho a la propiedad, por lo que dicho cuestionamiento también debe ser desestimado.

749

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

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la demanda al no haberse acreditado la alegada vulneración de derechos fundamentales.

Publíquese y notifíquese.

SS.

URVIOLA HANI

MIRANDA CANALES

BLUME FORTINI

RAMOS NUÑEZ

SARDÓN DE TABOADA

LEDESMA NARVÁEZ

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Sentencia 04577-2012-PA/TC

Proceso de amparo interpuesto por S.A.O.E. representado(a) por Yicela Angélica Egúsquiza Meza. El Tribunal desestimó la demanda sobre derecho a la educación y a la igualdad y no discriminación.

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 29 de octubre del 2014

Resumen: El Tribunal Constitucional rechazó el recurso de agravio constitucional interpuesto por Yicela Angélica Egúsquiza Meza a favor de su menor hijo S.A.O.E. Alegó que se afectó el derecho a la educación de su hijo, así como su derecho a no ser discriminado por razón del estado civil de sus padres, al negársele la inscripción en el Colegio San José Obrero.

751

Respecto al derecho a la educación, el Tribunal manifestó que el menor no contaba con la titularidad del derecho de ser alumno del colegio emplazado sino con un derecho expectatio, por lo que en atención al carácter restitutorio del amparo este extremo de la demanda era improcedente.

No obstante ello, el Tribunal señaló que, en principio, no cabe establecer limitaciones al derecho de acceso a la educación inicial, por lo que, sólo en forma excepcional, cuando el número de postulantes es mayor al número de vacantes, corresponde aplicar criterios de selección o prioridad de ingreso; criterios que en modo alguno deben lesionar el derecho a la educación del niño y cuya aplicación debe desarrollarse en un marco de escrupuloso respeto a los principios de razonabilidad, proporcionalidad e interdicción de la arbitrariedad.

Asimismo, respecto al estado civil de los padres, el Tribunal indicó que el solo pedido de información no constituye un acto discriminatorio en la medida que no se convierta en condición para la admisión del menor. En atención a que no se aportó prueba alguna del trato discriminatorio, y a que quedó acreditado que en el colegio demandado estudian hijos de padres solteros, se declaró infundado este extremo de la demanda.

Temas Claves: Derecho a la educación — derecho a la igualdad y no discriminación.

EXP. N.º 04577-2012-PA/TC

LA LIBERTAD

S. A. O. E. Representado(a) por YICELA ANGÉLICA EGÚSQUIZA MEZA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 15 días del mes de julio de 2014, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Urviola Hani, Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Nuñez, Sardón de Taboada, Ledesma Narváz y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, con los fundamentos de voto de los magistrados Miranda Canales y Espinosa-Saldaña Barrera, y Ledesma Narváz y Ramos Nuñez, que se agregan.

ASUNTO

752

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Yicela Angélica Egúsquiza Meza contra la resolución expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, de fojas 329, su fecha 9 de julio de 2012, que declaró infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 22 de setiembre de 2011, la recurrente interpone demanda de amparo contra el Colegio San José Obrero – Marianistas y la Gerencia Regional de Educación La Libertad – GRELL, solicitando se ordene aceptar la matrícula de su menor hijo, S.A.O.E., en el primer grado de primaria para el año 2012. Alega la afectación del derecho a la educación de su hijo, así como el suyo a no ser discriminada por su condición de madre soltera.

La recurrente manifiesta que desea que su hijo, de cinco años de edad, siga estudios primarios en el colegio emplazado porque tanto sus dos primos hermanos, que viven con él, como casi todos sus amigos estudian en dicho centro educativo; no obstante, señala, se le ha denegado esta matrícula por requisitos de admisión irrazonables y desproporcionados (fojas 87). Asimismo, refiere que el colegio le solicitó que precisara su estado civil, lo cual implicaría un acto discriminatorio, por ser ella madre soltera (fojas 86), y que se le hizo firmar una carta en la que se comprometía a criar a su hijo en la fe católica y en un ambiente familiar.

El colegio contesta la demanda indicando que la recurrente fue informada desde un inicio que, para que su hijo fuera incorporado como alumno de primer grado el año 2012, debía postular y sujetarse al procedimiento de exploración de habilidades y capacidades, y que las vacantes que ofrecía serían cubiertas en estricto orden de mérito, luego del referido procedimiento. Igualmente, el colegio refiere que dichos criterios de admisión no son irrazonables y desproporcionados, ya que son los mismos que exigen otros centros educativos. Añade que el proceso de admisión 2012 concluyó el 19 de julio de 2011, sin que ningún otro padre de familia haya reclamado por la vulneración de algún derecho constitucional, por lo que el presente reclamo proviene de una madre que pretende imponer sus deseos personales, desconociendo el ordenamiento legal vigente.

Por otra parte, el colegio manifiesta que el estado civil de los padres no fue un factor de evaluación para el ingreso de ningún postulante y que la carta de compromiso que ella sostiene haber firmado no es requisito para inscribir a un postulante.

Finalmente, alega que el centro educativo está sujeto a las disposiciones que emite el Ministerio de Educación, cuya supervisión de cumplimiento compete a la Gerencia Regional de La Libertad. Añade que la recurrente omitió acudir a dicha entidad para manifestar su disconformidad con el procedimiento de exploración de habilidades y capacidades en el que participó su menor hijo, por lo que no agotó la vía previa y, consecuentemente, debe declararse la improcedencia de la demanda.

753

La Gerencia Regional de Educación de La Libertad, por su parte, contesta la demanda expresando que pretender conocer el estado civil de la recurrente no atenta contra sus derechos fundamentales, ya que sirve para identificar sobre quién recae la patria potestad del menor y que los datos que obran en la ficha familiar no tienen ninguna injerencia en la determinación de capacidades y habilidades del menor, para el acceso al primer grado de primaria. Asimismo, arguye que su pretensión resulta subjetiva, pues no indica qué normas educativas violarían las características del proceso de evaluación que ella considera excesivas.

El Sexto Juzgado Especializado en lo Civil de La Libertad, con fecha 24 de abril de 2012, declara improcedente la demanda por estimar que no existe vulneración del derecho a la educación ni del derecho a no ser discriminado, y que, en todo caso, el cuestionamiento del resultado del proceso de ingreso, que es lo que en el fondo realiza la recurrente, ha debido hacerse en la vía idónea, a través del proceso contencioso-administrativo.

A su turno, la Sala revisora declaró infundada la demanda por considerar que no se acreditó las vulneraciones alegadas.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

El objeto de la demanda es que se ordene que el emplazado admita como alumno para el primer grado de primaria del año 2012 al menor S.A.O.E., hijo de la recurrente, pues ésta afirma que se denegó su ingreso al referido centro educativo en virtud de unos requisitos irrazonables y desproporcionados que afectan el derecho a la educación de su hijo. También alega que la no admisión de su hijo en el colegio emplazado se debe a que ha sido discriminada por su condición de madre soltera.

En consecuencia, este Tribunal debe dilucidar: (i) si en el caso de autos se ha afectado el derecho a la educación del menor S.A.O.E.; y, (ii) si se ha afectado el derecho a la igualdad, específicamente a no ser discriminado por razón del estado civil de los padres, del menor S.A.O.E. y, correlativamente, del derecho de la recurrente a no ser discriminada por su condición de madre soltera.

Sobre la afectación del derecho a la educación

1. Conforme consta a fojas 83 de autos, la demandante señala que su menor hijo S.A.O.E. postuló en el proceso de admisión abierto por el colegio emplazado para el primer grado de primaria del año 2012; proceso de admisión que concluyó el 19 de julio de 2011 (cfr. anexo de la demanda a fojas 8, vuelta, y fojas 124).
2. El Tribunal hace notar que a la fecha de presentación de la demanda, esto es el 22 de setiembre de 2011 (y más aún al momento de la primera vista de la causa por este Tribunal, el 16 de enero de 2013), el referido proceso de admisión ya había concluido, por lo que la afectación alegada se convirtió en irreparable, produciéndose la sustracción de la materia. Asimismo, este Tribunal ha podido advertir que actualmente, encontrándose el caso bajo su competencia, el niño se encuentra cursando el tercer grado de primaria en otro colegio de la ciudad de Trujillo. De modo que, a la fecha, la pretensión consistente en que se ordene la matrícula del niño en el primer grado de primaria del año 2012, es imposible de ser satisfecha (escrito de fecha 2 de julio de 2014, a fojas 160 del cuaderno del Tribunal Constitucional), por la imposibilidad de reponer las cosas al estado anterior a la alegada violación del derecho a la educación (artículo 1º del Código Procesal Constitucional).
3. Efectivamente, la demanda se interpuso el 22 de setiembre de 2011, habiendo transcurrido hasta la actualidad casi tres años y, en ese tiempo, el no haberse admitido al menor S.A.O.E en el colegio emplazado no ha impedido que éste inicie y culmine satisfactoriamente sus estudios de primer grado en otro centro educa-

tivo durante el año académico 2012, conforme se advierte del “Acta Consolidada de Evaluación Integral del Nivel de Educación Primaria EBR – 2012”, obrante a fojas 147 del cuaderno del Tribunal Constitucional, ni que posteriormente continúe sus estudios de primaria.

4. Por tanto, el Tribunal Constitucional considera que, en el supuesto que fuere fundado el primer extremo de la demanda, los hechos referidos en los puntos precedentes evidencian la imposibilidad de volver las cosas al estado anterior de la alegada afectación, correspondiendo, por tanto, declarar improcedente la demanda en tal extremo, en aplicación de lo dispuesto en el inciso 5) del artículo 5º del Código Procesal Constitucional.
5. Sin perjuicio de lo expuesto, este Tribunal debe anotar, en la línea trazada por la STC 3254-2011-PA/TC, que, en el caso de autos, el menor S.A.O.E. no contaba con la titularidad del derecho de ser alumno del colegio emplazado, sino solo con un derecho *expectatio*: la posibilidad de ser admitido como alumno del primer grado de primaria del año 2012 en el colegio al que postuló. Respecto a esto último, este Tribunal ha señalado que el amparo tiene por finalidad restablecer el ejercicio de un derecho constitucional, por lo que sólo cabe ser planteado si el supuesto afectado es ya titular de un derecho constitucional, toda vez que en el amparo se analiza si el acto reclamado es lesivo o no al ejercicio de un derecho constitucional pre-existente; el artículo 1º del Código Procesal Constitucional establece que su finalidad es reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional.
6. Por tal motivo, la pretensión de que se ordene la inscripción del menor como alumno del primer grado de primaria del colegio emplazado no corresponde ser estimada por este Tribunal, en razón que, como lo manda el precitado artículo 1º del Código Procesal Constitucional, la finalidad del proceso de amparo es una de carácter restitutorio, mas no declarativo. Vale decir, que mediante el amparo no se dilucida la titularidad de un derecho, como sucede en otros procesos, sino que sólo se restablece su ejercicio.
7. En consecuencia, por esta razón adicional, la demanda resulta manifiestamente improcedente en lo que respecta a la alegada afectación del derecho a la educación (cfr. STC 3254-2011-PA/TC, fundamentos 7 y 8).
8. No obstante lo referido en los fundamentos precedentes, este Tribunal debe enfatizar que, en principio, no cabe establecer limitaciones al derecho de acceso a la educación inicial, por lo que, sólo en forma excepcional, cuando el número de postulantes es mayor al número de vacantes, corresponde aplicar criterios de

selección o prioridad de ingreso; criterios que en modo alguno deben lesionar el derecho a la educación del niño y cuya aplicación debe desarrollarse en un marco de escrupuloso respeto a los principios de razonabilidad, proporcionalidad e interdicción de la arbitrariedad.

Sobre la afectación del derecho a la igualdad (artículo 2, inciso 2, de la Constitución)

9. En el caso de autos la accionante ha alegado que el verdadero motivo de la no admisión de su hijo es su condición de madre soltera, lo que sustenta en las exigencias establecidas por el colegio consistentes en la declaración de su estado civil, el requerimiento de las partidas de matrimonio civil y religioso, la suscripción de una carta aclarando su estado civil, el llamado a una entrevista en el área de pastoral del colegio y la suscripción de una carta de compromiso de educar a su hijo en la fe católica.

Así, señala que el colegio emplazado le solicitó que informara de su estado civil: “hasta se nos solicitó que precisemos por escrito nuestro estado civil, lo cual es un acto discriminatorio por ser la recurrente madre soltera” (fojas 86), considerando un acto discriminatorio el solo hecho de que se le haya pedido que indique su estado civil. Sin embargo, se observa que pretende sustentar la discriminación alegada en una mera presunción de que su condición de madre soltera habría determinado la denegatoria de la matrícula de su hijo, pues ella misma afirma: “pareciese que fuese un acto discriminatorio contra mi persona por ser madre soltera, o una represalia de alguien por mi carácter de reclamar lo que es justo” (fojas 88,), revelando que no tiene claro si la negativa de la matrícula de su hijo se debió a un acto de discriminación o a una supuesta represalia por su “carácter de reclamar lo que es justo”.

756

10. Al respecto, este Tribunal debe dejar aclarado que el solo pedido de información sobre el estado civil de los padres de un menor no constituye un acto discriminatorio, en la medida que no se convierta en una condición para la admisión del menor; máxime si se tiene en cuenta que aquella información es pública y de fácil acceso, a través del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil-RENIEC (cfr. Documento Nacional de Identidad de la recurrente, a fojas 1, donde consta que es soltera). Es importante destacar, además, que la existencia de un acto discriminatorio no debe sustentarse en una mera presunción, sino que implica aportar una prueba concreta que demuestre la veracidad de lo alegado.
11. Cabe destacar que la misma exigencia —señalar el estado civil de los padres— fue requerida por el centro educativo emplazado a todos los padres que inscribie-

ron a sus hijos en el proceso de admisión del año 2011 para el primer grado de primaria, incluyendo eventualmente a padres no casados; sin embargo, ello no supuso que sus hijos no fueran admitidos. En efecto, en la Ficha de Registro y Evaluación de Documentos de Postulantes a Primer Grado, que obra a fojas 152 a 154, se aprecia que, en varios casos, hubo niños ingresantes cuyos padres no presentaron partida de matrimonio civil, partida de matrimonio religioso y carta de compromiso. Por lo demás, el solo hecho de que el menor S.A.O.E. hubiera pasado a la fase de exploración de capacidades y habilidades, a pesar de que su madre tenía la condición de madre soltera, evidencia que el centro educativo emplazado no tomó su estado civil como un factor para decidir la no admisión de su hijo.

Incluso de las mismas afirmaciones del abogado de la demandante puede apreciarse que el colegio emplazado no hizo distingos por la condición de solteros de los padres de sus estudiantes, pues dicho letrado afirma ser soltero y tener una hija que estudia en el colegio emplazado (cfr. fojas 22 y 114 del cuaderno del Tribunal Constitucional) y añade que “en el colegio demandado actualmente estudian niños cuyos padres no son casados” (fojas 115 del cuaderno del Tribunal Constitucional), todo lo cual queda confirmado por el propio emplazado al afirmar que “en el CEP San José Obrero estudian muchos hijos de padres solteros” (fojas 72 del cuaderno del Tribunal Constitucional).

757

12. Por ello, no habiéndose aportado prueba alguna de que, a partir del dato del estado civil de la recurrente se ha realizado un trato discriminatorio contra ella o su menor hijo, este Tribunal debe concluir que no se ha acreditado la afectación del derecho a la igualdad y a la no discriminación por razón del estado civil de los padres del menor S.A.O.E., y, correlativamente, del derecho a la no discriminación de la misma recurrente por ser madre soltera, debiéndose desestimar el segundo extremo de la demanda.

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

HA RESUELTO

1. Declarar **IMPROCEDENTE** el primer extremo de la demanda, referido a la supuesta afectación del derecho de acceso a la educación.
2. Declarar **INFUNDADO** el segundo extremo de la demanda referido a la supuesta vulneración del derecho a la igualdad y del derecho a no ser discriminado por razón del estado civil de los padres del menor S.A.O.E. y, correlativamente, del derecho de la recurrente a no ser discriminada por su condición de madre soltera.

Publíquese y notifíquese.

SS.

URVIOLA HANI

MIRANDA CANALES

BLUME FORTINI

RAMOS NÚÑEZ

SARDÓN DE TABOADA

LEDESMA NARVÁEZ

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

EXP. N.º 04577-2012-PA/TC

LA LIBERTAD

S. A. O. E. Representado(a) por YICELA ANGÉLICA EGÚSQUIZA MEZA

FUNDAMENTO DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA Y MIRANDA CANALES

1. Quienes suscribimos este fundamento de voto coincidimos con el sentido del fallo emitido en sus dos extremos, pero, sin perjuicio de ello reputamos necesario efectuar algunas anotaciones adicionales que consideramos deben ser también tomadas en cuenta y son las que consignamos a continuación.

§ Derecho de acceder a la educación primaria

2. Si bien en el presente caso se ha producido la sustracción de la materia, los Magistrados firmantes señalamos lo siguiente:
3. El derecho a la educación se encuentra garantizado por diversos artículos de nuestra Constitución [CP]. Las principales manifestaciones del derecho a la educación que emanan del propio texto constitucional son las de: a) Acceso a la educación; b) Permanencia en el sistema educativo con respeto por la dignidad del escolar; y, c) Calidad de la educación.
4. La educación, en sus niveles básicos, está orientada a promover un conocimiento, aprendizaje y práctica de las ciencias y las humanidades que permitan la integración del menor en la comunidad. Ello en mérito a que su finalidad, como declara el artículo 13 de la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, es promover el desarrollo integral de la persona.
5. Precisamente porque la educación, en los niveles inicial, primario y secundario, “prepara para la vida y el trabajo y fomenta la solidaridad” [artículo 14 CP], con el propósito de proveer al individuo de las capacidades, habilidades, valores y conocimientos necesarios para el desarrollo de su propia personalidad, la afirmación de su dignidad y su inserción en condiciones equitativas en los procesos de participación comunitaria [artículo 29 de la Convención sobre los Derechos del Niño], es que el artículo 17 de la Constitución declara que ésta es obligatoria y gratuita.

6. Además, en su prestación, el Estado está obligado a garantizar que toda persona acceda a ella sin distinciones de algún tipo [cfr. artículos 26.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 13.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 28.1 de la Convención de los Derechos del Niño y 13.3 de Protocolo de San Salvador].

7. De otro lado, debe tenerse presente que la Ley General de Educación N° 28044 (publicada en el Diario Oficial El Peruano con fecha 29 de julio del año 2003) establece en su artículo 4° que:

“La educación es un servicio público; cuando lo provee el Estado es gratuita en todos sus niveles y modalidades, de acuerdo con lo establecido en la Constitución Política y en la presente ley. En la educación inicial y primaria se complementa obligatoriamente con programas de alimentación, salud y entrega de materiales educativos”.

8. Este criterio se reforzaría más tarde al aprobarse la Ley N° 28988, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 21 de Marzo del 2007, que declara a la Educación Básica Regular como Servicio Público Esencial garantizando el derecho de acceso sin ningún tipo de discriminación.

760

9. Aún más, este Tribunal Constitucional convalidó su constitucionalidad con el voto unánime de los Magistrados que lo integraban en las STC 00026-2007-AI/TC y 00005-2008-AI/TC. En esa oportunidad sostuvo que

“... queda claro que la educación debe ser accesible a todos en términos universales sin discriminación alguna” (Fundamento Jurídico 35).

10. Consolida así su jurisprudencia previa desarrollada a partir de las STC N° 04232-2004-AA/TC, 04646-2007-AA/TC, 00013-2007-AI/TC y 00025-2007-AI/TC, entre muchas otras en las que, uniformemente, ha destacado el carácter de servicio público de la educación.

11. En cuanto al criterio para determinar el ingreso de los alumnos, la Directiva N° 014-2012-MINEDU-VMGP, “Normas y orientaciones para el desarrollo del año escolar 2013 en la educación básica”, establece que:

“En los procesos de admisión, inscripción, ingreso y/o matrícula en el nivel de Educación Inicial y el Primer Grado de Primaria, por ningún motivo la institución educativa pública o privada someterá al niños o niña a procesos de evaluación”.

12. La misma Directiva añade que, en caso de que las instituciones educativas tengan una oferta de vacantes inferior a la demanda, los criterios de priorización:

“... deberán basarse en aspectos que no involucren las capacidades y características del niño postulante, salvo el caso de necesidades educativas especiales evidentes que no esté en condiciones de atender”.

13. Concluye estableciendo que dichos criterios de priorización deberán responder:

“... a aspectos objetivos que no entrañen discriminación o exclusión social, y serán establecidos con anterioridad a la convocatoria anual para el ingreso de nuevos alumnos y publicado en un lugar visible para garantizar la transparencia e igualdad de oportunidades de todos los postulantes”.

§ Prohibición de la discriminación por el estado civil de los padres

14. Por otra parte, y si bien coincidimos con que la demanda en su otro extremo debe ser declarada infundada, creemos además necesario anotar lo siguiente:

15. El Tribunal Constitucional tiene resuelto que el derecho a la igualdad obliga, tanto a los poderes públicos como a los particulares, a brindar un trato paritario a las personas que se encuentran en las mismas condiciones o situaciones, así como a tratar de manera diferente a las personas que estén en situaciones distintas, debiendo dicho trato dispar tener un fin legítimo, el mismo que debe ser conseguido mediante la adopción de la medida más idónea, necesaria y proporcional (STC 00004-2006-PI/TC, Fundamento Jurídico 118).

761

16. Lo recientemente expuesto garantiza que todas las personas que se encuentren en situaciones idénticas o similares sean tratadas de la misma manera, lo cual supone que las diferenciaciones solo podrán estar justificadas en razón a la condición disímil en que se encuentren los sujetos involucrados, y siempre que dicha condición sustente debidamente la diferenciación efectuada.

17. Por su parte, el derecho a la no discriminación por alguno de los motivos expresamente prohibidos en la Constitución (artículo 2, inciso 2), o en los tratados internacionales de derechos humanos, supone el derecho a que ciertas condiciones de la persona no sean tomadas en cuenta al momento de establecer sus derechos y obligaciones, a no ser que las mismas sean relevantes en alguna circunstancia, y siempre que la diferenciación establecida se encuentre rigurosamente justificada no solo en razón de la legitimidad del fin buscado con la diferenciación o a la racionalidad o idoneidad de la medida diferenciadora, sino en función a la imperiosa necesidad de la misma y a la proporcionalidad de la medida adoptada.

18. Los Magistrados firmantes entienden que existe un derecho de los niños a no ser discriminados por razón de la condición, actividad, opinión o creencia de sus padres, tutores, familiares o representantes legales.

19. La Convención sobre los Derechos del Niño establece en su artículo 2 que:

“1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares”.

20. Es decir, la condición, actividad u opinión de los padres, tutores, familiares o representantes legales es un motivo de discriminación hacia los niños expresamente prohibido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y, en virtud de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993, un motivo discriminatorio también prohibido por nuestro ordenamiento constitucional.

762

21. En el ordenamiento jurídico peruano, el derecho de los niños a no ser discriminados por alguna condición de sus padres se ha concretado, para lo que aquí interesa, en el derecho a no ser discriminados por el estado civil de éstos.

22. Ello se deduce, en primer lugar, de la prescripción constitucional contenida en el artículo 6 de la Constitución de 1993, de acuerdo a la cual:

“Está prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres y sobre la naturaleza de la filiación en los registros civiles y en cualquier otro documento de identidad”.

23. En definitiva, los Magistrados firmantes aprecian que las exigencias referidas a la presentación de la partida de matrimonio civil, partida de matrimonio religioso u otros documentos o procedimientos tendientes a explicar el estado civil de los padres resultan ciertamente innecesarios en los procesos de admisión a los centros educativos.

24. Si lo que se pretende es el conocimiento de la situación familiar del menor, a efectos de brindar una adecuada asistencia emocional y psicológica, dicho conocimiento puede obtenerse luego del ingreso del menor al centro educativo, y solo con este objeto.

25. Sin perjuicio de lo dicho, los Magistrados firmantes, comparten la necesidad de declarar infundada la demanda en el extremo relativo al derecho a la no discriminación del menor S.A.O.E. por causa del estado civil de sus padres, y correlativamente, del derecho de la recurrente a no ser discriminada por su condición de madre soltera, por cuanto no se han acreditado tales vulneraciones en autos.

SS.

MIRANDA CANALES

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

EXP. N.º 04577-2012-PA/TC

LA LIBERTAD

S. A. O. E. Representado(a) por YICELA ANGÉLICA EGÚSQUIZA MEZA

FUNDAMENTO DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS LEDESMA NARVAEZ Y RAMOS NUÑEZ

El Tribunal ha resuelto que un extremo de la demanda sea declarado improcedente y el otro infundado. Estarnos de acuerdo con la decisión, aunque no compartimos sus fundamentos.

*

764 Dos son las razones que se han expuesto para declarar improcedente la demanda -en lo que concierne al derecho de acceso a la educación-. Por un lado, que la afectación devino irreparable, al haber culminado el periodo escolar correspondiente al año lectivo 2012 y ello no impidió que el menor se matriculara en otro centro educativo [Fundamentos 2-4]. Y, de otro, porque el menor no tendría un derecho a ser admitido por el colegio emplazado, sino tan solo una expectativa de que ello ocurra. Y, según se afirma en la sentencia, en el amparo no se protegen derechos expectaticios.

Suscribimos el argumento de la irreparabilidad del acto reclamado. De hecho, hace ya bastante tiempo culminó el año lectivo 2012 y es imposible volver atrás. No creemos, sin embargo, que esta circunstancia impida evaluar si el colegio emplazado respetó el derecho de acceso a la educación. La invocación del artículo 5.5. del Código Procesal Constitucional [fundamento 4], en este contexto, no lo compartimos. Este sanciona, con la improcedencia, cuando «A la presentación de la demanda ha cesado la amenaza o violación de un derecho constitucional o se ha convertido en irreparable». Esto no es lo que ha sucedido en el presente caso. La irreparabilidad no se produjo antes de que se promoviera el amparo, sino después.

¿Es relevante este dato temporal? Pensamos que sí, pues explica el sentido y los alcances del segundo párrafo del artículo 1º del mismo Código adjetivo, que es el que regula el supuesto de que la irreparabilidad acontezca después de la presentación de la demanda. Y no precisamente para rechazar el amparo, pese a no ser posible retrotraer

las cosas al estado anterior, sino para autorizar que se decida sobre el fondo del asunto, si es que así lo justifica el «agravio producido».

En nuestra opinión, esta previsión de no conformarse con el dato formal de la irreparabilidad de la lesión, se impone por el papel que se espera que cumpla la justicia constitucional de las libertades. No sólo para quien acudió en busca de protección judicial, pues es claro que la irreparabilidad habrá ya menoscabado su expectativa, sino también por la especial trascendencia que la dilucidación del caso pueda tener para la democracia constitucional.

**

¿Puede, en el presente caso, concluirse que el agravio denunciado es de una entidad tal que, pese a la irreparabilidad, merece juzgarse? Si en algún momento teníamos nuestras dudas, éstas se han disipado luego de analizar las razones esgrimidas para desestimar este extremo de la pretensión. Así, expresa la sentencia que el menor no tendría “la titularidad del derecho a ser alumno del colegio emplazado”, pues éste solo cuenta “con un derecho *expectatio*: la posibilidad de ser admitido como alumno del primer grado de primaria del año 2012 en el colegio al que postuló” [fundamento 5].

Tenemos la impresión de que se yerra al identificar la controversia de ese modo. Ésta no gira en torno a si el menor tenía un derecho a ser admitido en el colegio. Si en un proceso de admisión alguien postula a un centro de estudios, ciertamente ese postulante no titulariza ningún derecho a ser admitido ni, correlativamente, genera en el centro donde postuló el deber de admitirlo.

765

El problema que este extremo de la pretensión plantea es otro. Consiste en cuestionar la razonabilidad de las pruebas y las condiciones en las que éstas se tornaron. No es el derecho a ser admitido en un colegio, sino si son compatibles con el derecho de acceso a la educación primaria cierto tipo de evaluaciones, a partir de cuyos resultados y en función del talento, se pueda establecer diferencias entre niños que recién ingresan a la vida escolar. Y, ciertamente, el derecho de acceso a la educación primaria no es un atributo que tenga la condición de un derecho *expectatio*, pues si ese fuera el caso, estaríamos suprimiendo un derecho que hasta reconocimiento internacional tiene [artículo 28 de la Convención sobre los derechos del niño].

Por ello mismo, pensamos que es erróneo el respaldo que se pretende alcanzar con la remisión al criterio establecido en la STC 3254-2011-PA/TC. Allí no se cuestionó la razonabilidad y proporcionalidad del examen de admisión que se tomó a un menor para que acceda al primer grado de primaria. Lo que se objetó es que, pese a que cumplía los requisitos de admisión, un postulante al doctorado en Derecho y Ciencias Políticas de una universidad privada no fue admitido. Y, como se dijo acertadamente

en aquella oportunidad, cumplir los requisitos de admisión no confiere al postulante derecho alguno. De hecho, aquí la madre del menor no ha impugnado que el colegio emplazado no admita a su hijo, pese a cumplir los requisitos. Ha cuestionado la severidad de la prueba a la que se sometió a un menor de 5 años.

En nuestra opinión, la inexistencia de casos donde este tema se haya dilucidado; el problema en la identificación del derecho que está detrás de las pruebas de admisión a las que se somete a los niños que se inician en la vida escolar; las frecuentes denuncias públicas sobre las condiciones en las que se efectúan tales pruebas, pese a las prohibiciones reglamentarias del Ministerio de Educación, son razones suficientes para que el Tribunal se pronuncie sobre el fondo del asunto.

Se ha asegurado aquí que el derecho de acceso a la educación del menor fue afectado al someterse a un procedimiento de admisión irrazonable y desproporcionado, consistente en una evaluación de capacidades y habilidades que no son propias para niños de 5 años de edad. Esta evaluación, que se extendió por dos semanas —entre el 22 de junio y el 2 de julio de 2011—, comprendió un examen psicológico, uno pedagógico y otro psicomotriz [folios 8 a 13 del cuaderno del Tribunal Constitucional]. La cuestión, por tanto, es si un examen de esta naturaleza es admisible desde el punto de vista del derecho de acceso a la educación.

766

Somos de la opinión que no. La educación, en sus niveles básicos, está orientada a promover el conocimiento, el aprendizaje y la práctica de las humanidades, que permitan la integración del menor en la comunidad. Su finalidad es promover el desarrollo integral de la persona, proveyéndole de las capacidades, habilidades, valores y conocimientos necesarios para el desarrollo de su propia personalidad, la afirmación de su dignidad y su inserción en condiciones equitativas en los procesos de participación comunitaria [artículos 13 de la Constitución y 29 de la Convención sobre los Derechos del Niño].

Por ello, la educación es obligatoria. Y, en su prestación, el Estado ha de garantizar que toda persona acceda a ella sin distinciones de ningún tipo [cfr. artículos 26.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 13.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 28.1 de la Convención de los Derechos del Niño y 13.3 de Protocolo de San Salvador]. Garantizar el acceso a la educación inicial, en este contexto, quiere decir prohibir cualquier mecanismo o procedimiento que condicione el acceso de los niños a los colegios a su rendimiento, capacidades o habilidades.

Una prohibición semejante, aunque solo para el acceso al nivel inicial estuvo vigente en el momento en que sucedieron los hechos que se ha denunciado. La “Directiva

para el desarrollo del año escolar 2011” [fojas 210-213], aprobada por el misterio de Educación, efectivamente, establecía que:

“Las Instituciones Educativas Públicas y Privadas deben:

- Garantizar el derecho a la educación de los estudiantes de modo que *por ningún motivo condicionarán la matrícula a una evaluación de ingreso en el nivel inicial y el primer grado de primaria.*
- En el caso de aquellas Instituciones Educativas con una demanda educativa mayor a la oferta, la Institución Educativa deberá establecer los criterios para la prioridad del ingreso.

Estos criterios de priorización y el número de vacantes debe publicarse antes de iniciar el proceso de matrícula” (cursivas agregadas).

En el curso del proceso, el colegio emplazado ha afirmado que la “exploración de capacidades y habilidades” tomada al menor se realizó conforme a dicha Directiva [folios 75-76]. Tenemos poderosas razones para pensar que no fue así.

Está fuera de toda duda que el niño fue evaluado en materias tan específicas como lenguaje, razonamiento lógico, precálculo, destreza manual, entre otras. También que los resultados obtenidos en dichas pruebas estaban agrupados bajo los calificativos de bajo, bajo medio, medio, alto medio y alto. Y, puesto que el colegio emplazado no ha contradicho la afirmación, que las tres pruebas tomadas demoraron un promedio de dos horas, cada una de ellas. En nuestra opinión, los *Ítems* que se tomaron en cuenta en el procedimiento de “exploración de capacidades y habilidades”, los niveles de satisfacción de cada uno de ellos [folios 9-10 del cuaderno del Tribunal Constitucional] y la elaboración de un “Cuadro de Méritos” a partir de la puntuación obtenida en la evaluación, demuestran que actividades prohibidas por este derecho fueron consideradas relevantes al momento de cubrirse las vacantes de dicho colegio [folios 103 del cuaderno del Tribunal Constitucional].

Sostenemos que una evaluación de esta envergadura es incompatible con el derecho de acceso a la educación. Somete a un niño de cinco años a una presión excesiva para su corta edad y puede generarle un innecesario sentimiento de frustración si no alcanza la vacante a la que postulaba. Tanto más grave si se advierte que dicho procedimiento de “exploración de capacidades y habilidades” estaba prohibido por el Ministerio de Educación, al constituir la educación básica regular un servicio público esencial, como la declaran las leyes Nos. 28988 [artículo 1°] y 28044 [artículo 4], la primera de las cuales fue confirmada en su constitucionalidad mediante la STC 0005-2008-PI/TC.

Y si no cabe que se dicte una sentencia estimatoria, no es porque se haya respetado el derecho del menor, sino porque el colegio demandado ha dejado de considerar los criterios que aquí se han cuestionado en el proceso de admisión.

Durante cientos de años los términos “hijo incestuoso”, “hijo sacrílego”, “hijo adúltero” o “hijo ilegítimo” sirvieron para denostar a las personas y hacerlas víctimas de un trato discriminatorio. El empleo de estos estereotipos fue radicalmente prohibido, al máximo nivel, con la entrada en vigencia de la Constitución de 1979. Su artículo 6° [expresión que se ha vuelto a repetir en la Carta de 1993] anula toda distinción fundada en el estado civil de los padres y la naturaleza de la filiación de los hijos. Desde entonces, forma parte del ámbito de protección del derecho a la igualdad que los niños no sean diferenciados por la condición o estado civil de sus padres [artículo 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño y artículo 14 del Código de los Niños y Adolescentes].

En el ámbito escolar, la prohibición de discriminación que contiene este derecho tiene entre sus destinatarios tanto a los colegios públicos como a los privados, aunque sus alcances en cuanto a estos últimos varíe si están orientados por una axiología de carácter religioso. Esto es consecuencia de la delimitación de su ámbito de protección a la luz del artículo 15 de la Constitución, según el cual “toda persona, natural o jurídica, tiene el derecho de promover y conducir instituciones educativas”.

768

Este derecho, que permite la pluralidad de la oferta educativa y tiene como correlato al derecho de los padres de familia “de escoger los centros de educación”, plantea la cuestión de si dichos centros educativos, cuya línea axiológica está determinada por un credo religioso, pueden negar el acceso de los niños por el estado civil de sus padres.

Afortunadamente, un problema de esta naturaleza, en la generalidad que es de esperarse de la ley, ha sido afrontado por el legislador. El artículo 3° de la Ley N° 26549, Ley de los Centros Educativos Privados, ha previsto que si bien “Corresponde a la persona natural o jurídica, propietaria de un centro educativo, establecer la línea axiológica que regirá su centro”, el ejercicio de tal libertad ha de realizarse “dentro del respeto a los principios y valores establecidos en la Constitución...” y “sin más limitaciones que las que pudieran establecer las leyes, todo lo cual constará en el Reglamento Interno del centro educativo”.

No tenemos la menor duda de que uno de esos principios, que conforma el orden público constitucional, está representado por la prohibición de discriminación de los niños sobre la base del estado civil de los padres. O, para decirlo con ocasión del

derecho a crear centros educativos privados, la libertad de fundar y organizar colegios privados no comprende, consideramos, la potestad de establecer, entre los requisitos de admisión, la exigencia de que el menor sea hijo de padres casados civilmente o bajo la religión profesada por el centro educativo, como también se deduce del artículo 14 de la Ley N° 27337 [Código de los Niños y Adolescentes].

Una restricción de esta naturaleza también se deriva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Así lo estatuye, por ejemplo, el artículo 13.4 del Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales, o el artículo 5.1. b) de la Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza, según el cual “Los Estados Partes en la presente Convención convienen: (...) b). En que debe respetarse la libertad de los padres o, en su caso, de los tutores legales, I.° de elegir para sus hijos establecimientos de enseñanza que no sean los mantenidos por los poderes públicos, pero que respeten las normas mínimas que puedan fijar o aprobar las autoridades competentes”.

En suma, la creación o el mantenimiento de instituciones educativas privadas son legítimos siempre que coadyuven al fin de ampliar la oferta educativa y brinden posibilidades adicionales a las ofrecidas por el Estado, lo cual incluye el establecimiento de centros educativos con una axiología particular, para los padres que deseen formar a sus hijos en determinados parámetros morales o religiosos. Pero en ningún caso tal derecho autoriza, en nombre de la libertad de enseñanza o de su axiología particular, que puedan establecerse requisitos de admisión que excluyan a los educandos de los primeros niveles de la educación escolar por causa del estado civil de sus padres.

769

Aquí se ha cuestionado que la madre y su hijo fueron discriminados por el estado civil de la primera. Sin embargo, no encontramos razón para objetar el modo cómo ha actuado el colegio San José Obrero, desde la perspectiva del derecho del educando a no ser discriminado por el estado civil de sus padres.

El motivo por el cual no se admitió al menor en el colegio emplazado no estuvo fundado en el estado civil de su progenitora. Al Tribunal se han presentado evidencias de haberse admitido en dicho colegio a niños cuyos padres no son casados, civil ni religiosamente [cfr. Ficha de Registro y Evaluación de Documentos de Postulantes a Primer Grado, fojas 152 a 154]. El solo hecho de que el menor S.A.O.E. pasara a la fase de exploración de capacidades y habilidades, a pesar del estado civil de la madre, en nuestra opinión, demuestra que el colegio no tuvo en cuenta el estado civil a la hora de decidir su admisión.

Aun así, somos de la opinión de que exigencias referidas a la presentación de la partida de matrimonio civil, partida de matrimonio religioso u otros documentos que brin-

den información sobre el estado civil de los padres, son innecesarias en los procesos de admisión a los centros educativos privados, incluso en los de carácter religioso. Y que si lo que se pretende es el conocimiento de la situación familiar del menor, a efectos de brindar una adecuada asistencia emocional y psicológica, dicha información debe obtenerse luego del ingreso del menor al centro educativo. Este es un criterio que tal vez a partir de la judicialización de este caso parece haber entendido el colegio emplazado, pues en la ficha familiar que se exige presentar como requisito para el proceso de admisión a partir del año 2012, ya no se encuentra prevista esta información familiar [fojas 306]. Una práctica como esta, asumimos, disipa cualquier presunción de trato diferenciado.

SS.

RAMOS NUÑEZ

LEDESMA NARVAEZ

Sentencia 00273-2010-PA/TC

Proceso de amparo interpuesto por el Sindicato Unitario de Trabajadores de Electrolima Empresas Concesionarias Eléctricas y Afines — Sutececa. El Tribunal desestimó la demanda e indicó que la validez del examen del polígrafo como prueba debe ser dilucidada dentro del respectivo proceso o procedimiento.

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 30 de octubre de 2014

Resumen: El Tribunal Constitucional rechazó la demanda interpuesta por el recurrente, que solicitó, entre otras cosas, el cese del examen del polígrafo o detector de mentiras a sus afiliados por parte del empleador, alegando, entre otras cosas, la afectación del derecho al debido proceso.

771

El Tribunal señaló que las conclusiones del examen del polígrafo pueden ser utilizadas como elemento de justificación para el inicio de un procedimiento o una investigación, pero no pueden ser utilizadas para la determinación de las responsabilidades a que hubiere lugar pues, como es sabido, la validez de la determinación de las responsabilidades en términos constitucionales exige que exista prueba suficiente que sea capaz de desvirtuar la presunción de inocencia.

Por otro lado, si bien el Tribunal indicó que el examen poligráfico en el ámbito de las relaciones laborales, en principio, constituye también una práctica constitucionalmente cuestionable, en la medida en que la invasión del ámbito propio de la persona para la obtención de determinada información de la que se pueden derivar consecuencias desfavorables vulnera los derechos fundamentales del trabajador, desmejorando su condición de persona humana, tal afirmación queda relativizada cuando la actividad del trabajador está directamente relacionada con la vida de las personas, la defensa y seguridad nacional, y los poderes del Estado y el orden constitucional. Asimismo, dicha práctica resulta admisible si existe una sospecha razonable de la intervención del trabajador en un incidente que ha ocasionado un grave perjuicio financiero y económico al empleador, o que ha puesto en grave peligro la existencia

misma de la entidad empleadora, a fin de justificar el inicio de un procedimiento o una investigación

Respecto al caso concreto, el Tribunal advirtió que la pretendida nulidad del resultado del examen del polígrafo se encontraba destinada a que judicialmente se estableciera una estimación *a priori* respecto de su validez como elemento de prueba; situación que, en todo caso, corresponde efectuarse dentro de un procedimiento o proceso, en el cual cada trabajador podrá ejercer su derecho de defensa a través de de los recursos que el mismo prevea, teniendo incluso habilitada la vía procesal correspondiente para solicitar judicialmente el control de tal aplicación.

Temas Claves: Derecho de defensa.

EXP. N.º 00273-2010-PA/TC

LIMA

SINDICATO UNITARIO DE TRABAJADORES DE ELECTROLIMA
EMPRESAS CONCESIONARIAS ELÉCTRICAS Y AFINES - SUTEECEA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 6 días del mes de agosto de 2014, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Urviola Hani, Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada, Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, con el fundamento de voto de los magistrados Ramos Núñez y Sardón de Taboada, que se agrega

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por el Sindicato Unitario de Trabajadores de Electrolima, empresas concesionarias eléctricas y afines contra la Resolución de fojas 198, su fecha 23 de enero de 2008, expedida por la Séptima Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró improcedente la demanda de autos.

773

ANTECEDENTES

Mediante el escrito de demanda de fecha 13 de octubre de 2006 y el escrito ampliatorio de fecha 19 de octubre de 2006, el Sindicato recurrente interpone demanda de amparo contra Tecsur S.A. y Andrick Service S.R.L., así como contra el comandante José A. Salazar y el mayor Juan E. Quispe López, pertenecientes a la División de Investigación de la Policía Nacional del Perú, solicitando que cese la actuación ilegal e inconstitucional consistente en someter al polígrafo o detector de mentiras a sus afiliados, trabajadores de Tecsur S.A.; y que, en consecuencia, se ordene que las sociedades emplazadas se abstengan de seguir sometiendo a dicho examen a sus afiliados, debiéndose considerar nulas las pruebas y declaraciones de los trabajadores Iván García Calderón, Luis Alberto Jiménez Zavaleta y Saúl Silva Vaca, por haber sido obtenidas de forma arbitraria, ilegal e inconstitucional. Asimismo, solicita que la Policía se abstenga de continuar citando a sus afiliados para la investigación policial por el supuesto delito contra el patrimonio (hurto agravado) en agravio de Tecsur S.A. y que se declare nula dicha investigación por vulnerar el derecho al debido proceso.

El Trigésimo Cuarto Juzgado Civil de Lima, con fecha 19 de octubre de 2006, declaró improcedente la demanda por estimar que la pretensión demandada carece de contenido constitucional porque lo que el Sindicato demandante persigue es tachar el resultado del polígrafo para que no sea utilizado en el proceso penal instaurado por Tecsur S.A.

La Séptima Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima confirmó la apelada por estimar que la demanda tiene por objeto tutelar derechos directamente relacionados con el correcto desenvolvimiento de la libertad, por lo que la pretensión del demandante no debe ser dilucidada a través del amparo.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. La presente demanda de amparo tiene por objeto que se ordene el cese del acto de sometimiento al polígrafo o detector de mentiras a los afiliados de la demandante, trabajadores de Tecsur S.A. Asimismo, se solicita que la Policía se abstenga de continuar citando a los afiliados del demandante para la investigación policial por el supuesto delito contra el patrimonio (hurto agravado) en agravio de Tecsur S.A. y que se declare nula dicha investigación por vulnerar el derecho al debido proceso.

774

El examen del polígrafo y su compatibilidad con la Constitución

2. El examen del polígrafo permite registrar los diversos cambios en los patrones cardiovasculares, respiratorios y electrodérmicos que experimenta una persona al responder una pregunta. Se trata, pues, de una técnica que sirve para hacer un diagnóstico del apartamiento consciente de la verdad o no de una persona al momento de emitir sus respuestas. Ahora bien, el empleo de esta técnica constituye una afectación a un ámbito propio y reservado frente a la acción y al conocimiento de los demás, con el fin de obtener determinada información de la que es posible derivar consecuencias desfavorables y, por lo tanto, puede resultar vulneratoria de los derechos a la intimidad personal y a la no autoincriminación; y, en definitiva, del valor *dignidad humana*, que es el fundamento básico del entramado constitucional.
3. No obstante lo dicho, existen supuestos en los cuales el examen del polígrafo sí se encontraría constitucionalmente justificado pues, como se ha dicho en reiterada y constante jurisprudencia, ningún derecho fundamental es absoluto, sino que puede ser sometido a restricciones o limitaciones, a condición de que éstas sean en definitiva razonables y proporcionales, por derivarse de ellas más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes en conflicto.

Así pues, la vida de las personas, la defensa y la seguridad nacional, así como los poderes del Estado y el orden constitucional constituyen algunos de los intereses especiales que justificarían la realización del examen del polígrafo. Más allá de ello pueden existir otros supuestos, según la materia específica; no obstante, en cualquier caso, tal determinación debe suponer la obtención de beneficios de un interés respecto de otro.

4. Pero además, la constitucionalidad de dicha práctica se encuentra supeditada a que ésta sea realizada con la debida diligencia y según determinados procedimientos mínimos. Así pues, la admisibilidad del examen del polígrafo requiere que se cumplan, cuando menos, los siguientes requisitos: a) el examinado debe tener conocimiento expreso de la decisión y de las razones para la realización de dicho examen, mediando un plazo razonable entre su notificación y su actuación; b) la naturaleza y el procedimiento del examen, y toda información que resulte útil deben ser previamente explicados a la persona examinada; c) el examinado debe contar con la presencia de un abogado defensor de su elección o, a petición expresa suya, podrá ser asistido por una persona de su confianza; y, d) el examinado debe obtener un ejemplar de los resultados del examen, debidamente suscrito por las personas presentes en la evaluación poligráfica.
5. De otro lado, las conclusiones del examen del polígrafo pueden ser utilizadas como elemento de justificación para el inicio de un procedimiento o una investigación, pero no pueden ser utilizadas para la determinación de las responsabilidades a que hubiere lugar pues, como es sabido, la validez de la determinación de las responsabilidades en términos constitucionales exige que exista prueba suficiente que sea capaz de desvirtuar la presunción de inocencia.

775

El examen del polígrafo en el ámbito de las relaciones laborales

6. El artículo 23 de la Constitución, en la parte pertinente, señala que ninguna relación laboral puede limitar ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador. Lo que prohíbe esta disposición constitucional es “la cosificación del trabajador o, lo que es lo mismo, su tratamiento como objeto y el desprecio de su condición de ser humano, situación que no puede ser objeto de especificación con carácter general sino que debe ser evaluada según las circunstancias de la situación enjuiciada. Esta protección especial de la dignidad del trabajador encuentra su justificación en la implicación personal del trabajador en la actividad laboral y en la realización misma de la actividad laboral, como un espacio para desarrollar sus proyectos y planes de vida, pero además en la posición de sujeción del trabajador frente al empleador y en la posición propicia de este frente a aquel para causar lesiones a la dignidad personal” (fundamento 79 de la STC 0020-2012-PI/TC).

7. De acuerdo con lo anteriormente mencionado, el examen poligráfico en el ámbito de las relaciones laborales, en principio, constituye también una práctica constitucionalmente cuestionable, en la medida en que la invasión del ámbito propio de la persona para la obtención de determinada información de la que se pueden derivar consecuencias desfavorables vulnera los derechos fundamentales del trabajador, desmejorando su condición de persona humana. Así pues, el examen del polígrafo no sería admisible, por ejemplo, para decidir el acceso al empleo, la determinación de una supuesta falta de buena fe laboral, el despido del trabajador por la negativa a someterse a dicho examen, entre otros supuestos.
8. Sin embargo, como se apuntó supra, tal afirmación queda relativizada cuando la actividad del trabajador está directamente relacionada con la vida de las personas, la defensa y seguridad nacional, y los poderes del Estado y el orden constitucional. Asimismo, dicha práctica resulta admisible si existe una sospecha razonable de la intervención del trabajador en un incidente que ha ocasionado un grave perjuicio financiero y económico al empleador, o que ha puesto en grave peligro la existencia misma de la entidad empleadora, a fin de justificar el inicio de un procedimiento o una investigación.

776

Análisis del caso materia de controversia constitucional

9. En el presente caso, de acuerdo con lo sostenido por el Sindicato demandante, la vulneración de los derechos de sus afiliados se habría producido como consecuencia de la toma del examen del polígrafo el día 19 de julio de 2006, situación que evidencia que la pretensión instaurada contra la empresa demandada resulta improcedente, conforme a lo dispuesto por el artículo 5.5 del Código Procesal Constitucional, toda vez que nos encontramos ante un supuesto de irreparabilidad previa a la fecha de presentación de la demanda (13 de octubre de 2006).
10. De otro lado, y en relación a la pretensión incoada contra los miembros empleados de la Policía Nacional, corresponde señalar que el Sindicato demandante no ha cumplido con acreditar la existencia de posibles irregularidades en la investigación que dicha entidad estuvo realizando, pues el hecho de que se les haya cursado citaciones policiales a algunos de sus afiliados (fojas 19 a 21, 46 y 47) no acredita que dicho procedimiento resulte presuntamente lesivo a alguno de los derechos fundamentales de ellos. Todo lo contrario: dichas citaciones eventualmente demuestran el cumplimiento regular de las funciones que legalmente tiene asignadas la Policía Nacional, razón por la cual este extremo de la demanda merece ser desestimado en atención al artículo 5.1 del Código Procesal Constitucional.

Al respecto, obra a fojas 16 del cuaderno del Tribunal Constitucional el Informe N.º 148-2013-DIRINCRI-PNP/DVIVINROB-D4-E2, de fecha 17 de octubre de 2013, mediante el cual la Dirección de Investigación Criminal de Lima-División de Investigación de Robos de la PNP informa que el 20 de noviembre de 2006 remitió el Parte N.º 1589-2006-DIRINCRI-PNP-DIVINROB-D3-E1 a la Fiscalía Provincial Penal de San Juan de Miraflores, documento cuya copia obra de fojas 18 a 31 del cuaderno existente en este Tribunal Constitucional, apreciándose que en sus anexos no consta que Tecsur S.A. haya presentado como prueba el resultado de las pruebas del polígrafo a que fueron sometidos sus trabajadores.

11. Asimismo, la empresa emplazada, dando cumplimiento al mandato de este Tribunal, presentó el escrito de fecha 17 de octubre de 2013 (f. 33 del cuaderno del Tribunal), en el cual manifiesta que recurrió a la prueba del polígrafo solo en una ocasión, dentro de una investigación derivada de actos que atentaban contra el patrimonio de la empresa, dándose el caso de que la mayoría de los trabajadores que se sometieron voluntariamente a dicha prueba no eran sindicalizados. Agrega que no se ha dado uso alguno a los resultados de la prueba del polígrafo; que no se han utilizado en algún procedimiento administrativo o proceso judicial, y que tampoco se ha iniciado procedimiento disciplinario contra los trabajadores mencionados en la demanda. Refiere que los señores Saúl Silva Vaca y Luis Alberto Jiménez Zavaleta cesaron en la empresa en enero de 2007 y en noviembre de 2010, respectivamente, por hechos ajenos a los que son materia del presente proceso (fojas 38 y 39 del cuaderno que obra en este Tribunal), mientras que don Iván Aquiles García Calderón, a la fecha, continúa trabajando (fojas 37 del cuaderno existente en este Tribunal).
12. Por otro lado, conforme el propio Sindicato señala a fojas 229 de autos, Tecsur S.A. no ha iniciado proceso laboral alguno contra sus afiliados. Únicamente inició una investigación interna para verificar si los faltantes de los materiales de la empresa generaban o no posibles responsabilidades; situación por la cual incluso formuló una denuncia policial. Estos hechos no otorgan certeza de la existencia de un procedimiento disciplinario o de un proceso judicial previo, en curso o ya concluido, en el cual pudieron haberse utilizado los resultados del examen poligráfico, siendo que el Sindicato demandante tampoco ha informado de la instauración de un procedimiento disciplinario o de proceso judicial alguno en el que pudiesen haberse utilizado dichos resultados.
13. En tal sentido, se advierte que la pretendida nulidad del resultado del examen del polígrafo se encuentra destinada a que judicialmente se establezca una estima-

ción *a priori* respecto de su validez como elemento de prueba; situación que, en todo caso, corresponde efectuarse dentro de un procedimiento o proceso, en el cual cada trabajador podrá ejercer su derecho de defensa a través de los recursos que el mismo prevea, teniendo incluso habilitada la vía procesal correspondiente para solicitar judicialmente el control de tal aplicación. En definitiva, se observa que el referido extremo tampoco se encuentra vinculado a la protección del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la defensa, razón por la cual corresponde ser desestimado en atención al artículo 5.1 del Código Procesal Constitucional.

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú,

RESUELVE

Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda.

Publíquese y notifíquese.

SS.

URVIOLA HANI

MIRANDA CANALES

BLUME FORTINI

RAMOS NÚÑEZ

SARDÓN DE TABOADA

LEDESMA NARVÁEZ

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

EXP. N.º 00273-2010-PA/TC

LIMA

SINDICATO UNITARIO DE TRABAJADORES DE ELECTROLIMA
EMPRESAS CONCESIONARIAS ELÉCTRICAS Y AFINES - SUTEECEA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO RAMOS NÚÑEZ

El Tribunal ha resuelto, con el voto unánime, que la demanda sea declarada improcedente. Me hallo de acuerdo con la decisión, aunque disienta de las razones que la fundamentan.

*

La sentencia ha legitimado el empleo del examen del polígrafo en las relaciones laborales [fundamentos 2 a 8]. Tal aceptación parte de la premisa de que dicha prueba “es una técnica que sirve para hacer un diagnóstico sobre el apartamiento consciente de la verdad o no de una persona al momento de emitir sus respuestas” [fundamento 2]. Tengo mis dudas sobre la corrección de tal premisa.

779

Existen distintos estudios que ponen en tela de juicio la veracidad de las respuestas que se obtienen con el polígrafo. Ello se debe a que los indicadores de medición están incapacitados para discriminar reacciones originadas en estados de ansiedad, ánimo o incluso, fisiológicos de las personas que se someten al examen. Esta falibilidad de la prueba ha sido ya advertida por numerosos tribunales de justicia. Uno de ellos, la *Supreme Court* de los Estados Unidos de Norteamérica, por ejemplo, ha afirmado: “simplemente no hay manera de saber, en un determinado caso particular, si la conclusión de un examinador de polígrafo es exacta, debido a que albergan dudas e incertidumbres que plagan incluso los mejores exámenes de polígrafo” [*Supreme Court of the United States, United States v. Scheffer*. 523 U.S. 303 (1998)].

La falta de certeza de las mediciones obtenidas con el monitoreo de reacciones del sistema nervioso no quiere decir que el examen del polígrafo sea en sí mismo inconstitucional. Pero sí es pertinente evidenciar sus limitaciones y, con ello, la intensidad o el grado de importancia que pueda tener la satisfacción de los fines que persigue alcanzar, pues como se ha señalado en la sentencia, la utilización del polígrafo no es inocua para la intangibilidad de los derechos fundamentales.

En la sentencia se afirma --y yo comparto esta idea-- que el empleo de esta prueba constituye una injerencia en el derecho a la intimidad y en el derecho a la no autoincriminación. También, acaso, menoscaba la libertad de conciencia y el libre desarrollo de la personalidad, pues el objetivo de extraer conclusiones sobre la verdad o falsedad de determinados hechos no se consigue mediante una declaración de voluntad, sino a partir de ciertas reacciones físicas involuntarias de la persona sometida a este mecanismo. Que todos estos derechos puedan afectarse no desvirtúa la prueba del polígrafo; solo hace patente que comporta también una injerencia en el programa normativo de todos estos derechos fundamentales y, por tanto, que es imperativo que el Tribunal tenga la certeza de que su uso se encuentra debidamente justificado.

En el fundamento 3 la sentencia alude a esta exigencia, pero al precisar cuáles serían los criterios de justificación para una intervención tan grave, observo que sólo se ha hecho referencia al principio de proporcionalidad. Este principio es, efectivamente, el criterio material por antonomasia al cual deben someterse las injerencias sobre los derechos fundamentales y, en su sentido más básico, impone que las intervenciones que se realicen no sean excesivas.

780 Sin embargo, no es el único criterio de justificación que un Tribunal deba tener en cuenta. La entidad de los derechos fundamentales demanda también que esas intervenciones satisfagan ciertos criterios de justificación formal. En el caso del derecho a la intimidad, por ejemplo, la Convención Americana de Derechos Humanos -que por remisión de la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución está llamada a servir de pauta de interpretación del derecho reconocido en el artículo 2, inciso 10) de la Constitución- en su artículo 11.3, luego de reconocer el derecho a no ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en la vida privada, precisa que “Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”.

Este dispositivo no es un llamado a que se regule un proceso judicial orientado a proteger este derecho, por otra parte ya reconocido autónomamente en el artículo 25 de la misma Convención; antes bien, consagra una auténtica reserva de ley. No cualquier clase de reserva, sino precisamente una reserva *material*. Por su virtud, ha de ser el Parlamento a quien corresponde establecer en qué supuestos este derecho puede ser intervenido, pero también bajo qué *condiciones* y *garantías* deben realizarse las injerencias autorizadas en su ámbito protegido.

Esta reserva es una *garantía normativa* mediante la cual se asegura que las injerencias o intervenciones en el contenido previamente delimitado de este derecho solo pueden ser autorizadas por ley y, por tanto, que en ausencia de ella, nadie pueda verse obligado a hacer aquello que no está ordenado. La ley que autorice que en determinadas circunstancias y bajo ciertas garantías el empleador puede someter a su trabajador a

la prueba del polígrafo, no existe. Se la echa de menos. Sostengo entonces que, entre tanto esta ley no se dicte, la práctica del polígrafo en el ámbito del Derecho de Trabajo se encuentra prohibida. Y porque está vedada, es constitucionalmente inadmisibles que el Tribunal, primero, haya validado su admisibilidad; y, segundo, él mismo haya establecido ciertos “requisitos” para su empleo [fundamento 4 de la sentencia].

En mi opinión, identificar bajo qué supuestos es aceptable el examen del polígrafo en el ámbito laboral, supone tanto autorizarlo como determinar cuáles son los resguardos que deben observarse cuando una persona sea sometida a él, de manera pretoriana. Estoy convencido de que ni lo uno ni lo otro son tareas que corresponde realizar a un tribunal de justicia, por más que éste sea el intérprete supremo de la Constitución. Ese es un cometido que corresponde y debe asumir el legislador; mientras que al Tribunal Constitucional, juzgar si la autorización y las salvaguardas que la ley futura pueda establecer, son conformes con el contenido garantizado del derecho.

**

Si no obstante los cuestionamientos de fondo que anteceden, he decidido votar en el mismo sentido que mis colegas, ello se debe a que dos de los trabajadores sobre los cuales se realizó la prueba del polígrafo –don Saúl Silva Vaca y don Luis Alberto Jiménez Zavaleta– ya culminaron su relación de trabajo con la empresa demandada. Esta ruptura laboral no ha sido consecuencia del referido examen, por lo que con relación a ellos se ha producido la sustracción de la materia.

781

En lo que respecta a don Iván Aquiles García Calderón, el otro miembro del Sindicato a favor del cual se interpuso el amparo, observo que éste aún mantiene su relación de trabajo. Pero aprecio también que la realización del examen del polígrafo no ha generado efectos ulteriores que puedan declararse nulos. De modo que, si bien ha sido ilegítimo que se le someta a dicha prueba, sin embargo no existe forma en que pueda ordenarse el restablecimiento de su derecho, por lo que considero que, en su caso, la lesión ocasionada ha devenido irreparable [artículo 5.5 del CPConst]. Finalmente, estimo que es improcedente que el Tribunal ordene que se paralice una investigación policial que –como se ha visto a lo largo del proceso– no se ha originado en los resultados del examen del polígrafo.

**Sr.
RAMOS NÚÑEZ**

EXP. N.º 00273-2010-PA/TC

LIMA

SINDICATO UNITARIO DE TRABAJADORES DE ELECTROLIMA
EMPRESAS CONCESIONARIAS ELÉCTRICAS Y AFINES - SUTEECEA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Suscribo la presente sentencia porque estoy de acuerdo, con gran parte de su fundamentación, así como con el fallo emitido en ella.

1. Sin embargo, no ocurre lo mismo respecto a lo consignado en el Fundamento N° 4, referido a los requisitos de admisibilidad del examen del polígrafo. En dicho fundamento se señalan los siguientes requisitos: *“a) el examinado debe tener conocimiento expreso de la decisión y de las razones para la realización de dicho examen, mediando un plazo razonable entre su notificación y su actuación; b) la naturaleza y el procedimiento del examen, y toda información que resulte útil deben ser previamente explicados a la persona examinada; c) el examinado debe contar con la presencia de un abogado defensor de su elección o, a petición expresa suya, podrá ser asistido por una persona de su confianza; y, d) el examinado debe obtener un ejemplar de los resultados del examen, debidamente suscrito por las personas presentes en la evaluación poligráfica”*.
2. Al respecto, considero que los requisitos *a)* y *b)* refieren a una misma situación, esto es, a la exigencia de comunicar y/o explicar a la persona de la futura realización del examen del polígrafo. Ambos requisitos, por una razón de técnica jurisprudencial, deben ser englobados en uno solo. Estimo, por tanto, que lo dispuesto en el requisito *b)* resulta redundante, puesto que cuando el examinado tiene conocimiento de la decisión y de las razones del examen, se presume que también tiene conocimiento del procedimiento de examen y de toda la información útil relacionada con éste.
3. Por este motivo, y en un afán de racionalizar los criterios expuestos por este Tribunal Constitucional, considero que el requisito *b)* debe ser suprimido, pues genera confusión en la aplicación práctica de la prueba del polígrafo.

4. De otro lado, la sentencia establece que la prueba del polígrafo se justifica para situaciones que derivan en beneficios o ventajas para el interés general, tales como: la vida de las personas, la defensa, la seguridad nacional, los poderes del Estado, el orden constitucional, entre otros supuestos. Empero, omite considerar si la misma constituye una prueba típica o atípica conforme a lo establecido en los artículos 192° y 193° del Código Procesal Civil. Considero que, en términos procesales, se trata de un *medio probatorio atípico* que tiene por finalidad acreditar hechos discutidos o debatidos, y su realización puede ser decretada, inclusive, en sede judicial por un juez ordinario, siempre que se trate de los supuestos en que resulta permitido.

Sr.

SARDÓN DE TABOADA

Sentencia 01401-2013-PC/TC

Proceso de cumplimiento interpuesto por Luis Alberto Zaldívar López. El Tribunal declaró improcedente la demanda sobre pago de bonificación especial por preparación de clases.

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 8 de enero del 2015

Resumen: El Tribunal Constitucional declaró improcedente la demanda presentada por el recurrente, en la cual solicitó que se dé cumplimiento a la resolución que dispuso que se efectúe el cálculo de la bonificación especial mensual por preparación de clases y evaluación, sobre la base del 30% de su remuneración total, y se realicen las acciones correspondientes para el abono del íntegro de lo que le correspondía percibir por la referida bonificación.

785

Luego de realizar el análisis de la referida resolución y la normativa aplicable en materia de pago de bonificación por preparación de clases y evaluación, y en función a lo establecido en el precedente contenido en el Expediente 00168-2005-PC/TC, el Tribunal concluyó que la resolución administrativa cuyo cumplimiento se exige está sujeta a controversia compleja y, además, no permite reconocer un derecho incuestionable del reclamante, pues el propio Tribunal del Servicio Civil ha excluido a la bonificación mensual por preparación de clases y evaluación de los beneficios en los cuales sí se aplica para su cálculo la remuneración total. Asimismo, precisó que, conforme al artículo 56 de la Ley 29944, Ley de Reforma Magisterial, el concepto solicitado en la demanda y otros han sido incorporados en la remuneración íntegra mensual.

Temas Claves: Carrera pública magisterial – cumplimiento.

EXP. N.º 01401-2013-PC/TC
LIMA NORTE
LUIS ALBERTO ZALDÍVAR LÓPEZ

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 3 días del mes de noviembre de 2014, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, integrada por los señores magistrados Miranda Canales, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

El recurso de agravio constitucional interpuesto por don Luis Alberto Zaldívar López contra la resolución de fojas 103, de fecha 28 de agosto de 2012, expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, que declaró improcedente la demanda de autos.

786

ANTECEDENTES

Con fecha 21 de noviembre de 2011, el recurrente interpone demanda de cumplimiento contra el director de la Unidad de Gestión Educativa Local N.º 2 y solicita la materialización de la Resolución N.º 7793-2011-SERVIR/TSC-Primera Sala, de fecha 17 de agosto de 2011, mediante la cual el Tribunal del Servicio Civil declara fundado su recurso de apelación contra la Resolución Directoral UGEL 2 N.º 0501, de fecha 27 de enero de 2011. Esta resolución además dispone que se efectúe el cálculo de la bonificación especial mensual por preparación de clases y evaluación, sobre la base del 30% de su remuneración total, y se realicen las acciones correspondientes para el abono del íntegro de lo que le corresponde percibir por la referida bonificación.

El procurador público a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Educación contesta la demanda y manifiesta que no existe intención de evadir el pago del beneficio reconocido al actor. Afirma que el retraso en el cumplimiento de dicha obligación se debe a la falta de disponibilidad financiera y que, por las normas de austeridad económica, el pago del beneficio reclamado no pudo ser comprendido en el calendario de compromisos, por lo que se viene gestionando la autorización respectiva ante el Ministerio de Economía y Finanzas.

El Tercer Juzgado Especializado en lo Civil de Lima Norte, con fecha 28 de diciembre de 2011, declaró fundada la demanda, por estimar que la Resolución N.º 7793-2011-SERVIR/TSC-Primera Sala cumple todos los requisitos y presupuestos establecidos como precedente vinculante por el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N.º 00168-2005-PC/TC, pues contiene un mandato cierto y claro, no sujeto a controversia compleja ni a interpretaciones dispares, incondicional, de ineludible y obligatorio cumplimiento, y que reconoce un derecho incuestionable del actor e individualiza a su beneficiario. Asimismo, consideró que la parte emplazada solo justifica su incumplimiento en razones de orden presupuestario.

La Sala revisora revocó la apelada y declaró improcedente la demanda, por estimar que el acto administrativo contenido en la Resolución N.º 7793-2011-SERVIR/TSC-Primera Sala no cumple el requisito de ser un mandato ineludible, pues el Tribunal Constitucional, en la STC Exp. N.º 00419-2001-AA/TC, y la Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República en la Casación 1074-2010, han sostenido que el Decreto Supremo N.º 051-91-PCM fue expedido al amparo del inciso 20 del artículo 211 de la Constitución Política del Perú de 1979; y que, dada su jerarquía legal, su capacidad modificatoria sobre la Ley del Profesorado N.º 24029 resultaba plenamente válida, por lo que la resolución expedida por el Tribunal del Servicio Civil contraviene el referido decreto supremo.

787

En su recurso de agravio constitucional el actor afirma que no se ha considerado que el Decreto Regional N.º 003-2012-GRL/PRES, de fecha 6 de julio de 2012, dispuso que en el cálculo de la bonificación especial mensual por preparación de clases y evaluación previsto en el artículo 48 de la Ley N.º 24029, se tome en cuenta el monto de la remuneración total o íntegra y, asimismo, que se establezcan los procedimientos administrativos para su aplicación. El recurrente manifiesta que con la expedición de la Resolución N.º 7793-2011-SERVIR/TSC-Primera Sala, el Tribunal de la Autoridad Nacional del Servicio Civil ha hecho prevalecer el artículo 48 de la Ley N.º 24029 sobre lo dispuesto en el Decreto Supremo N.º 051-91-PCM, aplicando el principio de especialidad, por lo que la bonificación contenida en la ley debe ser calculada sobre la base de la remuneración total íntegra.

FUNDAMENTOS

1. El objeto del presente proceso consiste en que se ordene el cumplimiento de lo dispuesto en la Resolución N.º 7793-2011-SERVIR/TSC-Primera Sala, de fecha 17 de agosto de 2011, que ordenó que la Unidad de Gestión Educativa Local N.º 2 realice el cálculo de la bonificación especial mensual por preparación de clases y evaluación sobre la base del treinta por ciento (30%) de la remuneración total percibida por el recurrente.

2. Fluye de autos que la presente demanda cumple el requisito especial de procedencia establecido por el artículo 69 del Código Procesal Constitucional, por cuanto a fojas 8 obra la solicitud presentada por el actor ante la Unidad de Gestión Educativa Local N.º 2, de fecha 12 de setiembre de 2011, a través de la cual exige el cumplimiento de la Resolución N.º 7793-2011-SERVIR/TSC-Primera Sala de fecha 17 de agosto de 2011. Mediante Proveído N.º 361-2011/OAJ/UGEL.02, de fecha 26 de setiembre de 2011, la parte emplazada denegó el pedido del actor (f. 9).
3. El artículo 200, inciso 6, de la Constitución Política del Perú establece que el proceso de cumplimiento procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o *un acto administrativo*. Por su parte, el artículo 66, inciso I, del Código Procesal Constitucional señala que el proceso de cumplimiento tiene por objeto que el funcionario o autoridad renuente dé cumplimiento a una norma legal o ejecute un acto administrativo fume.
4. Asimismo, este Colegiado en la STC Exp. N.º 0168-2005-POTC, publicada en el diario oficial *El Peruano*, el 7 de octubre de 2005, en el marco de su función de ordenación que le es inherente y en la búsqueda del perfeccionamiento del proceso de cumplimiento, ha precisado, con carácter vinculante, los requisitos mínimos comunes que debe cumplir el mandato contenido en una norma legal y en un acto administrativo para que sea exigible a través del proceso constitucional indicado.
5. Que, en los fundamentos 14 al 16 de la sentencia precitada, que constituye precedente vinculante, conforme a lo previsto por el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, este Tribunal ha señalado que para que mediante un proceso de la naturaleza que ahora toca resolver (que, como se sabe, carece de estación probatoria), se pueda expedir una sentencia estimatoria, es preciso que, además de la renuencia del funcionario o autoridad pública, el mandato previsto en la ley o en un acto administrativo reúna determinados requisitos, a saber: a) ser un mandato vigente; b) ser un mandato cierto y claro, es decir, debe inferirse indubitadamente de la norma legal; c) no estar sujeto a controversia compleja ni a interpretaciones dispares; d) ser de ineludible y obligatorio cumplimiento; y e) ser incondicional, permitiéndose excepcionalmente que pueda 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, y, g) permitir individualizar al beneficiario.

Análisis de la controversia

6. Debe tenerse presente que la Sala Superior ha desestimado la demanda al considerar que existiría una controversia compleja, pues, de acuerdo al artículo 10 del Decreto Supremo N.º 051-91-PCM, la bonificación especial por preparación de clases debería ser calculada en base a la remuneración total permanente; y que el actor afirma en el recurso de agravio constitucional que la citada bonificación, confirme a lo señalado por el Tribunal del Servicio Civil y la Ley del Profesorado, vigente en aquella oportunidad, se calcula en base a la remuneración total. Con base en lo expuesto, este Colegiado debe analizar si la resolución del Tribunal del Servicio Civil cumple con los requisitos señalados en el precedente constitucional citado.
7. En el presente caso, en la parte resolutive, numeral segundo, de la Resolución N.º 7793-2011-SERVIR/TSC-Primera Sala de fecha 17 de agosto de 2011, se ha reconocido a favor del actor que la bonificación especial mensual por preparación de clases y evaluación, sea calculada sobre la base del treinta por ciento (30%) de la remuneración total que percibe. En efecto, a través de la resolución administrativa citada, el Tribunal del Servicio Civil declaró fundado el recurso de apelación que el demandante interpusiera contra la Resolución Directoral UGEL N.º 0501 que le denegara su pedido para que el cálculo de la bonificación se realice en base a la remuneración total, disponiendo que se realicen las acciones correspondientes para el abono de la bonificación en los términos expuestos (ff. 1 a 4).
8. A fin de tener mayores elementos de juicio, este Tribunal, en el Exp. N.º 04038-2012-PC/TC, mediante Resolución de fecha 2 de mayo de 2014 (f. 5 del cuaderno del Tribunal), solicitó información al Ministerio de Educación respecto a la forma de cálculo de la bonificación por preparación de clases. Es así que mediante Oficio N.º 1396-2014-MINEDU/SG, de fecha 1 de agosto de 2014, el Ministerio de Educación remitió copias de los Informes N.ºs 234-2014-MINEDU/SG-OGA-UPER y 083-2014-MINEDU/VMPG-DIGEDD-DITD (f. 9 a 14 del cuaderno del Tribunal).
9. En el Informe N.º 234-2014-MINEDU/SG-OGA-UPER, de fecha 19 de junio de 2014, el jefe de la Unidad de Personal del Ministerio de Educación refiere que en el Informe Legal N.º 326-2012-SERVIR/GG-OJA de fecha 4 de abril de 2012, la Oficina de Asesoría Jurídica de la Autoridad Nacional del Servicio Civil precisó los alcances de la Resolución de Sala Plena N.º 001-2011-SERVIR con respecto a la bonificación por preparación de clases. En ese informe se concluyó que el Decreto Supremo N.º 051-91-PCM es una norma vigente y, por tanto,

de aplicación por los operadores estatales, a excepción de los casos relacionados a los conceptos remunerativos expresamente previstos en el fundamento 21 de la Resolución de Sala Plena N.º 001-2011-SERVIR/TSC.

Señaló que el “importe que se ha venido consignando al personal docente activo y cesante por concepto del pago de la bonificación especial mensual por preparación de clases y evaluación y la bonificación adicional por el desempeño del cargo directivo y la preparación de documentos de gestión (...) dispuesto por el Art. 48 de la Ley del Profesorado (...) se ha venido ejecutando de acuerdo con el artículo 10 del Decreto Supremo N.º 051-91-PCM (...) [es decir], se aplica sobre la remuneración total permanente (...), pago que se ha realizado desde la vigencia de la normatividad invocada”. Asimismo, precisó que, conforme a los pronunciamientos de la Autoridad Nacional del Servicio Civil, la bonificación por preparación de clases “debe hacerse efectiva tornando como base de cálculo la remuneración total permanente.”

Finalmente indicó que “el reconocimiento del pago de la bonificación por preparación de clases y evaluación, dispuesto por sentencias judiciales, debe ser calculado solo hasta el 25 de noviembre de 2012, para su reconocimiento por devengados, teniendo en cuenta que a partir del 26 de noviembre de 2012, se implementa lo dispuesto por la Ley N.º 29944, Ley de Reforma Magisterial, la cual considera en un solo concepto la remuneración íntegra mensual-RIM” (artículo 56 de la Ley N.º 29944).

790

10. Mediante Resolución de Sala Plena N.º 001-2011-SERVIR/TSC, de fecha 14 de junio de 2011, que tiene la calidad de precedente administrativo de observancia obligatoria, el Tribunal del Servicio Civil señaló, de conformidad con la sentencia de este Tribunal recaída en el Exp. N.º 0419-2001-PA/TC que el Decreto Supremo N.º 051-91-PCM tiene la misma jerarquía normativa que el Decreto Legislativo N.º 276 y que la Ley N.º 24029, por lo que resulta pertinente su aplicación en el caso, de conformidad con el principio de especialidad, pues fue expedido al amparo del artículo 211, inciso 20, de la Constitución de 1979, vigente en ese entonces.
11. Asimismo, estableció que la remuneración total permanente, prevista en el artículo 9 del Decreto Supremo N.º 051-91-PCM, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, no es aplicable para el cálculo de los beneficios siguientes:
 - (i) La asignación por cumplir veinticinco (25) años de servicios al Estado, a la cual se refiere el artículo 54 del Decreto Legislativo 276;

- (ii) La asignación por cumplir treinta (30) años de servicios al Estado, a la cual hace referencia el artículo 54 del Decreto Legislativo 276;
 - (iii) El subsidio por fallecimiento de un familiar directo del servidor, al cual se refiere el artículo 144 del Reglamento del Decreto Leg. 276;
 - (iv) El subsidio por fallecimiento del servidor, al que se refiere el artículo 144 del Reglamento del Decreto Legislativo 276;
 - (v) El subsidio por gastos de sepelio, al cual se refiere el artículo 145 del Reglamento del Decreto Legislativo 276;
 - (vi) La asignación a la docente mujer por cumplir veinte (20) años de servicios, referida en el artículo 52 de la Ley 24029;
 - (vii) La asignación a la docente mujer, por cumplir veinticinco (25) años de servicios, referida en el artículo 52 de la Ley 24029;
 - (viii) La asignación al docente varón, por cumplir veinticinco (25) años de servicios, referida en el artículo 52 de la Ley 24029;
 - (ix) La asignación al docente varón, por cumplir treinta (30) años de servicios, referida en el artículo 52 de la Ley 24029;
 - (x) El subsidio por luto ante el fallecimiento de familiar directo del docente, referido en los artículos 51 de la Ley 24029 y 219 y 220 de su Reglamento;
 - (xi) El subsidio por luto ante el fallecimiento del docente, referido en los artículos 51 de la Ley 24029 y 219 y 220 de su Reglamento;
 - (xii) El subsidio por gastos de sepelio para el docente, referido en el artículo 51 de la Ley 24029 y el artículo 219 de su Reglamento.
12. Dicho en otros términos, este precedente administrativo excluyó a la bonificación por preparación de clases de este listado de beneficios en los que se aplica, para su cálculo, la remuneración total. En este sentido, en el Informe Legal N.º 326-2012- SERVIR/GG-OAJ se concluyó que “El Tribunal del Servicio Civil, estableció mediante precedente administrativo de observancia obligatoria, los beneficios que tenían que ser calculados en función a la remuneración total, entre los cuales no se encuentra la bonificación mensual por preparación de clases, por lo que no podría aplicarse a este último lo señalado en el referido precedente vinculante”.
13. Teniendo presente ello, y a la luz de la STC Exp. N.º 0168-2005-PC/TC debe concluirse que la resolución administrativa cuyo cumplimiento se exige, confor-

me se ha señalado, *supra*, está sujeta a controversia compleja y, además, no permite reconocer un derecho incuestionable del reclamante pues el propio Tribunal del Servicio Civil en el precedente administrativo, Resolución de Sala Plena N.º 001-2011-SERVIR/TSC, ha excluido a la bonificación mensual por preparación de clases y evaluación de los beneficios en los cuales sí se aplica para su cálculo la remuneración total. Asimismo, debe precisarse que, conforme al artículo 56 de la Ley N.º 29944, Ley de Reforma Magisterial, el concepto solicitado en la demanda y otros han sido incorporados en la remuneración íntegra mensual.

14. En consecuencia, atendiendo a lo antes expuesto, la demanda debe ser declarada improcedente.

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

RESUELVE

Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda de cumplimiento.

Publíquese y notifíquese.

792

SS.

MIRANDA CANALES

SARDÓN DE TABOADA

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Sentencia 01931-2013-HC/TC

Proceso de hábeas corpus interpuesto por Juana Griselda Payaba Cachique. Se declaró fundado el recurso de apelación por salto a favor de ejecución de sentencia emitida por el mismo Tribunal.

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 28 de mayo de 2015

Resumen: El Tribunal Constitucional declaró fundado en parte el recuso de apelación por salto interpuesto por la recurrente, luego de reafirmar su competencia para resolver un recurso de agravio constitucional a favor del cumplimiento de sus propias sentencias y pronunciarse, vía recurso de apelación por salto, respecto a la ejecución en sus propios términos de las sentencias que emite.

793

En el presente caso se trata de la Sentencia 01126-2011-HC/TC. El Tribunal anuló la resolución que supuestamente habría dado por cumplida dicha sentencia, y ordenó a la Sala Mixta y Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios o a la que le pudiera corresponder, que cumpla con emitir nueva resolución disponiendo la restitución de la casa comunal y la tranquera materia de controversia por parte de los obligados, para que la comunidad pueda ejercer su derecho a controlar efectivamente su territorio.

Por último, el Tribunal exhortó al Ministerio Público a que, en ejercicio de sus funciones, disponga el archivo de las investigaciones que se basen en consideraciones contrarias a los derechos de la comunidad nativa tutelados en sede constitucional.

Temas Claves: Apelación por salto – autonomía comunal — ejecución de sentencias — propiedad comunal.

EXP. N.º 01931-2013-PHC/TC

MADRE DE DIOS

JUANA GRISELDA PAYABA CACHICHE (EXP. 1126-2011- HC/TC)

AUTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Lima, 19 de mayo de 2015,

VISTO

El *recurso de apelación por salto* interpuesto por doña Juana Griselda Payaba Cachique contra la resolución N.º 30, de fecha 4 de marzo de 2013, de fojas 926, expedida por el Juzgado Mixto Permanente de Tambopata, que da por atendida la demanda y cumplida la ejecución de la sentencia recaída en el Expediente N.º 1126-2011-PHC/TC; y,

794

ATENDIENDO A QUE

1. Con fecha 13 de noviembre de 2010, la recurrente interpuso demanda de hábeas corpus contra la Policía Nacional del Perú, la Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa y la Sala Superior Mixta y de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios. El Tribunal Constitucional, con sentencia de fecha 11 de setiembre de 2012, recaída en el Expediente N.º 1126-2011-PHC/TC, y tras reconvertir el proceso iniciado como hábeas corpus a uno de amparo, declaró fundada la demanda. En tal sentido, ordenó declarar nula la Resolución de fecha 25 de agosto de 2010, expedida por la Sala Mixta y Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios en curso del proceso de hábeas corpus promovido por Lucía Apaza Apaza y otras contra Juana Griselda Payaba Cachique, en su condición de presidenta de la comunidad nativa Tres Islas (Expediente N.º 00624-2010-0-2701-JR-PE-01). Por consiguiente, ordenó que se emita una nueva resolución conforme a los fundamentos de la sentencia del Tribunal Constitucional y que cesen los actos de violación del territorio de la propiedad comunal y de autonomía de la Comunidad Nativa Tres Islas.
2. Alega la recurrente que, mediante Resolución N.º 34, emitida en el Expediente N.º 00846-2010-0-2701-JR-PE-01, el Juzgado Mixto Permanente de Tambopa-

ta da por cumplido el requerimiento realizado a la Sala Penal de Apelaciones, a fin de determinar si es que ésta habría cumplido con emitir una nueva sentencia en el Expediente N.º 00624-2010-0-2701-JR-PE-01. De otro lado, indica que la Sala Penal Liquidadora Transitoria y Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios emitió una nueva sentencia contenida en la Resolución N.º 24, de fecha 16 de noviembre de 2012, en el Expediente N.º 00624-2010-0-2701-JR-PE-01, mediante la cual se declaró infundada la demanda de hábeas corpus interpuesta por Lucía Apaza Apaza y otros contra Juana Payaba Cachique.

3. Frente a la Resolución N.º 34, la recurrente interpone recurso de apelación por salto. Busca con ello asegurar la ejecución de la STC N.º 01126-20111-HC/TC. La actora alega que, además de haber existido una dilación indebida en la ejecución de la sentencia del Tribunal Constitucional, ciertos extremos de lo resuelto por este Tribunal no han sido cumplidos. En tal sentido, argumenta que está pendiente de cumplimiento:
 - La restitución de la casa comunal y tranquera de control al estado anterior a la resolución N.º 8 de la Sala Penal de Apelaciones del Expediente N.º 00624-2010-0-0-2701-JR-PR-01, para que la comunidad pueda ejercer su derecho a controlar efectivamente su territorio.
 - Que se declare nula la resolución N.º 24 de la Sala Penal de Apelaciones, en el extremo que, en su opinión, contradice los fundamentos de la sentencia del Tribunal Constitucional al establecer que los demandantes del hábeas corpus cuestionado “tenían motivos más que justificado para litigar, más aun que se evidencie que no ha actuado con temeridad (sic)”. Y, por el contrario, solicita que se estime que los demandantes actuaron con manifiesta temeridad al obrar sin título legítimo y usar documentos fraguados, condenándolos, en consecuencia, al pago de costos y costas.
 - Que se ordene pasar copias de los actuados al Ministerio Público para que se investigue a los demandantes por la comisión del presunto delito de fraude procesal y falsificación de documentos; así como “desacato a la autoridad comunal por la intrusión no autorizada en sus territorios, usurpación, daños entre otros delitos.”
 - Que se ordene al juez executor declarar la responsabilidad de los demandados y ordenar la liquidación y ejecución de los daños producidos durante el tiempo que han gozado, indebidamente, del libre ingreso a su comunidad.

- Que el Tribunal ordene el archivo definitivo del Expediente N.º 952-2010, el cual se origina de la Carpeta Fiscal N.º 1519-2010, carpeta mediante la que entiende que se persigue arbitrariamente a cuatro miembros de la comunidad. Solicita además el cese de toda persecución penal en su contra por ejercer derechos de autonomía y propiedad del territorio comunal.
- Que se ordene la difusión de la sentencia del Tribunal Constitucional por medios de comunicación masiva, y que el gobierno regional y local cesen de emitir cualquier forma de autorización para el ingreso de terceros en el territorio comunal y que se anulen las autorizaciones ilegales a emitidas.
- Que se ordene al juez ejecutor cumplir con los términos de la sentencia en lo que respecta su derecho ya ganado y al pago de costas y costos por la parte demandada vencida en el presente proceso.

Cuestiones procesales: La competencia del Tribunal Constitucional para resolver el recurso de agravio constitucional a favor del cumplimiento de sus propias sentencias

796

4. Sin duda alguna una preocupación central de quien imparte justicia en general, y de este Tribunal Constitucional en particular, es la de asegurar el cumplimiento de sus decisiones. En ese sentido, el Código Procesal Constitucional en sus artículos 22 (referido al régimen general aplicable a los procesos de tutela de derechos fundamentales) y 59 (destinado a la regulación del proceso de Amparo) revela el interés del legislador por otorgar real eficacia a las resoluciones de los jueces y juezas constitucionales. Para ello, optan por un modelo en el cual el juez o jueza de primer grado es el (a) ejecutor (a) de lo resuelto.
5. Ahora bien, y ante la constatación de que las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional peruano seguían siendo incumplidas, cumplidas deficientemente o desnaturalizadas en su fase de ejecución, este Tribunal instauró el denominado “recurso de agravio a favor del cumplimiento de las sentencias del Tribunal Constitucional”, con carácter de jurisprudencia constitucional vinculante conforme al artículo VI del Título Preliminar, desde lo dispuesto en la RTC 00168-2007-Q/TC.
6. Luego, y mediante la RTC 00201-2007-Q/TC, este Tribunal amplió la posibilidad de presentar el recurso de agravio incluso a favor de la ejecución de sentencias del Poder Judicial emitidas en segundo grado. Finalmente, y también como doctrina jurisprudencial, el Pleno del Tribunal Constitucional peruano creó el “recurso de apelación por salto” como medio para intentar mejorar la ejecu-

ción de sus propias decisiones participando directamente para hacer cumplir sus pronunciamientos. Ello sería cuando esos pronunciamientos no vienen siendo adecuadamente ejecutadas por el juez o jueza de ejecución de primer grado, y se materializa sin necesidad de que conozca la Sala de la judicatura ordinaria que debería haberse pronunciado en segundo grado.

7. Debe tenerse presente que, de acuerdo con lo establecido en la STC N.º 0004-2009-PA/TC: a) El recurso de agravio constitucional interpuesto a favor de la ejecución de una sentencia del Tribunal Constitucional (TC) será denominado recurso de apelación por salto a favor de la ejecución de una sentencia. b) El recurso de apelación por salto a favor de ejecución de una sentencia del TC se interpone contra la resolución del juez de ejecución que declara actuado, ejecutado o cumplido el mandato de una sentencia del TC, o que declara fundada la contradicción u observación propuesta por el obligado. Contra la resolución que deniega el recurso de apelación por salto cabe el recurso de queja. La resolución del recurso de apelación por salto a favor de la ejecución de una sentencia del TC o del recurso de queja por denegatoria del recurso referido se realizará sin trámite alguno. c) El recurso de apelación por salto a favor de la ejecución de una sentencia no procede cuando: c.1.) el cumplimiento de la sentencia conlleve un debate sobre la cuantificación del monto de la pensión de cesantía o jubilación, o de los devengados, o de los reintegros, o de los intereses, o de las costas o de los costos; c.2.) el mandato de la sentencia constitucional cuya ejecución se pretende establece en forma clara y expresa que es de cumplimiento progresivo; y, c.3) cuando el propio recurrente decide que la correcta ejecución del mandato de la sentencia constitucional se controle a través del amparo contra amparo. En estos casos, el proceso de ejecución de la sentencia constitucional sigue su trámite en las dos instancias o grados del Poder Judicial y contra la resolución denegatoria de segundo grado procede el recurso de agravio constitucional interpuesto a favor de la ejecución de una sentencia del Tribunal Constitucional, previsto en la RTC 00168-2007-Q/TC, salvo en el supuesto b), *supra*.
8. Atendiendo a las líneas jurisprudenciales descritas, este Colegiado tiene competencia para pronunciarse, vía recurso de apelación por salto, respecto a la ejecución en sus propios términos de la STC N.º 1126-2011-HC/TC, de fecha 11 de setiembre de 2012. La razón de esta competencia estriba en el hecho de que la inexecución de una sentencia, sea esta dictada por el Poder Judicial o por el propio Tribunal Constitucional, acarrea en la práctica una denegatoria (desestimación) de lo pretendido en la demanda, y allí radica su conformidad con lo dispuesto en el inciso 2) del artículo 202º de la Constitución Política del Perú y con el artículo 18º del Código Procesal Constitucional.

La especificación de lo ya resuelto en el caso concreto

9. Antes de resolver lo solicitado en el *recurso de apelación por salto*, debe recordarse que con fecha 9 de agosto de 2009 Lucía Apaza Apaza interpuso demanda de hábeas corpus contra Juana Pabaya Cachique, quien era presidenta de la Comunidad Nativa Tres Islas. En dicha demanda de hábeas corpus se solicitó que se dejara libre la carretera o camino vecinal Fitzcarrald-Teniente Acevedo-Diamante, la cual había sido obstruida por los miembros de la referida comunidad, puesto que se estaba vulnerando su libertad personal y la de las empresas de Transportes “Los Mineros” y “Los Pioneros”, entre otros. Luego de que la demanda fuese declarada fundada en primer grado, con fecha 25 de agosto de 2010, la Sala Superior Mixta y de Apelaciones emitió la Resolución N.º 8 (fojas 45), contenida en el Expediente N.º 00624-2010-0-2701-JR-PE-01, mediante la cual confirmó la sentencia apelada. Es decir, se confirmó lo ordenado por el juzgado de primera instancia o grado, que ordenó el “retiro inmediato del cerco de madera la edificación de la precaria vivienda construida al centro de la carretera” ya referida.
10. Con fecha 13 de noviembre de 2013, Juana Pabaya Cachique interpuso demanda de hábeas corpus contra la Policía Nacional del Perú, la Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa y la Sala Superior Mixta y de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios. Esta demanda fue tramitada en el Poder Judicial con el Expediente N.º 00846-2010-0-2701-JR-PE-01. Luego de presentado el recurso de agravio constitucional, el Tribunal Constitucional emitió la STC 1126-2011-HC/TC, de fecha 11 de setiembre de 2012 (fojas 282). Reconvirtiendo la demanda de hábeas corpus a una de amparo, el Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda y ordenó declarar nula la Resolución N.º 8, de fecha 25 de agosto de 2010, expedida por la Sala Mixta y Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios en el Expediente N.º 00624-2010-0-2701-JR-PE-01. Por consiguiente, se ordenó que se emita una nueva resolución conforme a los fundamentos de la sentencia del Tribunal Constitucional y que cesen los actos de violación del territorio de la propiedad comunal y de autonomía de la Comunidad Nativa Tres Islas. En tal sentido, en la presente resolución se hará referencia a la ejecución de la STC 1126-2011-HC/TC, tramitada al interior del Expediente N.º 00846-2010-0-2701-JR-PE-01 del Poder Judicial.
11. El *recurso de apelación por salto* interpuesto por la recurrente tiene por objeto la ejecución en sus propios términos de la sentencia constitucional emitida, en la que el Tribunal Constitucional resolvió:
- i) Disponer la nulidad de la Resolución N.º 8, de fecha 25 de agosto de 2010, derivada del Expediente N.º 00624-2010-0-2701-JR-PE-01, expedida por

la Sala Mixta y Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios.

- ii) Ordenar a la Sala Mixta y Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios emita una nueva Resolución conforme a los fundamentos de la presente sentencia.
 - iii) Ordenar que cesen los actos de violación del territorio de la propiedad comunal y de autonomía de la Comunidad Nativa Tres Islas vinculados a este caso.
12. Conforme a lo solicitado por Juana Griselda Payaba Cachique, el objeto de control constitucional es la resolución judicial expedida por el Juzgado Mixto Permanente de Tambopata que en fase de ejecución de sentencia determinó la conclusión del proceso y su archivamiento. Así, se analizará la Resolución N.º 34, de fecha 4 de abril de 2013 (fojas 961), que tiene por cumplida la solicitud realizada a la Sala Penal de Apelaciones a fin de que remita la copia certificada de la resolución N.º 24 del Expediente N.º 2010-624-JR-PE, y adjunta informe sobre el estado del referido expediente. De igual manera, se analizará la resolución N.º 30, de fecha 4 de marzo de 2013 (fojas 926-929), que rechazó el pago de los costos.
13. En el escrito del 8 de abril de 2013, la actora solicita que se cumpla con la STC 1126-2011-HC/TC, debiendo en su opinión ordenarse lo siguiente:
- a) La restitución de la casa comunal y tranquera de control al estado anterior a la resolución N.º 8 de la Sala Penal de Apelaciones del Expediente N.º 00624-2010-0-0-2701-JR-PR-01, para que la comunidad pueda ejercer su derecho a controlar efectivamente su territorio.
 - b) Se señale que Lucía Apaza Apaza y los beneficiarios de la demanda de hábeas corpus que se interpuso contra Juana Griselda Payaba Cachique, actuaron con manifiesta temeridad al obrar sin título legítimo y usar documentos fraguados, y que se le condene, en consecuencia, al pago de costos y costas.
 - c) Se remitan copias de los actuados al Ministerio Público para que se investigue a Lucía Apaza Apaza y los demás beneficiados por la comisión del presunto delito de fraude procesal y falsificación de documentos; así como por “desacato a la autoridad comunal por la intrusión no autorizada en sus territorios, usurpación, daños entre otros delitos”.
 - d) El juez ejecutor declare la responsabilidad de Lucía Apaza Apaza y los demás beneficiados, debiendo llevarse a cabo la liquidación y ejecución de los da-

ños producidos durante el tiempo que las empresas transportistas gozaron indebidamente del libre ingreso a su comunidad.

- e) El archivo definitivo del Expediente N.º 952-2010, que se origina de la Carpeta Fiscal N.º 1519-2010, por el cual se persigue arbitrariamente a cuatro miembros de la comunidad nativa Tres Islas. De igual manera solicita el cese de toda persecución en su contra por haber ejercido derechos de autonomía y propiedad del territorio comunal.
- f) La difusión de la sentencia del Tribunal Constitucional por medios de comunicación masiva, que el gobierno regional y local cesen de emitir cualquier forma de autorización para el ingreso de terceros en el territorio comunal y que se anule las autorizaciones ilegalmente emitidas que afectan su territorio.
- g) Se ordene al juez ejecutor cumplir con los términos de la sentencia y al pago de costas y costos por la parte demandada vencida en el proceso constitucional.

Sobre la restitución de la casa comunal y tranquera de control (cerco de madera)

800

14. Alega la recurrente que debe cumplirse con la restitución de la caseta y la garita de control al estado anterior a la resolución 8 de la Sala Penal de Apelaciones, para que la comunidad pueda ejercer su derecho a controlar efectivamente su territorio. Al respecto, debe recordarse que el principal objetivo de la demandante Juana Pabaya Cachique en el proceso de hábeas corpus, cuya sentencia busca aquí ejecutarse a cabalidad fue la de cuestionar la sentencia emitida por la Sala Superior Mixta y de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios, contenida en la Resolución N.º 8, de fecha 25 de agosto de 2010, derivada del Expediente N.º 624-2010-0-2701-JR-PE-01. Dicha sentencia ordenó el retiro inmediato del cerco de madera y de la vivienda construida en el centro del camino vecinal Fitzcarrald-Teniente Acevedo-Diamante, y que se remita lo actuado al representante del Ministerio Público para que proceda conforme a sus atribuciones. Consecuencia de ello fue que mediante Resolución de fecha 21 de setiembre de 2010, se ordenó la actuación de la sentencia (fojas 52).
15. Mediante la STC N.º 1126-2011-HC/TC se declaró la nulidad de la referida sentencia, en el entendido de que la Sala Superior Mixta y de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios no había tomado en consideración el derecho al territorio ni la autonomía de la comunidad nativa Tres Islas. Así, en virtud del artículo 1 del Código Procesal Constitucional, la recurrente solicita que se reconstruya lo que la sentencia declarada nula ordenó destruir. Es decir,

reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de su derecho constitucional, requiere que se reconstruya la caseta y el cerco de madera.

16. Siendo uno de los efectos emanados de la sentencia declarada nula la destrucción de los referidos bienes, corresponde efectivamente que se restituya lo pedido, pues aquel era el estado anterior a la violación de los derechos de propiedad y autonomía comunal. Al respecto, debe señalarse que, toda vez que el agravio a la Comunidad fue promovido por doña Lucía Apaza Apaza y otros, es a ellos a quienes corresponde la obligación de restituir los bienes.

Sobre la solicitud de que se considere que las empresas “Los Pioneros SRL” y “Los Mineros SAC” actuaron con manifiesta temeridad al obrar sin título legítimo y usar documentos fraguados, debiendo ser condenados al pago de costos y costas

17. La solicitante argumenta que en la STC 1126-2011-HC/TC se dejó establecido que las empresas “Los Pioneros SRL” y “Los Mineros SAC” carecían de título legítimo para ingresar al territorio de la Comunidad Nativa Tres Islas. En tal sentido, en su opinión los demandantes en el Expediente N.º 00624-2010-0-2701-JR-PE-01 habrían actuado con manifiesta temeridad al obrar sin título legítimo y usar documentos fraguados, debiendo ser condenados al pago de costas y costos en virtud del artículo 56º del Código Procesal Constitucional.
18. Al respecto, debe indicarse que en caso pueda verificarse la utilización de documentos fraguados por parte de las citadas empresas, ello no solo ameritaría lo solicitado por la recurrente sino el que se haya incurrido en responsabilidad. No obstante ello, en la STC N.º 1126-2011-HC/TC no se recogen elementos sobre la conducta procesal de las citadas empresas que implique que estas hayan actuado utilizando elementos fraguados o de manera manifiestamente temeraria. Sin perjuicio de ello, dada la gravedad de lo aquí señalado, debe señalarse que queda expedita la vía correspondiente para efectuar la denuncia referida a estos presuntos hechos.

801

Sobre la solicitud de la recurrente para que ordene remitir copias de los actuados al Ministerio Público para que se investigue a los demandantes por la comisión del presunto delito de fraude procesal y falsificación de documentos

19. Este Tribunal debe advertir que si bien no se desprende del fallo de la sentencia que ahora se busca ejecutar, una orden como la argumentada por la solicitante debe aclararse que, este Tribunal, en estricto cumplimiento de su compromiso con la impartición de justicia, colaborará con los requerimientos que realice el Ministerio Público en la investigación de los presuntos delitos denunciados.

Sobre la solicitud de que se ordene al juez a restituir la propiedad dañada y el pago de una indemnización a favor de la comunidad nativa por los daños producidos durante el tiempo que terceros han gozado, indebidamente, del ingreso libre a su territorio

20. Debe señalarse que los daños que reclama la demandante, realizados a raíz del ingreso al territorio de la comunidad se encuentran vinculados a la destrucción de bosques, aguas y suelos; contaminación de medio ambiente; minería informal y tala ilegal de madera. Resulta innegable que de verificarse estos hechos podrían generarse, a su vez, diversos tipos de responsabilidad a partir de ellos. Desafortunadamente este Tribunal no se encuentra habilitado para determinar lo solicitado, tanto por tratarse materias complejas que exceden la ejecución de un proceso constitucional, como por la propia naturaleza de los requerimientos formulados. Y es que si bien la recurrente ha señalado que se trataría de una situación similar a la que se presenta en el artículo 16 del Código Procesal Constitucional, sin embargo, debe aclararse que dicho artículo se encuentra referido a la promoción de una declaración de responsabilidad a partir de una medida cautelar, situación que no se presenta en este caso.

802 21. Al respecto, debe indicarse que, y con respecto a los daños que podrían haber generado transportistas o terceros que ingresaron al territorio de la Comunidad, nada impide que la recurrente interponga demanda de reparación de daños y perjuicios en la vía correspondiente, donde, debidamente acreditados los daños, podrá obtener una tutela adecuada.

Sobre el pedido de archivamiento definitivo del proceso penal Expediente N.º 952-2010, que se origina de la carpeta fiscal N.º 1519-2010, por el cual se persigue arbitrariamente a cuatro miembros de la comunidad

22. Debe decirse que este Tribunal, en virtud del principio de separación de poderes y del criterio de corrección funcional, indicó en el fundamento 46 de su sentencia que era necesario notificar a las autoridades pertinentes a fin de que resuelvan las investigaciones, tomando en cuenta las consideraciones expuestas en dicha sentencia. De esta manera el Tribunal Constitucional ya señaló que corresponde a la judicatura ordinaria y al Ministerio Público, en virtud de la apreciación de la sentencia ya emitida por este Tribunal Constitucional, reconducir sus investigaciones y demás acciones en la medida que lo estimen necesario.

23. El fundamento de tal razonamiento es que este Tribunal entiende que debe respetarse la autonomía de las instituciones, más aún si es que al momento de expedirse la sentencia del Tribunal Constitucional no se tenía claro si es que tales

investigaciones del Ministerio Público habían sido formalizadas o si ya se había iniciado un proceso penal. Ahora bien, y en vista que podrían darse afectaciones indebidas a derechos de los procesados en base a una resolución que ya fue declarada nula, este Tribunal considera necesario exhortar a los miembros del Ministerio Público a que, en ejercicio de sus funciones de dirección de la investigación penal, se emitan los pronunciamientos correspondientes tomando en cuenta lo decidido por el Tribunal Constitucional.

Sobre la solicitud de difusión de la STC 1126-2011-HC/TC por medios de comunicación masiva, que el gobierno regional y local cesen de emitir cualquier forma de autorización para el ingreso de terceros en el territorio comunal y que se anule las autorizaciones ilegalmente emitidas

24. Sobre este punto, este Tribunal debe señalar que solo puede ejecutarse en base a lo ya resuelto en la sentencia en cuestión. En ese sentido, dado que no existe mandato alguno referido a la difusión por medios de comunicación masivos de la sentencia, el Tribunal Constitucional no puede atender a dicho requerimiento en los términos propuestos. Sin embargo, y pese a que ya hubo una publicación oficial de la sentencia, reconociendo que existe un especial interés en que se dé a conocer el contenido de la misma por tratarse de un caso emblemático, el Tribunal Constitucional dará a conocer su contenido en su propia página web y sus demás medios de comunicación, colaborando así con la difusión de los criterios asumidos en lo ya resuelto.
25. Por otro lado, y con relación al pedido consistente en instar al Gobierno Regional y Local a que dejen de emitir autorizaciones para el ingreso de terceros al territorios de la Comunidad Nativa Tres Islas, este Tribunal debe precisar que, en estricto cumplimiento del fallo de la sentencia, deben cesar los actos de violación de la propiedad comunal y autonomía de la comunidad.
26. Y es que de acreditarse que se están emitiendo actos administrativos que desconocen los derechos ya señalados en la sentencia, esos actos configurarían nuevos actos lesivos ante los cuales quedaría expedito el derecho de la actora para iniciar los procesos que estime pertinentes para reclamar y revertir la vulneración de dichos derechos.

Sobre la solicitud de que se reconozca el pago de costos y costas

27. La actora argumenta que el Tribunal Constitucional ha declarado fundada su demanda, y alega que se le debe pagar los costos y costas de acuerdo con lo estipulado en el artículo 56° del Código Procesal Constitucional (fojas 1112).

28. En la resolución N.º 30, de fecha 4 de marzo de 2013 (fojas 926), el Primer Juzgado Mixto de Tambopata rechaza la solicitud del pago de costos, señalando que el Tribunal no ha ordenado el pago de las costas y costas. Sin embargo, el artículo 56º del Código Procesal Constitucional señala que si la demanda es declarada fundada se debe imponer las costas y costos que el juez establezca a la autoridad, funcionario o persona demandada. La omisión de la referencia, entonces, no implica una denegatoria. Por el contrario, los jueces deben actuar con arreglo a la Constitución y a las leyes, y puesto que la ley impone la obligación de pago para este caso, el juez debe proceder en tal sentido.
29. Por consiguiente, en este caso, el pago debe ser exigido a los demandados. Por lo tanto, este extremo de la solicitud debe ser declarado fundado en atención a las consideraciones previas. En virtud de ello, el extremo referido al rechazo del pago de costos decidido en la Resolución N.º 30, de fecha 4 de marzo de 2013, debe ser declarado nulo en lo que respecta al Expediente N.º 00846-2010-0-2701-JR-PE-01. De otro lado, y en lo referido a las costas, debe tenerse presente que estas no pueden ser exigidas a entidades de la Administración Pública.

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

804

RESUELVE

1. Declarar **FUNDADO** en parte el *recurso de apelación por salto* a favor de la ejecución de sentencia emitida por el Tribunal Constitucional. En consecuencia, declarar **NULA** la Resolución N.º 34, de fecha 04 de abril de 2013 (fojas 961), que da por cumplida la sentencia constitucional 1126-2011-PHC/TC.
2. **ORDENAR** a la Sala Mixta y Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios o la que le pudiera corresponder, que cumpla con emitir nueva resolución disponiendo que la obligación de restituir la casa comunal y la tranquera, sea cumplida por Lucía Apaza Apaza y quienes conjuntamente con ella fueron demandantes en el proceso de Hábeas Corpus recogido en el Expediente N.º 00624-2010-0-2701-JR-PL-01 debiendo hacer uso de los apremios de ley.
3. **ORDENAR** que se remita copia certificada de esta sentencia a la Oficina de Control de la Magistratura (OCMA) para que proceda de acuerdo con sus atribuciones, y evalúe el comportamiento desarrollado por la Sala de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios, por no haber cumplido con los términos de la sentencia constitucional 1126-2011-PHC/TC.

4. **EXHORTAR** al Ministerio Público a que, en ejercicio de sus funciones, disponga el archivo de las investigaciones que se basen en consideraciones contrarias a los derechos de la Comunidad nativa tutelados en sede constitucional.
5. **DISPONER** que el pago de costos y costas a la recurrente sea abonado por los demandados.
6. **DISPONER** la mejor difusión de la sentencia recaída en el expediente 1126-2011-HC/TC conforme a lo dispuesto en el fundamento 24 de la presente resolución.
7. Declarar **IMPROCEDENTE** en cuanto a los demás extremos.

Publíquese y notifíquese.

SS.

URVIOLA HANI

MIRANDA CANALES

BLUME FORTINI

RAMOS NÚÑEZ

SARDÓN DE TABOADA

LEDESMA NARVÁEZ

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

EXP. N.º 01931-2013-PHC/TC

MADRE DE DIOS

JUANA GRISELDA PAYABA CACHICHE (EXP. 1126-2011- HC/TC)

AUTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Lima, 30 de julio de 2015

VISTO

El pedido de aclaración presentado contra el auto de fecha 19 de mayo de 2015, interpuesto por doña Juana Griselda Payaba Cachique; y,

ATENDIENDO A QUE

806

1. En el primer párrafo del artículo 121 del Código Procesal Constitucional se establece que el Tribunal Constitucional, de oficio o a instancia de parte, puede aclarar algún concepto o subsanar cualquier error material u omisión en que hubiese incurrido en sus sentencias.
2. La recurrente orienta su pedido a que se aclaren dos extremos del auto de fecha 19 de mayo de 2015, que resolvió el recurso de apelación por salto recaído en la etapa de ejecución del expediente 01931-2013-PHC/TC, señalando lo siguiente:
 - a. Solicita que se aclare desde cuándo corresponde el pago de los costos y costas procesales a favor de la Comunidad Nativa Tres Islas. Señala que los transportistas iniciaron el proceso de hábeas corpus con temeridad, y que en el proceso de amparo, reconvertido de hábeas corpus, se acreditó que los transportistas habían utilizado autorizaciones de rutas falsas.
 - b. Respecto de la restitución de los daños ocasionados al territorio y a la salud de los miembros de la Comunidad, solicita que se aclare si corresponde la restitución de dichos daños a favor de los miembros de la comunidad. Afirma que en su opinión hay conexión directa entre la falta de ejecución de la sentencia recaída en el expediente 01931-2013-PHC/TC y los daños ocasionados a la propiedad y la salud.
3. Este Tribunal, antes de pronunciarse sobre los pedidos que la demandante ha realizado, considera necesario recordar los parámetros sobre los cuales emite autos

de aclaración. Al respecto, el artículo 121 del Código Procesal Constitucional señala que el Tribunal Constitucional, de oficio o a instancia de parte, puede aclarar algún concepto. De esta disposición se desprende que se podrán presentar pedidos de aclaración frente a un pronunciamiento del Tribunal Constitucional, siempre y cuando se advierta que puedan generarse dudas o confusiones razonables que incidan en la ejecución¹ o la proyección de criterios hacia casos futuros.

4. Por lo tanto, deben descartarse de plano algunos pedidos que no responden a esta finalidad, como aquellos que buscan un nuevo examen de lo ya resuelto². Tampoco puede atenderse pedidos de aclaración en los supuestos en los cuales se propone discutir asuntos no planteados oportunamente o los que pretenden el debate de nuevas controversias. Por el contrario, algunos recursos planteados erróneamente como aclaraciones, eventualmente procederán como recursos de reposición, siempre y cuando se ajusten a lo dispuesto al respecto³.

Consideraciones del Tribunal Constitucional

5. En cuanto al primer punto sobre el cual se pide aclaración, la pregunta que formula la recurrente se encuentra orientada a que se esclarezca el momento desde el cual deben pagarse los costos y costas a los que hace referencia el auto del Tribunal Constitucional. En dicho auto se estimó que correspondía el pago, en vista de que el artículo 56 del Código Procesal Constitucional es imperativo al señalar que se disponga el pago de costos y costas aun cuando en la sentencia no se haya señalado expresamente. Se comprendió, así, que el juez de ejecución no debía dejar de observar la norma aun cuando el Tribunal Constitucional no se pronuncie sobre este extremo.
6. Ahora bien, dado que el auto que se ha sometido a aclaración es el emitido a consecuencia de un recurso de apelación por salto a favor de la ejecución de un proceso de amparo, el parámetro adecuado para el pago a requerirse no puede ser otro que el de los costos generados en el propio proceso de hábeas corpus, reconvertido en proceso de amparo, recaído en el expediente 01126-2011-HC/TC. Esto en razón de que el pronunciamiento que se ha pedido aclarar forma parte de dicho proceso.
7. En cuanto a la invocada restitución de los daños que se habrían ocasionado al territorio y a la salud de los miembros de la Comunidad Nativa Tres Islas, cabe

1 04196-2005-AA/TC-Aclaración f.2; 03143-2006-PA/TC, Aclaración f. 2; 01064-2005-AA/TC- Aclaración f.2; 06117-2006-AA/TC-Aclaración f.2.

2 01939-2011-PA/TC- Aclaración f. 1; 04168-2011-PC/TC-Aclaración f. 2; 00265-2012-PA/TC-Aclaración f. 2.

3 00162-2008-PC/TC- Reposición; 00545-2013-AA/TC-Reposición.

anotar que el auto en cuestión ha sido emitido con la corrección que requiere el referirse a hechos que no fueron materia de controversia. En ese sentido, si bien la demandante Juan Griselda Payaba Cachiche ha señalado que desde la emisión de la sentencia se han producido daños, aquella no es una situación que corresponda dilucidarse en la etapa de ejecución del proceso de amparo, la cual versa precisamente sobre lo ya decidido.

8. Este Tribunal considera necesario recordar que los procesos constitucionales de la libertad como el amparo son de tutela urgente, y por ende, cuentan con una estructura diseñada específicamente para los fines que la propia Constitución les ha fijado. Como consecuencia de ello, estos procesos, si bien son flexibles, carecen de etapa probatoria y son subsidiarios a la tutela que pueda otorgarse por la judicatura ordinaria. En consecuencia, no toda controversia que esté relacionada a la afectación de derechos fundamentales corresponde ser conocida en un proceso constitucional, máxime si estamos en la etapa de ejecución de sentencia.
9. En ese orden de ideas, respecto del segundo punto propuesto por la demandante como elemento a dilucidar, este Tribunal debe limitarse a aclarar que el fundamento 21 del auto en cuestión se refiere a que la demandante puede obtener tutela en vías distintas a la constitucional. Aquello dependerá, como es natural, de lo que específicamente solicite; y de que, en principio, cuente con la posibilidad de acreditar lo que argumenta.

808

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú,

RESUELVE, dejándose constancia que el magistrado Blume Fortini votará en fecha posterior por encontrarse con licencia,

ACLARAR el auto del Tribunal Constitucional de fecha 19 de mayo de 2015, conforme a lo expuesto en los fundamentos 6 y 9 del presente auto.

Publíquese y notifíquese.

SS.

URVIOLA HANI

MIRANDA CANALES

BLUME FORTINI

RAMOS NÚÑEZ

SARDÓN DE TABOADA

LEDESMA NARVÁEZ

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

EXP. N.º 01931-2013-PHC/TC

MADRE DE DIOS

JUANA GRISELDA PAYABA CACHICHE (EXP. 1126-2011- HC/TC)

VOTO DEL MAGISTRADO BLUME FORTINI

En la fecha, 14 de agosto de 2015, emito el presente voto adhiriéndome, por las razones expresadas en ella, a la resolución aprobada el 30 de julio de 2015.

Sr.

BLUME FORTINI

Sentencia 00295-2012-HC/TC

Proceso de habeas corpus interpuesto por Aristóteles Román Arce Paucar. El Tribunal estimó la demanda por afectación del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable y estableció doctrina jurisprudencial vinculante.

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 3 de junio de 2015

Resumen: El Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda en lo que se refiere a la afectación del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable y estableció doctrina jurisprudencial vinculante para todos los jueces y tribunales del país, de conformidad con el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, debiendo aplicarse inclusive a los procesos judiciales en trámite, respecto al mencionado derecho.

811

El Tribunal señaló que el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable constituye una manifestación implícita del derecho al debido proceso reconocido en el artículo 139, inciso 3, de la Constitución, y que el plazo de un proceso o un procedimiento será razonable sólo si comprende un lapso de tiempo que resulte necesario y suficiente para el desarrollo de las actuaciones procesales necesarias y pertinentes que requiere el caso concreto, así como para el ejercicio de los derechos de las partes de acuerdo a sus intereses, a fin de obtener una respuesta definitiva en la que se determinen los derechos u obligaciones de las partes.

A fin de determinar si en cada caso concreto se ha producido o no la violación del derecho al plazo razonable del proceso o a ser juzgado dentro de un plazo razonable se deberán evaluar los siguientes criterios: (i) la complejidad del asunto; (ii) la actividad o conducta procesal del interesado; y (iii), la conducta de las autoridades judiciales. Estos criterios permitirán apreciar si el retraso o dilación es indebido o no, y deberán ser analizados según las circunstancias de cada caso concreto.

Asimismo, el Tribunal determinó que el cómputo del plazo razonable del proceso inicia con la apertura de la investigación preliminar del delito, el cual comprende la investigación policial o la investigación fiscal; o desde el inicio del proceso judicial en

los casos de delitos de acción privada. Es decir, comienza con la indicación oficial del Estado a una persona como sujeto de una persecución penal. Por otro lado, el momento final del cómputo del plazo razonable del proceso penal opera en el momento en que el órgano jurisdiccional expide la decisión definitiva que resuelve la situación jurídica de la persona.

Respecto a las consecuencias jurídicas derivadas de la afectación al plazo razonable, el Tribunal señaló que esto no conlleva al archivo definitivo o la conclusión del proceso judicial de que se trate, sino que corresponde la reparación *in natura* por parte de los órganos jurisdiccionales, la misma que consiste en emitir el pronunciamiento definitivo sobre el fondo del asunto en el plazo más breve posible.

Por tanto, el Tribunal ordenó a la Tercera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia del Callao que en el plazo de quince días naturales, contados desde la fecha de notificación del fallo, emita y notifique la correspondiente sentencia que decida la situación jurídica del recurrente.

Temas Claves: Cómputo del plazo – derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable – doctrina jurisprudencial vinculante.

EXP. N.º 00295-2012-PHC/TC
LIMA
ARISTÓTELES ROMÁN ARCE PAUCAR

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 14 días del mes de mayo de 2015, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Urviola Hani, Presidente; Miranda Canales, Vicepresidente; Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada, Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional, interpuesto por Betty Emilia Criado Nogales, abogada de Aristóteles Román Arce Paucar, contra la sentencia de fecha 5 de octubre de 2011, expedida por la Primera Sala Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 304, la cual revocó la sentencia que declaró fundada la demanda, y, reformándola, declaró improcedente dicha demanda.

813

ANTECEDENTES

Con fecha 16 de febrero de 2011, Aristóteles Román Arce Paucar interpone demanda de hábeas corpus contra los jueces de la Tercera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia del Callao Peirano Sánchez, Benavides Vargas y Milla Aguilar. Alega la vulneración de sus derechos a ser juzgado dentro de un plazo razonable y a la libertad personal en el proceso penal que se le sigue por la presunta comisión del delito de usurpación agravada, en agravio de la Compañía Constructora e Inmobiliaria Bacilio López S.A., y otros (Exp. 614-2006).

Sostiene que el referido proceso penal iniciado el 6 de abril de 2006 viene siendo dilatado por el denunciante, Jovino López Medina (representante de la Compañía Constructora e Inmobiliaria Bacilio López S.A.) a través de diversas argucias legales. Agrega que tal accionar también ha sido recogido por los jueces demandados, toda vez que, pese a haberse vencido en forma reiterada el plazo de investigación del proceso, y a haber sido absuelto hasta en dos oportunidades, la Sala Superior demandada ha anulado los actuados y ha ordenado la ampliación del plazo investigatorio sin motivo alguno, a fin de que se le continúe investigando.

Al respecto, enfatiza que, mediante la resolución de fecha 22 de diciembre de 2010 (f. 130), la Sala Superior emplazada anuló la sentencia absolutoria porque supuestamente se había cometido un error de tipificación del hecho delictivo, respecto del cual las partes no se habrían defendido. Ello en su opinión resulta un absurdo, puesto que, en estos casos, el único que tiene que defenderse es el imputado, y éste había sido absuelto. Asimismo, porque supuestamente no se había motivado de manera adecuada la resolución de la excepción de naturaleza de acción, con lo cual el único afectado sería en todo caso el inculpado, y no el agraviado. Por último, señala que él es el único procesado y que se investiga un solo delito, por lo que dicho proceso no puede ser calificado como proceso complejo, y, no obstante ello, han transcurrido más de 5 años sin que exista decisión definitiva que resuelva su situación jurídica, lo cual vulnera sus derechos a ser juzgado dentro de un plazo razonable y a la libertad personal.

Investigación sumaria

El Procurador Público del Poder Judicial contesta la demanda y solicita que la misma sea declarada improcedente, bajo el argumento de que Sala Superior emplazada ha observado las garantías inherentes al debido proceso, pues, ante la existencia de vicios o defectos en la tramitación del cuestionado proceso, ordenó la nulidad de las resoluciones emitidas, disponiendo la ampliación de la investigación (fojas 53).

814

El demandante reitera los extremos de su demanda y enfatiza que el proceso penal seguido en su contra es uno sumario y han transcurrido seis años desde su inicio, sin que a la fecha exista sentencia definitiva (fojas 62).

Los magistrados emplazados afirman que en el proceso penal en cuestión, el demandante ha deducido e impulsado una serie de medios de defensa, contribuyendo así a que los plazos del proceso se dilaten, a pesar de que dichos medios finalmente han sido declarados infundados y/o improcedentes. Asimismo, sostienen que la resolución cuestionada ha sido dictada conforme a ley (fojas 135 y 142).

Resolución de primer grado

El Décimo Primer Juzgado Penal de Lima, con fecha 18 de julio de 2011 (f. 148), declaró fundada la demanda, y, en consecuencia, declaró nula la resolución de fecha 22 de diciembre de 2010, ordenando que la Sala Superior emplazada en el plazo de 30 días emita sentencia que defina la situación jurídica del demandante, por considerar que han transcurrido más de 5 años desde que inició el proceso penal, pese a que se investiga un solo delito contra un solo imputado, sin que exista el control de los plazos por parte del juez, y que el demandante no ha tenido una actuación obstruccionista. Asimismo, señaló que no se motivó los hechos que no fueron debidamente investigados y que determinaron la ampliación de la instrucción por un plazo adicional.

Resolución de segundo grado

La Primera Sala Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima revocó la sentencia apelada, y reformándola, declaró improcedente la demanda, por considerar que la dilación del proceso penal no puede ser atribuida a los jueces emplazados, toda vez que fue el Ministerio Público el que solicitó que se actuaran otras pruebas, a fin de que no se afecte el derecho de defensa de las partes procesales.

El Tribunal Constitucional, mediante resolución de fecha 3 de mayo de 2012, y, sobre la base del principio de economía procesal, considera que el titular del Segundo Juzgado Penal Transitorio del Callao también había participado en la tramitación del proceso penal en cuestión, optó por una medida alternativa y excepcional. Además, porque, previo a emitir pronunciamiento que ponga fin a la controversia, le notificó el recurso de agravio constitucional al juez referido, otorgándole un plazo de cinco días hábiles para que ejerza su derecho de defensa. La citada resolución fue notificada el 17 de setiembre de 2012, sin que a la fecha haya remitido respuesta alguna. En consecuencia, la causa se encuentra expedita para emitirse en ella resolución definitiva.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

815

1. El objeto de la demanda es que se ordene que el Poder Judicial, a través del órgano jurisdiccional correspondiente, emita sentencia definitiva que resuelva la situación jurídica del demandante Aristóteles Román Arce Paucar en el proceso penal que se le sigue por la presunta comisión del delito de usurpación agravada (Exp. 0614-2006). Se alega la vulneración de sus derechos a ser juzgado dentro de un plazo razonable y a la libertad personal.

El derecho al plazo razonable del proceso o a ser juzgado dentro de un plazo razonable

2. El derecho al plazo razonable de los procesos en general se encuentra expresamente reconocido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14.3.c) y en la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 8.1). Este último instrumento internacional establece que “toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”. En ese sentido, está fuera de toda duda que el contenido del derecho al plazo razonable del proceso despliega sus

efectos jurídicos a todo tipo de proceso o procedimiento penal, civil, laboral, administrativo, corporativo, etc.

3. El derecho al plazo razonable del proceso o a ser juzgado dentro de un plazo razonable constituye una manifestación implícita del derecho al debido proceso reconocido en el artículo 139.3 de la Constitución. El plazo de un proceso o un procedimiento será razonable sólo si es que aquél comprende un lapso de tiempo que resulte necesario y suficiente para el desarrollo de las actuaciones procesales necesarias y pertinentes que requiere el caso concreto, así como para el ejercicio de los derechos de las partes de acuerdo a sus intereses, a fin de obtener una respuesta definitiva en la que se determinen los derechos u obligaciones de las partes.
4. Para determinar si, en cada caso concreto, se ha producido o no la violación del derecho al plazo razonable del proceso o a ser juzgado dentro de un plazo razonable, este Tribunal, siguiendo la jurisprudencia establecida básicamente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha precisado que se deben evaluar los siguientes criterios:
 - i) la complejidad del asunto, en el que se consideran factores tales como la naturaleza y gravedad del delito, los hechos investigados, los alcances de la actividad probatoria para el esclarecimiento de los hechos, la pluralidad de agraviados o inculpados, o algún otro elemento que permita concluir, con un alto grado de objetividad, que la dilucidación de un determinado asunto resulta particularmente complicada y difícil.
 - ii) la actividad o conducta procesal del interesado, en el que se evalúa si su actitud ha sido diligente o ha provocado retrasos o demoras en el proceso, por cuanto si la dilación ha sido provocada por él no cabe calificarla de indebida. En ese sentido, habrá que distinguir entre el uso regular de los medios procesales que la ley prevé y la actitud obstruccionista o la falta de cooperación del interesado, la cual estaría materializada en la interposición de recursos que, desde su origen y de manera manifiesta se encontraban condenados a la desestimación. En todo caso, corresponde al juez demostrar la conducta obstruccionista del interesado; y,
 - iii) la conducta de las autoridades judiciales, donde se evalúa el grado de celeridad con el que se ha tramitado el proceso, sin perder de vista en ningún momento el especial celo que es exigible a todo juez encargado de dilucidar una causa. Para ello, será preciso examinar las actuaciones u omisiones de los órganos judiciales en la tramitación de la causa. Las indebidas e injustificadas acumulaciones o desacumulaciones de procesos; la suspensión reiterada e injustificada del juicio oral; la admisión y/o la actuación de una

prueba manifiestamente impertinente; la reiterada e indebida anulación por parte del órgano jurisdiccional de segundo grado respecto de las decisiones del órgano jurisdiccional de primer grado, etc., vienen a ser ejemplos de lo primero. La inobservancia injustificada de los horarios para la realización de las diligencias; la demora en la tramitación y resolución de los medios impugnatorios, etc., vienen a ser ejemplos de lo segundo.

Estos criterios permitirán apreciar si el retraso o dilación es indebido o no, y han de ser analizadas caso por caso: es decir, según las circunstancias de cada caso concreto.

Inicio y fin del cómputo del plazo razonable del proceso

5. Ahora bien, el cómputo del plazo razonable del proceso debe iniciarse desde el momento en que la persona conoce de la atribución o del cargo que le afecta a sus intereses, y culmina con la decisión que resuelve de manera definitiva su situación jurídica o determina sus derechos u obligaciones. En el ámbito del proceso penal, se ha señalado que el cómputo del plazo razonable comienza a correr desde el primer acto del proceso dirigido contra la persona como presunto responsable de un delito, el que a su vez puede estar representado por: **i)** la fecha de aprehensión o detención judicial preventiva del imputado, o **ii)** la fecha en que la autoridad judicial toma conocimiento del caso; entendiéndose en términos generales que dicho acto lo constituye el auto de apertura de instrucción (Cfr. STC 5350-2009-PHC, F.J. 45; STC 2700-2012-PHC, F.J. 7; STC 0350-2013-PHC, F.J. 3.3, entre otras).
6. Este Tribunal Constitucional considera que dicha doctrina jurisprudencial merece ser precisada en el sentido de que el cómputo del plazo razonable del proceso penal comienza a correr desde la apertura de la investigación preliminar del delito, el cual comprende la investigación policial o la investigación fiscal; o desde el inicio del proceso judicial en los casos de delitos de acción privada, por constituir el primer acto oficial a través del cual la persona toma conocimiento de que el Estado ha iniciado una persecución penal en su contra. Ahora bien, conviene precisar que el momento inicial puede coincidir con la detención policial o con otra medida restrictiva de derechos, pero que tal supuesto no constituye requisito indispensable para habilitar el inicio del cómputo del plazo, pues es claro que aquél momento comienza con la indicación oficial del Estado a una persona como sujeto de una persecución penal.
7. En relación a la finalización del cómputo del plazo, este Tribunal Constitucional, en reiterada jurisprudencia, ha establecido que el momento final del cómputo del plazo razonable del proceso penal opera en el momento en que el órgano

jurisdiccional expide la decisión definitiva que resuelve la situación jurídica de la persona. Y este examen, a juicio del Tribunal, se debe efectuar en relación con la duración total del proceso penal que se desarrolla contra la persona (análisis global del proceso) hasta que se dicte sentencia definitiva y firme que resuelva su situación jurídica, incluyendo los recursos previstos en la ley y que pudieran eventualmente presentarse (Cfr. STC 5350-2009-PHC, F.J. 19; STC 4144-2011-PHC, F.J. 20 entre otras).

Las consecuencias jurídicas derivadas de la afectación al derecho al plazo razonable del proceso o a ser juzgado dentro de un plazo razonable

8. Por otro lado, en relación a las consecuencias jurídicas que se generan cuando se constata la violación del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, inicialmente el Tribunal señaló que ello conlleva a la exclusión del imputado del proceso penal (Cfr. STC 3509-2009-PHC, F.J. 39). Posteriormente, advirtió que el órgano jurisdiccional debía emitir y notificar, en el plazo máximo de 60 días naturales, la sentencia que defina la situación jurídica, bajo apercibimiento de darse por sobreesido el proceso penal, no pudiendo ser nuevamente investigado ni procesado por los mismos hechos, por cuanto ello conllevaría la vulneración del principio *ne bis in idem* (Cfr. STC 5350-2009-PHC, F.J. 40).
9. Al respecto, este Tribunal Constitucional considera pertinente definir la línea jurisprudencial fijada, y, por tanto, precisar que la eventual constatación por parte de la judicatura constitucional de la violación del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable no puede ni debe significar el archivo definitivo o la conclusión del proceso judicial de que se trate (civil, penal, laboral, etc.), sino que, bien entendidas las cosas, lo que corresponde es la reparación *in natura* por parte de los órganos jurisdiccionales, la misma que consiste en emitir el pronunciamiento definitivo sobre el fondo del asunto en el plazo más breve posible.
10. El Tribunal Constitucional arriba a dicha conclusión por cuanto entiende que el derecho al plazo razonable del proceso es un derecho de naturaleza inclusiva, en la medida en que su ámbito de tutela puede alcanzar a más de un titular. Así, tratándose de un proceso penal, la cobertura constitucional puede alcanzar no sólo al procesado, sino también a la víctima o la parte civil. Por ello, es posible que, cada vez que se determine la violación del derecho al plazo razonable del proceso, se afecte también el derecho a obtener satisfacción jurídica en un tiempo razonable de la víctima o la parte civil. Y es que, una situación como la descrita, esto es, la prolongación del proceso más allá de lo razonable, podría afectar por igual a ambas partes; y si ello es así, debería considerarse también la tutela del

derecho de la víctima o la parte civil. De ahí la necesidad de que la consecuencia jurídica sea la emisión de la decisión que resuelva de manera definitiva la situación jurídica del procesado. Dicho con otras palabras, que el órgano jurisdiccional emita pronunciamiento definitivo sobre el fondo del asunto en el plazo más breve posible.

11. Así las cosas, este Tribunal considera que, en el caso de un proceso penal, no puede establecerse por ejemplo, la exclusión del procesado, el sobreseimiento del proceso o el archivo definitivo del proceso penal como si fuera equivalente a una decisión de absolución emitida por el juez ordinario, sino que, actuando dentro del marco constitucional y democrático del proceso penal, el órgano jurisdiccional debe emitir el pronunciamiento definitivo sobre el fondo del asunto en el plazo más breve posible, declarando la inocencia o responsabilidad del procesado, y la consiguiente conclusión del proceso penal. En cualquier caso, como es obvio, tal circunstancia no exime de las responsabilidades a que hubiere lugar para quienes incurrieron en ella, y que deben ser dilucidados por los órganos competentes (Cfr. STC 3689-2008-PHC, F.J. 10).
12. Por último, el referido plazo más breve posible para la emisión del pronunciamiento que resuelva de manera definitiva la situación jurídica del procesado debe ser fijado o establecido según las circunstancias concretas de cada caso. Y es que el plazo para el pronunciamiento definitivo sobre el fondo del asunto no debe ser fijado una vez y para siempre, de modo que sea aplicable en todos los casos, sino que éste debe ser fijado de manera objetiva y razonable por el juez constitucional en atención a las circunstancias concretas de cada caso, sobre todo teniendo en cuenta el estado actual del proceso, por cuanto la fijación del mismo puede resultar un imposible en algunos casos y/o puede constituir un exceso en otros.

819

Análisis del caso materia de controversia constitucional

13. Del examen de los documentos que obran en autos, y de las declaraciones de las partes, este Tribunal considera que la demanda debe ser estimada, sobre la base de las siguientes consideraciones:
 - a) A fojas 93 obra el auto de apertura de instrucción de fecha 6 de abril de 2006, por el que se resuelve abrir instrucción contra el recurrente (único procesado) en la vía sumaria por el delito contra el patrimonio, usurpación agravada, dictándosele mandato de comparecencia restringida.
 - b) Con fecha 10 de octubre de 2008, el Primer Juzgado Penal Transitorio del Callao dictó sentencia absolutoria (fojas 101). La Tercera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia del Callao, por resolución de fecha 20 de abril

de 2009 (fojas 23), declaró nula la precitada sentencia, por considerar que mediante resolución de fecha 1 de octubre de 2008 se avocó al proceso un nuevo juzgador. Por ende, en su opinión lo que la parte agraviada no pudo ejercer es su derecho de defensa, toda vez que sus alegatos escritos los presentó ante el anterior juez, lo que motivaría su solicitud de un nuevo informe oral que permita al nuevo juzgador conocer su pretensión antes del dictado de la sentencia, más aún cuando con fecha posterior a la sentencia (28 de octubre de 2008) se le notificó con la resolución de fecha 1 de octubre de 2008.

- c) Con fecha 30 de marzo de 2010, el Segundo Juzgado Penal Transitorio del Callao (fojas 108) absolvió al recurrente de la acusación fiscal; sin embargo, esta segunda sentencia absolutoria fue declarada nula por resolución de fecha 22 de diciembre de 2010 expedida por la Tercera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia del Callao (fojas 130) al resolver la apelación presentada por la parte agraviada, por considerar que: a) el fiscal modificó la acusación inicial al incorporar el inciso 2 del artículo 202° del Código Penal, sobre lo cual que las partes no tuvieron oportunidad de defenderse; b) los fundamentos para declarar infundada la excepción de naturaleza de acción son los mismos para determinar la absolución del recurrente; y, c) el Ministerio Público ha solicitado la ampliación de la instrucción al considerar que faltan actuar algunos elementos probatorios, declarando insubsistente el dictamen fiscal de fecha 7 de febrero de 2008 y ordenando la ampliación de la instrucción por 25 días.
- d) A fojas 79 obra la razón de la secretaria en la que se da cuenta al juez del Segundo Juzgado Transitorio del Callao de la remisión de los actuados por parte de la Sala emplazada por haberse ordenado la ampliación de la instrucción, lo que a dicha fecha no se había cumplido por las “recargadas labores propias de la secretaria”; expidiéndose con fecha 3 de mayo de 2011 la resolución que recién da cumplimiento a lo ordenado por la Sala; es decir, se dispone la ampliación de la instrucción.

14. De la simple constatación de las fechas se advierte que existe dilación en el trámite del proceso penal cuestionado, demora que este Tribunal considera que no es atribuible a Aristóteles Román Arce Páucar, debiéndose tener presente que se trata de un proceso sumario en el que el único procesado es el recurrente y que el juez no ha fundamentado la dilación por una especial dificultad del proceso que lo derive en complejo. Si bien los magistrados emplazados, en sus declaraciones, arguyen que los medios de defensa presentados por el recurrente han contribuido

a la dilación del proceso, en autos no se aprecia algún apercibimiento que el juez hubiese podido decretar contra el recurrente por una conducta renuente a las citaciones del juzgado o que los medios de defensa presentados –conforme al derecho de defensa que le asiste a todo procesado– hayan sido considerados como maliciosos. Asimismo, a la fecha no obra en autos documento que acredite que se haya determinado definitivamente la situación jurídica del recurrente.

15. Por lo expuesto, este Tribunal declara que la dilación ocurrida en el trámite del proceso penal, Expediente N.º 614-2006, viola el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, implícito en el artículo 139º inciso 3, de la Constitución.

Efectos de la sentencia

16. En cuanto a los efectos de la decisión en el presente caso, y de acuerdo a la nueva línea jurisprudencial fijada en esta sentencia, el Tribunal Constitucional ha precisado que si se constata la violación del derecho al plazo razonable del proceso como consecuencia de estimarse la demanda, se ordenará al órgano jurisdiccional que conoce el proceso penal que, en un plazo máximo de sesenta días naturales, según sea el caso, emita y notifique la correspondiente sentencia que defina la situación jurídica del procesado, bajo apercibimiento.
17. Por consiguiente, la Tercera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia del Callao, en el plazo de quince días naturales, deberá emitir la sentencia que decida la situación jurídica de Aristóteles Román Arce Páucar, no pudiendo el actor ser nuevamente investigado ni procesado por los mismos hechos, por cuanto ello conllevaría la vulneración del principio *ne bis in idem*.
18. Asimismo, la presente sentencia deberá ser puesta en conocimiento del Consejo Nacional de la Magistratura y de la Oficina de Control de la Magistratura para que inicien las investigaciones pertinentes a los jueces que vulneraron el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable.

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

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda en lo que se refiere a la afectación del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable.
2. **ORDENAR** a la Tercera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia del Callao que en el plazo de quince días naturales, contados desde la fecha de notificación del presente fallo, emita y notifique la correspondiente sentencia que decida la

situación jurídica de Aristóteles Román Arce Páucar, expediente penal N.º 614-2006.

3. Poner la presente sentencia en conocimiento de la Oficina de Control de la Magistratura para que investigue el comportamiento del juez del Segundo Juzgado Penal Transitorio y de los magistrados de la Tercera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia del Callao, por la excesiva dilación en la tramitación del proceso penal, Expediente N.º 614-2006.
4. Declarar que, a partir de la fecha, los fundamentos 6, 7, 9, 10, 11 y 12 de la presente sentencia constituyen doctrina jurisprudencial vinculante para todos los jueces y tribunales del país, de conformidad con el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, debiendo aplicarse inclusive a los procesos judiciales en trámite.

Publíquese y notifíquese.

SS.

URVIOLA HANI

MIRANDA CANALES

BLUME FORTINI

RAMOS NÚÑEZ

SARDÓN DE TABOADA

LEDESMA NARVÁEZ

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Sentencia 03655-2011-PA/TC

Proceso de amparo interpuesto por el Sindicato de Empleados de la Administradora Clínica Ricardo Palma S.A. El Tribunal desestimó la demanda sobre negociación colectiva y libertad sindical.

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 15 de junio de 2015

Resumen: El Tribunal Constitucional declaró infundada la demanda interpuesta por el recurrente, un sindicato minoritario, en la cual alegaba la vulneración de sus derechos constitucionales a la negociación colectiva, a la libertad sindical y a la no discriminación, entre otros, al haber sido excluido de la negociación colectiva con su empleador en beneficio del sindicato mayoritario.

823

El Tribunal determinó que la demanda era infundada conforme a la normativa aplicable, y en razón al sistema de mayor representación para iniciar la negociación colectiva, según el cual se otorga al sindicato que afilie a la mayoría absoluta de los trabajadores dentro de su ámbito, la representación de la totalidad de los trabajadores, incluso de los trabajadores no sindicalizados.

El Tribunal precisó también que esto, bajo ninguna circunstancia, puede significar la exclusión de la participación de un sindicato minoritario en el procedimiento de negociación colectiva, esto es, que se pretenda limitar en forma absoluta su representación o el ejercicio de los derechos inherentes a la libertad sindical. Así, dentro del ámbito en el que ejercen o representan sus intereses los sindicatos minoritarios, los pliegos, las propuestas, los reclamos u otros deben ser canalizados, escuchados o incluso, si fuera el caso, integrados en forma activa en la negociación que lleve a cabo el sindicato mayoritario, el cual es quien presenta finalmente de manera anual el pliego de reclamos. El sindicato mayoritario, por su parte, tiene el deber de recibir todas las propuestas de las minorías sindicales y concertar de la mejor forma posible todos los intereses de las partes involucradas.

Temas Claves: Igualdad y no discriminación — libertad sindical — negociación colectiva.

EXP. N.º 03655-2011-PA/TC

LIMA

SINDICATO DE EMPLEADOS DE LA ADMINISTRADORA CLÍNICA RICARDO PALMA S.A.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 21 días del mes de julio de 2014, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Miranda Canales, Sardón de Taboada y Ledesma Narváz, en reemplazo del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera, por encontrarse con licencia, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

824 Recurso de agravio constitucional interpuesto por el Sindicato de Empleados de Administradora Clínica Ricardo Palma S.A. contra la sentencia de fojas 401, su fecha 23 de mayo de 2011, expedida por la Séptima Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 3 de diciembre de 2008, el Sindicato de Empleados de la Administradora Clínica Ricardo Palma S.A. interpone demanda de amparo contra el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, solicitando que se dejen sin efecto el Auto Sub Directoral N.º 053-2008-MTPE/2/12.210, de fecha 7 de julio de 2008, el Auto Directoral N.º 138-2008-MTPE/2/12.2, de fecha 16 de setiembre de 2008 y las resoluciones de fecha 26 de setiembre y 17 de octubre de 2008; y que, en consecuencia, el ministerio emplazado prosiga con el trámite de la negociación colectiva por el periodo 2008-2009, que se tramita ante la Subdirección de Negociaciones Colectivas de Lima, Expediente N.º 43440-2008-MTPE/2/12/12.210. Refiere que se le impide seguir con el trámite de negociación colectiva por tratarse de un sindicato minoritario, lo cual vulnera los derechos constitucionales a la negociación colectiva, de sindicación, debido proceso, tutela jurisdiccional y a la no discriminación.

El procurador público del ministerio emplazado contesta la demanda argumentando que el Auto Sub Directoral N.º 453-2008-MTPE/2/12.210 y las demás resoluciones

emitidas dentro del Expediente N.º 43440-2008-MTPE/2/12.210 se sujetan a lo dispuesto en la normatividad legal vigente y que se dispuso el archivamiento de la negociación colectiva, porque el sindicato recurrente no tenía la representatividad legal para seguir con dicho trámite, pues el Sindicato de Trabajadores de la Administradora Clínica Ricardo Palma S.A. reúne a la mayoría de los trabajadores.

El Vigésimo Cuarto Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, con fecha 30 de octubre de 2009, declaró improcedente la demanda por estimar que existen hechos controvertidos que deben ser dilucidados en una vía procedimental que cuente con etapa probatoria.

La sala superior revisora confirmó la apelada por considerar que las resoluciones cuestionadas han sido emitidas conforme a lo dispuesto por el artículo 9.º del Decreto Supremo N.º 010-2003-TR, que aprueba el T.U.O. de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, pues el sindicato demandante no ejerce la representatividad mayoritaria de los trabajadores de la empresa emplazada; por lo que, los hechos y el petitorio no se encuentran referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado, debiendo recurrirse a la vía del proceso contencioso administrativo, pues en esencia se cuestionan actos administrativos.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. La pretensión de la demanda es que se dejen sin efecto el Auto Sub Directoral N.º 053-2008-MTPE/2/12.210, de fecha 7 de julio de 2008, el Auto Directoral N.º 138-2008-MTPE/2/12.2, de fecha 16 de setiembre de 2008, y las resoluciones de fechas 26 de setiembre y 17 de octubre de 2008; y que, como consecuencia de ello, se ordene al ministerio demandado la continuación de la negociación colectiva para el periodo 2008-2009. Refiere que las referidas resoluciones administrativas emitidas por el referido ministerio vulneran los derechos a la libertad sindical, a la negociación colectiva, de sindicación, al debido proceso y a la igualdad.

Procedencia de la demanda

2. Conforme a los hechos expuestos por el sindicato demandante, se aprecia que en el presente caso se encuentra comprometido los derechos fundamentales de sindicación y a la negociación colectiva; por lo que, de acuerdo al artículo 37.º, numeral 11, del Código Procesal Constitucional, que dispone que el proceso de amparo procede en defensa de dichos derechos, este Tribunal examinará el fondo del asunto.

Análisis de la controversia

3. El sindicato recurrente, con fecha 8 de febrero de 2008, presentó ante la Subdirección de Negociaciones Colectivas del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, su pliego de reclamos para el periodo 2008-2009 y su proyecto de convención colectiva para que se ordene el inicio de la negociación colectiva con la Administradora Clínica Ricardo Palma S.A. (fs. 2 a 7). La Autoridad de Trabajo, mediante resolución de fecha 14 de febrero de 2008, emitida en el Expediente N.º 43440-2008-MTPE/2/12.210, dispuso notificar a las partes para que se dé inicio a la negociación colectiva (f. 8).
4. La Administradora Clínica Ricardo Palma S.A., con fecha 26 de febrero de 2008, se apersona ante la Autoridad de Trabajo señalando que había iniciado trato directo con el Sindicato de Trabajadores Administradora Clínica Ricardo Palma S.A., que constituye el sindicato mayoritario y, por tanto, es el que ejerce la representación sindical de todos los trabajadores; y, por ello, no corresponde que negocie colectivamente con el sindicato recurrente. La referida sociedad sustentó su posición en lo dispuesto en el artículo 9.º del Decreto Supremo N.º 010-2003-TR, que aprueba el T.U.O. de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo y en el artículo 34.º del Decreto Supremo N.º 011-92-TR (fs. 12 a 16).
5. Es así que, mediante Auto Sub Directoral N.º 053-2008-MTPE/2/12.210, de fecha 7 de julio de 2008, se declaró “fundada la oposición planteada por la empresa Administradora Clínica Ricardo Palma S.A. al trámite del pliego de reclamos correspondiente al periodo 2008-2009”, fundamentándose la denegatoria en lo establecido en las normas legales antes citadas (fs. 18 a 20). La referida resolución administrativa es confirmada mediante Auto Directoral N.º 138-2008-MTPE/2/12.2, de fecha 16 de setiembre de 2008 (fs. 29 a 31). Asimismo, mediante resolución de fecha 26 de setiembre de 2008, se resuelve declarar improcedente el recurso de revisión interpuesto por el sindicato recurrente contra el Auto Directoral N.º 138-2008-MTPE/2/12.2 (f. 38). Finalmente, mediante resolución del 17 de octubre de 2008, se dispuso el archivamiento del procedimiento de la negociación colectiva (f. 40).
6. Como es de advertirse, la controversia se circunscribe a determinar si la aplicación por parte de la Autoridad de Trabajo del primer párrafo de los artículos 9.º del Decreto Supremo N.º 010-2003-TR, TUO y 34.º del Decreto Supremo N.º 011-92-TR afectan el derecho a la negociación colectiva y, consecuentemente, el derecho de sindicación del sindicato demandante; pues, en atención a ello, la Autoridad de Trabajo ha considerado que éste resulta ser minoritario por contar con solamente 258 afiliados con relación a los 396 afiliados con los que cuenta el

sindicato mayoritario (Sindicato de Trabajadores Administradora Clínica Ricardo Palma), por lo que no cuenta con la representación para negociar.

7. En efecto, cabe señalar que el artículo 9.º del Decreto Supremo N.º 010-2003-TR, que aprueba el T.U.O. de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo establece que:

“En materia de negociación colectiva, el sindicato que afilie a la mayoría absoluta de los trabajadores comprendidos dentro de su ámbito asume la representación de la totalidad de los mismos, aunque no se encuentren afiliados.

De existir varios sindicatos dentro de un mismo ámbito, podrán ejercer conjuntamente la representación de la totalidad de los trabajadores los sindicatos que afilien en conjunto a más de la mitad de ellos.

En tal caso, los sindicatos determinarán la forma en que ejercerán esa representación, sea a prorrata, proporcional al número de afiliados, o encomendada a uno de los sindicatos. De no haber acuerdo, cada sindicato representa únicamente a sus afiliados”.

8. En este sentido, el artículo 34.º del Decreto Supremo N.º 011-92-TR, que aprueba el reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo dispone que

827

“En concordancia con lo dispuesto en los artículos 9 y 47 de la Ley, en materia de negociación colectiva, la representación de todos los trabajadores del respectivo ámbito, a excepción del personal de dirección y de confianza, será ejercida por el sindicato cuyos miembros constituyan mayoría absoluta respecto del número total de trabajadores del ámbito correspondiente. Para estos efectos, se entiende por ámbito, los niveles de empresa, o los de una categoría, sección o establecimiento de aquélla; y los de actividad, gremio y oficios de que trata el Artículo 5 de la Ley.

En el caso que ningún sindicato de un mismo ámbito afilie a la mayoría absoluta de trabajadores de éste, su representación se limita a sus afiliados.

Sin embargo, los sindicatos que en conjunto afilien a más de la mitad de los trabajadores del respectivo ámbito, podrán representar a la totalidad de tales trabajadores a condición de que se pongan de acuerdo sobre la forma en que ejercerán la representación de sus afiliados. De no existir acuerdo sobre el particular, cada uno de ellos sólo representará a sus afiliados”.

9. Antes de ingresar al análisis de la controversia, resulta necesario recordar que el artículo 28.º 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. Asimismo, de acuerdo con los Convenios de la OIT N^{os} 98 y 151, que forman parte del bloque de constitucionalidad del artículo 28.º de la Constitución, puede entenderse a la negociación colectiva como el procedimiento que permite crear acuerdos y materializar diferentes compromisos respecto de los distintos intereses que puedan tener tanto los empleadores como los trabajadores.

10. De otro lado, respecto al derecho a la negociación colectiva, este Tribunal ha establecido en la sentencia del Expediente N.º 00785-2004-AA/TC 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. (Fundamento 5).

11. Asimismo, en la sentencia del Expediente 03561-2009-PA/TC también se ha precisado que

828

[E]n un Estado social y democrático de derecho, el derecho de negociación colectiva es consustancial con el derecho de libertad sindical, toda vez que su ejercicio potencializa la actividad de la organización sindical, en tanto le permite a ésta cumplir la finalidad –que le es propia– de representar, defender y promover los intereses de sus afiliados, y hacer posible, real y efectivo el principio de igualdad de oportunidades en el trabajo.

En buena cuenta, mediante el ejercicio del derecho de negociación colectiva se busca cumplir la finalidad de lograr el bienestar y la justicia social en las relaciones que surgen entre empleadores y trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social.

De este modo, en algunas ocasiones, el derecho de negociación colectiva se hace efectivo a través de la celebración de acuerdos, contratos o convenios colectivos. Por dicha razón, resulta válido afirmar que la negociación colectiva constituye el medio primordial de acción de la organización sindical para la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios. (Fundamentos 19 y 20).

12. De lo anteriormente anotado, queda claro que el inicio de una negociación colectiva materializa y hace efectivos otros derechos y objetivos inherentes a los sindicatos en general, con miras a ordenar y regular las relaciones laborales entre el empleador o una organización de empleadores y una o varias organizaciones

sindicales (sentencia del Expediente N.º 00008-2005-PI/TC), la misma que se concretizaría, según sea el caso, en un convenio colectivo.

13. También es importante precisar que en nuestras normas laborales –desde el artículo 28.º de la Constitución– se ha consagrado el régimen de pluralidad sindical, es decir, se permite la coexistencia de varios sindicatos en una misma empresa (u otro sistema de relaciones laborales), pues se entiende que el derecho de libertad sindical que asiste a todos los trabajadores implica poder crear tantas organizaciones como intereses pretendan defender.
14. Por otro lado, también se ha establecido el “sistema de mayor representación” para iniciar la negociación colectiva, según el cual se otorga al sindicato que afilie a la mayoría absoluta de los trabajadores dentro de su ámbito, la representación de la totalidad de los trabajadores, incluso de los trabajadores no sindicalizados; o la representación al conjunto de sindicato que sumado afilien a más de la mitad de los trabajadores (artículo 9.º del Decreto Supremo N.º 010-2003-TR).
15. Todo ello es así a fin de asegurar la defensa de los intereses de los trabajadores, confiando determinadas funciones únicamente a los sindicatos mayoritarios. De esta manera, la institución de la “mayor representatividad sindical” aparece como una solución intermedia entre el respeto a la pluralidad sindical, es decir, el igual tratamiento de los sindicatos, conforme al derecho de libertad sindical; y el fortalecimiento de la efectividad en la protección de los interés de los trabajadores.
16. Cabe agregar que esto, bajo ninguna circunstancia, puede significar tampoco la exclusión de la participación de un sindicato minoritario en el procedimiento de negociación colectiva, esto es, que se pretenda limitar en forma absoluta su representación o ejercicio de los derechos inherentes a la libertad sindical, pues el sistema de mayor representación lo que busca es precisamente, valga la redundancia, representar a los trabajadores, lo cual obviamente incluye también, y con mayor razón, a las minorías sindicales.
17. En ese sentido lo ha entendido el Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la Organización Internacional, para quien: “Cuando la legislación de un país establece una distinción entre el sindicato más representativo y los demás sindicatos, este sistema no debería impedir el funcionamiento de los sindicatos minoritarios y menos aún privarlos del derecho de presentar demandas en nombre de sus miembros y de representarlos en caso de conflictos individuales”¹.

1 Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, párrafo 974. Quinta edición (revisada), 2006.

18. Ahora bien, lo afirmado no supone que los sindicatos minoritarios, desconociendo el sistema de representación en la negociación colectiva vigente en nuestro ordenamiento jurídico, pretendan negociar individualmente y en forma directa al margen del sindicato que represente a la mayoría absoluta de los trabajadores, quebrando con ello este principio, pudiendo generar una menor efectividad en la defensa de los derechos de los trabajadores y afectando la unidad sindical; sino que, dentro del ámbito en el que ejercen o representan sus intereses los sindicatos minoritarios, los pliegos, las propuestas, los reclamos u otros deben ser canalizados, escuchados o incluso, si fuera el caso, integrándose en forma activa en la negociación que lleve a cabo el sindicato mayoritario. Esto obviamente ocurrirá según el libre acuerdo con que los sindicatos mayoritario y minoritarios establezcan como mecanismo más idóneo de participación mutua, ello a fin de no vaciar de contenido el derecho a la negociación colectiva del sindicato minoritario. El sindicato mayoritario, por su parte, tiene el deber de recibir todas las propuestas de las minorías sindicales y concertar de la mejor forma posible todos los intereses involucrados por las partes involucradas.
19. En el presente caso, el sindicato demandante ha señalado que se le habría denegado su derecho a la negociación colectiva para el periodo 2008-2009, pues, pese a haber presentado oportunamente su pliego de reclamos y su proyecto de convención colectiva al Ministerio de Trabajo para iniciar la negociación colectiva con la Administradora Clínica Ricardo Palma S.A., la autoridad administrativa dispuso el archivamiento de dicho procedimiento.
20. Efectivamente, conforme al Auto Sub Directoral N.º 053-2008-MTPE/2/12.210, de fecha 7 de julio de 2008, se declaró “fundada la oposición planteada por la empresa Administradora Clínica Ricardo Palma S.A. al trámite del pliego de reclamos correspondiente al periodo 2008-009” que fuera presentado por el sindicato accionante, y que fuera confirmado mediante el Auto Directoral N.º 138-2008-MTPE/2/12.2, de fecha 16 de setiembre de 2008, y archivado mediante la Resolución del 17 de octubre de 2008, en razón a que el Sindicato de Trabajadores Administradora Clínica Ricardo Palma S.A. era el sindicato mayoritario y que por tanto, conforme al artículo 9.º del Decreto Supremo N.º 010-2003-TR, que aprueba el T.U.O. de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, tenía la representación de los trabajadores en el procedimiento de negociación colectiva.
21. Teniendo presente que la pretensión del sindicato recurrente está dirigida contra el Ministerio de Trabajo y se circunscribe a dejar sin efecto las resoluciones administrativas que deniegan su derecho a la negociación colectiva y que, en

consecuencia, se ordene a la Autoridad de Trabajo continuar, de manera individual, con la negociación colectiva para el periodo 2008-2009, la demanda debe ser desestimada, puesto que, como se acreditó, el Sindicato de Trabajadores de la Administradora Clínica Ricardo Palma S.A. afilia a la mayoría de los trabajadores de la referida sociedad, razón por la cual tiene la representación para el procedimiento de negociación colectiva. Por otro lado, en la demanda no se ha cuestionado y tampoco obran medios de prueba que acrediten que los reclamos o pretensiones del sindicato demandante no hayan sido escuchadas o tomadas en consideración por el sindicato que tiene la representación para negociar con el empleador.

22. Finalmente, debemos precisar que si bien en la sentencia recaída en el Expediente N.º 03561-2009-PA/TC, este Tribunal señaló que constituye un supuesto de afectación al derecho de negociación colectiva cuando: “a) Legislativamente se le impide negociar a los sindicatos minoritarios” (fundamento 22); conforme a lo explicado precedentemente, el “impedimento” a que se hace referencia, debe entenderse a cuando se imposibilita la “participación” de los sindicatos minoritarios en la negociación colectiva que lleve a cabo el sindicato mayoritario.
23. Por ello, al no haberse acreditado la vulneración de los derechos alegados la demanda debe ser declarada infundada.

831

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.

**MIRANDA CANALES
SARDÓN DE TABOADA
LEDESMA NARVÁEZ**

Sentencia 00645-2013-PA/TC

Proceso de amparo interpuesto por Victoria Catalina Castañeda Arizaga. El Tribunal estimó la demanda sobre derecho a la remuneración.

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 16 de junio de 2015

Resumen: El Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda interpuesta por la recurrente contra la Sunat con motivo del embargo de sus cuentas bancarias donde le depositaban sus honorarios en razón de una relación civil de locación de servicios con la Municipalidad de Lince.

En sentido contrario al criterio aplicado por la Sunat y el Tribunal Fiscal, el Tribunal determinó que, si bien existe un trato diferenciado a nivel tributario entre las remuneraciones de carácter laboral y los honorarios de origen civil, el Código Civil, en sus artículos 1759 y 2001, reconoce que las contraprestaciones recibidas en virtud de contratos de prestación de servicios tienen carácter remunerativo.

833

En tal sentido, el Tribunal señaló que el objeto del artículo 648, inciso 6, del Código Procesal Civil es permitir la existencia de una cantidad inembargable para asegurar que toda persona pueda tener un mínimo de ingresos para cubrir sus necesidades básicas, independientemente de que sus ingresos provengan de una remuneración laboral o de una contraprestación civil. Así, una interpretación que permita el embargo total de los ingresos de quienes no se encuentran en una relación laboral implicaría consentir un trato discriminatorio respecto a quienes están en una situación más precaria en términos de estabilidad de sus ingresos, afectando el derecho a la igualdad ante la ley que garantiza la Constitución, en este caso, la igualdad que merecen todos los trabajadores a no ser embargados más allá del límite legal.

De esta manera el Tribunal estableció que, sin perjuicio de lo que dispongan las normas tributarias y laborales sobre la diferencia entre los conceptos de remuneración y honorarios, a efectos de la interpretación y aplicación del artículo 648º, inciso 6, del Código Procesal Civil, debe entenderse el término remuneración en el sentido amplio del Código Civil, de manera que no son embargables las remuneraciones de los deu-

dores, sean estas producto de un contrato de naturaleza laboral o de un contrato de prestación de servicios regido por el Código Civil, salvo las limitaciones establecidas en la referida norma.

Por último, si bien las medidas de embargo ya habían sido levantadas con posterioridad a la fecha de interposición de la demanda, el Tribunal declaró fundada la demanda en atención a los hechos del caso, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 1 del Código Procesal Constitucional.

Temas Claves: Derecho a la igualdad – derecho a la remuneración.

EXP. N.º 00645-2013-PA/TC

LIMA

VICTORIA CATALINA CASTAÑEDA ARIZAGA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 4 días del mes de junio de 2015, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Urviola Hani, Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada, Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, con el fundamento de voto del magistrado Urviola Hani, el fundamento de voto de la magistrada Ledesma Narváez y el voto singular del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera, que se agregan

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Victoria Catalina Castañeda Arizaga contra la resolución de fojas 184, su fecha 24 de agosto de 2012, expedida por la Séptima Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró infundada la demanda de autos.

835

ANTECEDENTES

Con fecha 5 de enero de 2010, la recurrente interpone demanda de amparo contra el ejecutor, el auxiliar coactivo y la propia Intendencia Regional - Lima de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (Sunat) con el objeto de que se declare inaplicable la medida cautelar de bloqueo de su cuenta N.º 4551-7080-4359-8021 del Banco Continental, ordenada mediante resoluciones recaídas en el Expediente Coactivo N.º 0230060337590. Señala que en la referida cuenta se le depositan sus haberes y remuneraciones por los servicios que presta en su calidad de docente de educación física en la Municipalidad Distrital de Lince, los cuales constituyen su única fuente de ingreso. Alega la vulneración de los derechos a la vida, a la igualdad ante la ley, al debido proceso, a la tutela jurisdiccional efectiva y a la defensa.

Manifiesta que al haber conducido un pequeño negocio de artículos de seguridad, que estuvo vigente por cinco años aproximadamente, adquirió deudas con la Sunat por las cuales terminó acogiéndose al Resit (Reactivación a través del sinceramiento

de las deudas tributarias). Sin embargo, cuando se disponía a cumplir su obligación de pago, se le denegó el cumplimiento del mismo y se retuvieron sumas de la cuenta en donde se le depositan sus haberes y remuneraciones por prestar el servicio de docente en la citada municipalidad, los cuales son legalmente inembargables.

La Sunat contesta la demanda señalando que la cobranza coactiva de la Administración Tributaria del Gobierno Central se rige únicamente por el Código Tributario y por el reglamento de cobranza coactiva. Expresa que se ha ceñido a cumplir las facultades y normas que establecen la Ley y la Constitución. Asimismo, señala que el demandante no ha acreditado que la cuenta que tiene en el banco sea una cuenta de remuneración, sino que corresponde a una de rentas de cuarta categoría.

El Sexto Juzgado Constitucional de Lima declara infundada la demanda al considerar que las resoluciones coactivas impugnadas contienen una suficiente motivación, por lo que no constituyen una decisión arbitraria ni carente de razonabilidad.

Por su parte, la Séptima Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima confirma la apelada por similares consideraciones, añadiendo que entre la demandante y la Municipalidad Distrital de Lince existe un contrato de prestación de servicios por el cual no se perciben remuneraciones, en tanto las mismas se perciben en virtud de un contrato de naturaleza laboral, con el que no cuenta la demandante; y que, por tanto, los montos que recibe no son inembargables.

836

FUNDAMENTOS

1. El objeto del presente proceso constitucional es que se declare inaplicable la medida de bloqueo de la cuenta N.º 4551-7080-4359-8021 del Banco Continental, en la que se le depositan sus haberes y remuneraciones por los servicios que brinda la demandante en su calidad de docente de educación física, los cuales constituyen su único ingreso.
2. En el presente caso se advierte que las medidas de bloqueo a la referida cuenta han sido levantadas voluntariamente por la demandada, con fecha 15 de noviembre de 2011, es decir, con posterioridad a la interposición de la demanda. Como se señala en los antecedentes, ésta fue interpuesta con fecha 5 de enero de 2010 —esto es, casi dos años antes.
3. A fin de valorar correctamente este hecho y los efectos de la presente sentencia, es necesario indicar que la presente causa ya fue materia de un recurso de agravio constitucional previo. Este primer recurso fue presentado ante este Tribunal el 6 de junio de 2011 y fue interpuesto debido al doble rechazo liminar del que había sido objeto la demanda de amparo. Dicho primer recurso ordenó la admisión

a trámite de la demanda mediante resolución de fecha 24 de agosto de 2011, recaída en el Expediente N.º 2872-2011-PA/TC.

4. Por otro lado, cabe destacar que las medidas de embargo son de fechas 5 de julio de 2007, 15 de setiembre de 2008 y 14 de setiembre de 2009, y que la Sunat las mantuvo vigentes durante varios años, siendo que recién realizó el levantamiento de las mismas en simultáneo con la presentación de su escrito de contestación de demanda en el presente proceso, el 15-16 de noviembre de 2011, es decir, después que este Tribunal ordenó admitir la demanda de amparo. La simultaneidad de estos actos muestra que la Sunat no hubiera levantado las medidas de embargo si el Tribunal no hubiera ordenado la admisión a trámite la demanda.
5. La demanda ha sido declarada infundada en tanto, a juicio de la Sunat y de la Séptima Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, en criterio que viene siendo aplicado por el Tribunal Fiscal, las remuneraciones que están comprendidas en el alcance del artículo 648.º, inciso 6, del Código Procesal Civil, que establece límites para la embargabilidad de las remuneraciones, son aquellas que se originan en contratos de naturaleza laboral, quedando excluidas las que se originan en contratos de prestación de servicios regidos por el Código Civil, es decir, los honorarios.
6. De lo actuado en el expediente se advierte la existencia de una relación civil de locación de servicios entre la Municipalidad de Lince y la accionante, hecho reconocido por la misma Sunat (f. 16). Es en virtud de dicha relación contractual que la demandante recibe honorarios por sus servicios profesionales.
7. Al respecto, este Tribunal advierte que, si bien existe un trato diferenciado a nivel tributario entre las remuneraciones de carácter laboral y los honorarios de origen civil, correspondiendo a rentas de quinta categoría las primeras y a rentas de cuarta categoría las segundas, el Código Civil, en sus artículos 1759º y 2001º, reconoce que las contraprestaciones recibidas en virtud de contratos de prestación de servicios tienen carácter remunerativo.
8. Por otro lado, este Tribunal no puede soslayar que el objeto del artículo 648º, inciso 6, del Código Procesal Civil es permitir la existencia de una cantidad inembargable para asegurar que toda persona pueda tener un mínimo de ingresos para cubrir sus necesidades básicas, independientemente de que sus ingresos provengan de una remuneración laboral o de una contraprestación civil. Admitir una interpretación que permita el embargo total de los ingresos de quienes no se encuentran en una relación laboral implicaría consentir un trato discriminatorio respecto a quienes están en una situación más precaria en términos de estabilidad

de sus ingresos, afectando el derecho a la igualdad ante la ley que garantiza la Constitución, en este caso, la igualdad que merecen todos los trabajadores a no ser embargados más allá del límite legal.

9. En tal sentido, sin perjuicio de lo que dispongan las normas tributarias y laborales sobre la diferencia entre los conceptos de remuneración y honorarios, a efectos de la interpretación y aplicación del artículo 648º, inciso 6, del Código Procesal Civil, debe entenderse el término *remuneración* en el sentido amplio del Código Civil, de manera que no son embargables las remuneraciones de los deudores, estas sean producto de un contrato de naturaleza laboral o de un contrato de prestación de servicios regido por el Código Civil, salvo las limitaciones establecidas en la referida norma.
10. Tomando en consideración todos los hechos del caso, y no obstante que ha cesado la agresión, corresponde declarar fundada la demanda, en aplicación a lo dispuesto por el artículo 1º del Código Procesal Constitucional, en el extremo que señala:

“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 (...)”.

838

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

HA RESUELTO

Declarar FUNDADA la demanda y, en consecuencia, disponer que Sunat proceda en observancia del artículo 648º, inciso 6, del Código Procesal Civil, conforme a lo señalado en los fundamentos 7 a 9 *supra*.

Publíquese y notifíquese.

SS.

URVIOLA HANI

MIRANDA CANALES

BLUME FORTINI

RAMOS NÚÑEZ

SARDÓN DE TABOADA

LEDESMA NARVÁEZ

EXP. N° 00645-2013-PA/TC

LIMA

VICTORIA CATALINA CASTAÑEDA ARIZAGA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO URVIOLA HANI

Con el debido respeto por la opinión de mis colegas magistrados emito el presente fundamento de voto pues, aunque coincido con el sentido de lo resuelto, las razones por las cuales considero que la demanda debe ser estimada son las siguientes:

1. 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 resguardar la libertad de las personas de elegir la actividad mediante la cual se procuran los medios necesarios para su subsistencia. Atendiendo a ello, el Estado se encuentra obligado a proteger tanto al trabajador dependiente como a la persona que realiza actividades económicas por cuenta propia (Cfr. STC n.º 00330-2004-AA/TC).
2. Ahora bien, aunque para efectos del impuesto a la renta resulta válido diferenciar las ganancias provenientes de relaciones laborales (quinta categoría) de las que tienen origen en actividades independientes (cuarta categoría), en atención a que estas últimas ameritan ser tratadas de manera diferente, como por ejemplo, en lo concerniente a la determinación de la base imponible del impuesto, o la liquidación o pago del mismo; no existe justificación constitucionalmente válida para solamente proteger a quienes perciben rentas de carácter laboral-dependiente y excluir de tal protección a quienes decidan emprender actividades que generan rentas de trabajo por cuenta propia, asumiendo el riesgo de generar ingresos o no.
3. En tal sentido, negar el carácter de inembargable (en determinada proporción) a los honorarios profesionales percibidos por la demandante, importa, en la práctica, salvaguardar, sin mayor fundamento, la intangibilidad de un mínimo inembargable únicamente a quienes decidan realizar actividades por cuenta ajena y no al resto, a pesar que la mayor parte de la población económicamente activa no se encuentra inmersa en un relación de carácter laboral. De ahí que, a mi juicio, tal negación no solamente es discriminatoria, también desconoce el deber estatal de

tutelar tanto a quienes deciden trabajar en el marco de una relación de dependencia, como a quienes lo hacen de manera independiente; por consiguiente, la demanda debe ser estimada.

Sr.

URVIOLA HANI

EXP. N.º 00645-2013-PA/TC

LIMA

VICTORIA CATALINA CASTAÑEDA ARIZAGA

FUNDAMENTO DE VOTO DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

Coincido con los fundamentos y fallo del presente caso que declara **FUNDADA** la demanda de autos. Adicionalmente, estimo que deben realizarse las siguientes precisiones:

1. Pese a que en el presente caso se ha alegado el cese de la agresión (por haberse levantado las medidas cautelares), considero que es de aplicación el segundo párrafo del artículo 1 del Código Procesal Constitucional, pues existen suficientes elementos de juicio que justifican un análisis de fondo sobre si se puede o no embargar una cuenta bancaria de aquellos honorarios que se podrían identificar como “remuneración” en sentido amplio.
2. Conforme aparece de fojas 16 (Resolución Coactiva N.º 0230070621632), la demandante alega que la SUNAT ordenó el embargo de retención bancaria electrónica y que como consecuencia de ello, el Banco Continental bloqueó la cuenta de aquella, la misma que, conforme lo acredita con copias de los respectivos recibos por honorarios (S/. 800.00 soles mensuales, fojas 125 y 126), servía para que la Municipalidad Distrital de Lince le deposite la retribución económica por los servicios que prestaba como de docente de educación física.
3. En ese sentido, teniendo en cuenta que la solución del caso concreto por parte del Tribunal Constitucional obedece a los específicos supuestos de tal caso, debe entenderse que la equiparación de inembargabilidad de los ingresos que provengan de una remuneración laboral o de una contraprestación civil (fundamento 5 de la posición en mayoría), procederá, en este último supuesto: i) cuando la respectiva cuenta bancaria contenga una contraprestación que desde un punto de vista general pueda entenderse como “remuneración”, es decir, como un **monto que sirva para cubrir sus necesidades básicas** y que según lo establecido en el artículo 648, inciso 6 del Código Procesal Civil, será inembargable, en todos los casos, cuando sea igual o menor a 5 Unidades de Referencia Procesal (URP) y, en los casos que excedan las 5 URP, sólo hasta una tercera parte de dicho exceso; y ii)

cuando la “remuneración” que provenga del respectivo contrato de prestación de servicios sea depositada con una **periodicidad razonable** (mensual, quincenal, etc.), similar a las que operan con la remuneración que proviene de un contrato de naturaleza laboral.

S.

LEDESMA NARVÁEZ

EXP. N.º 00645-2013-PA/TC

LIMA

VICTORIA CATALINA CASTAÑEDA ARIZAGA

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Con el debido respeto que me merece la postura asumida por la mayoría de mis colegas en este caso, considero que la demanda sobre el particular debe ser improcedente, en mérito a las razones que expongo a continuación:

1. El objeto del presente proceso constitucional es que se declare inaplicable la medida de bloqueo de la cuenta N.º 4551-7080-4359-8021 del Banco Continental, en la cual depositarían los haberes y las remuneraciones por los servicios que presta la actora en su calidad de docente de Educación Física, los cuales constituyen su único ingreso. Además, y a propósito de la resolución del presente caso, la mayoría toma una posición sobre la naturaleza del pago que se le ha venido efectuando a la recurrente por parte de la Municipalidad de Lince. Se establece allí posición sobre si dicho pago cuenta o no con la naturaleza de remuneración.
2. El bloqueo trabado sobre la cuenta del Banco Continental era la consecuencia del incumplimiento de tres mandatos de la SUNAT, resoluciones coactivas que tienen naturaleza cautelar. Entonces, en tanto y en cuanto estas medidas de la SUNAT no hubieran sido levantadas, se mantenía el perjuicio alegado. Si estas medidas son levantadas, cesaría entonces el presunto perjuicio a los derechos de la recurrente.
3. De otro lado, y como es de conocimiento general, para que una resolución coactiva tenga naturaleza cautelar se requiere que confluyan al menos dos elementos: a) peligro en la demora; b) verosimilitud en el derecho invocado. En ese sentido, y en este caso en concreto, busca asegurarse que la deudora pueda cumplir con sus obligaciones tributarias.
4. En lo expuesto en el punto anterior, el peligro en la demora está referido al peligro de daño (peligro procesal) al derecho esgrimido en el proceso judicial (o al procedimiento coactivo, como el presente caso) derivado del retardo que conlleva el reconocimiento judicial de un derecho reclamado. Dicho derecho, ante

un peligro inminente o irreparable, debe ser protegido de manera inmediata, a fin de evitar que, en caso de obtenerse una sentencia favorable, esta no pueda ser cumplida.

5. Por otro lado, la verisimilitud en el derecho implica que quien afirma una situación jurídica pasible de ser cautelada, debe acreditar la apariencia de la pretensión reclamada, a diferencia de la sentencia favorable sobre el fondo, la cual se basa en la certeza de tal pretensión (Cfr. 00105-2005-PI/TC F.J. 28).
6. Conforme se aprecia de autos, en el Expediente Coactivo N.º 0230060337590 se han dictado las siguientes resoluciones coactivas con carácter de medidas cautelares:
 - Resolución Coactiva N.º 0230070363831, de fecha 05 de julio de 2007, con la que se trabó retención bancaria electrónica. Luego con Resolución Coactiva N.º 0230070674088, de fecha 16 de abril de 2010, se ordena la reducción del monto embargado. Finalmente con Resolución Coactiva N.º 0230070975118, de fecha 15 de noviembre de 2011, se ordena el levantamiento del embargo.
 - Resolución Coactiva N.º 0230070478808, de fecha 15 de setiembre de 2008, con la que se trabó retención bancaria electrónica. Luego con Resolución Coactiva N.º 0230070674090, de fecha 16 de abril de 2010, se ordena la reducción del monto embargado. Finalmente con Resolución Coactiva N.º 0230070975128, de fecha 15 de noviembre de 2011, se ordena el levantamiento del embargo.
 - Resolución Coactiva N.º 0230070589913, de fecha 28 de agosto de 2009, en virtud de la cual se traba embargo en forma de intervención en información. El objeto de dicha medida es únicamente recabar información y verificar directamente el movimiento económico y la situación patrimonial del deudor tributario.
 - Resolución Coactiva N.º 0230070594998, de fecha 14 de setiembre de 2009, con la que se trabó retención bancaria electrónica. Luego con Resolución Coactiva N.º 0230070674092, de fecha 16 de abril de 2010, se ordena la reducción del monto embargado. Finalmente con Resolución Coactiva N.º 0230070975134, de fecha 15 de noviembre de 2011, se ordena el levantamiento del embargo.
7. Asimismo, en el mismo Expediente Coactivo N.º 0230060337590, se han dictado otras resoluciones coactivas que no tienen carácter cautelar:

- Resolución Coactiva N.º 0230070265389, de fecha 04 de julio de 2006, con la que se resuelve no ha lugar la suspensión del procedimiento de cobranza coactiva.
 - Resolución Coactiva N.º 0230070496330, de fecha 11 de noviembre de 2008, en virtud de la cual se requiere al Banco Continental que entregue la diferencia embargable ordenada por Resolución Coactiva N.º 023007048808.
 - Resolución Coactiva N.º 0230070621632, de fecha 30 de octubre de 2009, la cual resuelve no ha lugar el levantamiento de embargo de retención bancaria electrónica, ni la suspensión del procedimiento de cobranza coactiva.
 - Resolución Coactiva N.º 0230070626658, de fecha 17 de noviembre de 2009, la cual resuelve no ha lugar la nulidad del procedimiento de cobranza coactiva, al levantamiento de embargo de retención bancaria. Asimismo, deja sin efecto la Resolución Coactiva N.º 0230070496330.
 - Resolución Coactiva N.º 0230070631811, de fecha 09 de diciembre de 2009, que resuelve no ha lugar la apelación de la Resolución Coactiva N.º 0230070626658.
8. La recurrente indicó que en este caso se están vulnerando sus derechos de defensa, al trabajo, a la vida, y de igualdad, en virtud de que se han trabado medidas cautelares contra su cuenta del Banco Continental N.º 4551-7080-4359-8021, donde la Municipalidad de Lince le deposita las contraprestaciones por el pago de sus servicios prestados.
9. Ahora bien, y como se puede apreciar de lo anteriormente anotado en este mismo texto, la Resolución Coactiva N.º 0230070589913, traba embargo de intervención en información, motivo por el cual no tiene la exigibilidad de las otras tres que acabo de mencionar. En efecto, las Resoluciones Coactivas que tienen naturaleza cautelar y que afectan la cuenta bancaria en mención son las: 0230070363831, 0230070478808 y 0230070594998. Estas medidas, como también se puede apreciar, ya han sido levantadas con fecha 11 de noviembre de 2011. Por ende, la presunta vulneración a sus derechos constitucionales ha cesado. El recurso de agravio entonces debió ser declarada improcedente.

Sobre la naturaleza jurídica del pago efectuado a la demandante

10. De otro lado, y a pesar que no existe vulneración a los derechos fundamentales invocados en tanto que las medidas cautelares han sido levantadas, considero necesario pronunciarme sobre una afirmación que hacen los colegas de la mayoría,

vinculada a precisar cual es la naturaleza del pago que se le ha venido efectuando a la recurrente por parte de la Municipalidad de Lince. Dicho con otras palabras, el debate acerca de es decir si tiene naturaleza de remuneración.

11. Conforme lo ha sostenido este Tribunal en reiterada jurisprudencia, las medidas cautelares no pueden afectar las remuneraciones que perciban los afectados. En efecto, la sentencia 02044-2009-AA/TC FJ. 13, ha indicado: “En igual sentido el embargo en forma de retención no podría afectar la subsistencia del deudor tributario si es que éste recae sobre una cuenta bancaria donde se abona su remuneración o pensión. Para ello, debe observarse lo dispuesto en el artículo 648, inciso 6 del Código Procesal Civil, conforme al cual las remuneraciones y pensiones sólo pueden ser embargadas si exceden de cinco Unidades de Referencia Procesal y únicamente hasta una tercera parte de tal exceso (Cfr. STC 00691-2004-AA/TC, fundamentos 5 a 7; STC 01780-2009-PA/TC, 7 a 10)”.
12. En este sentido, el artículo 648, inciso 6 del Código Procesal Civil establece un límite para los embargos que recaigan sobre remuneraciones y pensiones: por ello su ámbito de aplicación está referido a los contratos de naturaleza laboral. Ahora bien, en el presente caso, la recurrente tiene un contrato de naturaleza civil, esto es, un contrato de prestación de servicios, conforme se aprecia del certificado y la constancia que le ha proporcionado la Municipalidad de Lince (fojas 198-199).
13. Por último, debo hacer notar que no es objeto del presente proceso de amparo dilucidar si el contrato de locación de servicios ha sido desnaturalizado, lo cual además debería cumplir con los supuestos que este Tribunal ha determinado en reiterada jurisprudencia. No debe perderse de vista que, la demanda ha sido planteada para que se levanten las medidas cautelares trabadas en su cuenta del Banco Continental N° 4551-7080-4359-8021, controversia sobre la cual ya me he pronunciado en los apartados anteriores de este mismo texto que ya hemos resuelto en los fundamentos precedentes.
14. Es pues en mérito a lo expuesto (aquí se embargaba una cuenta de banco en función a tres mandatos de la SUNAT que al momento de interponerse el recurso de agravio ya no existían) que considero que ya habría una sustracción de materia, y por ende, debería declararse improcedente la demanda. Y a mayor abundamiento, respetuosamente tampoco encuentro elementos que permitan asumir la comprensión del concepto “remuneración” que plantea el fallo en mayoría.

Auto 02214-2014-PA/TC

Proceso de amparo interpuesto por Inocente Puluche Cárdenas. El Tribunal estableció doctrina jurisprudencial vinculante en materia pensionaria.

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 7 de julio de 2015

Resumen: El Tribunal Constitucional desestimó el recurso de agravio constitucional presentado por el recurrente, pues la Sala Superior competente no había emitido pronunciamiento respecto a si la sentencia materia de ejecución se había ejecutado o no en sus propios términos. Por tanto, no se configuraron los supuestos habilitantes para que el Tribunal se pronunciara respecto al grado de incumplimiento de la sentencia materia de ejecución, pues para que proceda el recurso de agravio constitucional es necesario que haya un pronunciamiento previo en sede judicial.

847

No obstante ello, dada la muy avanzada edad del actor (99 años), teniendo en cuenta el tiempo transcurrido desde la interposición de la demanda de amparo (12 años, 10 en etapa de ejecución) y que constituyen fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la vigencia efectiva de los derechos fundamentales y la primacía normativa de la Constitución, los cuales obligan a superar exigencias de tipo formal, el Tribunal decidió emitir, en forma *excepcionalísima*, pronunciamiento sobre el asunto materia del recurso de agravio constitucional.

Así, el Tribunal estimó necesario ordenar al juez de ejecución que resuelva que se asegure de que el demandante cobre efectivamente el monto que le corresponda por todos sus adeudos en materia previsional (incluidos los respectivos intereses), en un plazo de 30 días hábiles (lo que incluye la realización de la nueva liquidación de intereses legales), tiempo que se computará desde el día de notificación de sentencia.

Por otro lado, el Tribunal estableció también como doctrina jurisprudencial la siguiente exigencia: todos los órganos jurisdiccionales tienen la obligación de otorgar mayor celeridad a los procesos que involucren derechos de las personas ancianas cuanto mayor sea la edad de dichas personas, bajo responsabilidad.

Asimismo, el Tribunal estableció como doctrina jurisprudencial vinculante que el interés legal aplicable en materia pensionaria no es capitalizable, conforme al artículo 1249 del Código Civil. Ambas reglas resultan vinculantes para todos los jueces y tribunales del país, de conformidad con el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

Temas Claves: Capitalización de intereses – derecho a la pensión – doctrina jurisprudencial – procedencia del recurso de agravio constitucional.

EXP. N.º 02214-2014-PA/TC
LAMBAYEQUE
INOCENTE PULUCHE CÁRDENAS

AUTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Lima, 7 de mayo de 2015

VISTO

El recurso de agravio constitucional interpuesto por don Inocente Puluche Cárdenas contra la resolución de fojas 130, de fecha 8 de enero de 2014, expedida por la Sala Especializada en Derecho Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, que declaró la nulidad de la Resolución 36, de fecha 21 de mayo de 2013, y ordenó que el juez de la causa expida nueva resolución; y,

849

ATENDIENDO A

Antecedentes

1. En el proceso de amparo seguido por el recurrente contra la Oficina de Normalización Previsional (ONP), la Segunda Sala Especializada en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, mediante sentencia contenida en la Resolución 10, de fecha 26 de mayo de 2005 (f. 1), revocando la apelada y, reformándola, declaró

FUNDADA la indicada demanda, en consecuencia, inaplicable al demandante la Resolución número 1800-A-058-CH-79, y, se ordena que la demandada emita nueva resolución reajustando la pensión de jubilación del demandante de acuerdo con los criterios de la presente sentencia, siempre que, en ejecución de la misma no se verifique el cumplimiento de la Ley número 23908, durante el periodo de su vigencia, debiendo pagarse los devengados que corresponda e intereses correspondientes.

2. En el marco de la etapa de ejecución de sentencia, y en cumplimiento del mandato judicial contenido en la sentencia antes citada, la ONP emitió la Resolución N° 69717-2005-ONP/DC/DL 19990, de fecha 10 de agosto de 2005 (f.

9), mediante la cual otorgó a favor del actor pensión de jubilación del Decreto Ley 19990, por la suma de S/. 8,868.96 (ocho mil ochocientos sesenta y ocho con noventa y seis céntimos soles oro), a partir del 10 de octubre de 1978, la cual, reajustada de acuerdo a lo establecido por la Ley 23908, asciende a la suma de S/. 5.71 (cinco nuevos soles con setenta y un céntimos), al 1 de mayo de 1990, y, actualizada a la fecha de la expedición de la resolución, asciende a la suma de S/. 686.09 (seiscientos ochenta y seis nuevos soles con nueve céntimos).

3. Asimismo, la ONP, en el informe de fecha 4 de agosto de 2009 (f. 37), refiere que, en cumplimiento del mandato judicial expedido en etapa de ejecución de sentencia por el Sexto Juzgado Especializado en lo Civil de Lambayeque, con fecha 30 de abril de 2008, que ordena efectuar el pago de los intereses legales, se está procediendo a efectuar el cálculo de dichos intereses a partir del 1 de junio de 1990 (mes siguiente a la regularización de los devengados) hasta el 9 de agosto de 2005 (día anterior a la emisión de la Resolución 69717-2005-ONP/DC/DL 19990, de fecha 10 de agosto de 2005), por la suma de S/. 20, 533.95 (veinte mil quinientos treinta y tres nuevos soles con noventa y cinco céntimos), monto al que se deduce la suma de S/. 1,124.42 pagado por el mismo concepto, generándose el interés legal neto por la suma de S/. 19,409.53 (diecinueve mil cuatrocientos nueve nuevos soles con cincuenta y tres céntimos).
4. Ante la observación formulada por el demandante a la liquidación de intereses legales, el Sexto Juzgado Especializado en lo Civil de Lambayeque, mediante Resolución 25, de fecha 8 de enero de 2010 (f. 58), declaró fundada en parte la observación y ordenó se remitan los actuados al Departamento de Liquidaciones del Poder Judicial, a fin de que proceda a practicar una nueva liquidación de intereses legales.
5. La Sala Especializada en Derecho Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, mediante Resolución 2, de fecha 23 de junio de 2010 (f. 63), confirmó la resolución de fecha 8 de enero de 2010 y remitió los actuados al Departamento de Liquidaciones de la Corte Superior.
6. Mediante Resolución 36, de fecha 21 de mayo de 2013 (f. 113), el Sexto Juzgado Civil de Lambayeque declaró infundadas las observaciones formuladas por la ONP contra la liquidación practicada por el Departamento de Liquidaciones del Poder Judicial en su Informe Pericial 1026-2011-DRLL-PJ y contra el Informe Pericial 278-2012-DRLL-PJ, en consecuencia, aprobó las liquidaciones por la suma de S/. 93,486.60 (noventa y tres mil cuatrocientos ochenta y seis nuevos soles con sesenta céntimos), monto que es el saldo a reintegrar por intereses legales.

7. Interpuesto el recurso de apelación por la ONP, la Sala Especializada en Derecho Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, mediante Resolución 2, de fecha 8 de enero de 2014 (f. 130), declaró nula la citada Resolución 36, de fecha 21 de mayo de 2013, y dispuso que el Juzgado emita un nuevo pronunciamiento.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

8. En el caso de autos, el recurso de agravio constitucional (RAC) tiene por objeto que se deje sin efecto la Resolución 2, de fecha 8 de enero de 2014, expedida por la Sala Especializada en Derecho Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, que declaró nula la Resolución 36, de fecha 21 de mayo de 2013, expedida por el Sexto Juzgado Civil de Lambayeque, a través de la cual se declaró, a su vez, infundadas las observaciones formuladas por la ONP contra la liquidación de intereses legales efectuada al recurrente, por considerar que la decisión de la Corte Superior viola su derecho constitucional procesal a la ejecución de sentencias en sus propios términos.
9. En tal sentido, la controversia en el presente caso tiene que ver con la forma de calcular los intereses legales en materia de pensiones, específicamente si estos deben capitalizarse o no. Teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de pensiones, que se ha pronunciado en determinadas oportunidades sobre la aplicación o interpretación de leyes siempre y cuando haya existido relevancia constitucional en dicha aplicación o interpretación, e incluso sobre reglas de procedencia para el pago de pensiones devengadas, reintegros e intereses, es pertinente dicho pronunciamiento sobre el aludido cálculo de intereses.

851

Los intereses y su regulación en el Código Civil

10. Los intereses pueden definirse como la contraprestación que corresponde por el uso del dinero en el tiempo. En ese sentido, constituyen el precio fundamental de la economía, puesto que permiten estructurar el proceso de producción, al coordinar la valoración presente versus la valoración futura de los bienes y servicios.

Los intereses pueden ser clasificados atendiendo a diferentes criterios. Entre éstos, cabe aquí destacar los dos siguientes: por un lado, si se toma en consideración quién define su tasa, pueden ser *convencionales* o *legales*; por otro lado, si se toma en cuenta el tipo de contraprestación que representan, pueden ser *compensatorios* o *moratorios*. Tales criterios permiten precisar, a su vez, las siguientes conjugaciones:

- (i) Interés *convencional compensatorio*: es aquel pactado por las partes y compensa el uso del dinero u otra clase de bien.
 - (ii) Interés *convencional moratorio*: es fijado por las partes con el objeto de indemnizar la mora en el pago.
 - (iii) Interés *legal compensatorio*: lo determina la ley y compensa el uso del dinero u otra clase de bien.
 - (iv) Interés *legal moratorio*: también fijado por mandato de la ley con la intención de indemnizar la mora en el pago.
11. Nuestro Código Civil, por su parte, ha señalado en su artículo 1242 que los intereses pueden ser de tipo compensatorio y moratorio. Así, respecto de los primeros, ha precisado que constituyen “la contraprestación por el uso del dinero o de cualquier otro bien”, en tanto que a los intereses moratorios, los ha definido como aquellos que tienen por objeto “indemnizar la mora en el pago”.
 12. A efectos del análisis del presente caso, importa detener la atención en el supuesto de pago de interés por mora. Producido el retardo culposo o doloso del deudor en el cumplimiento de la prestación debida y ante la concurrencia de los requisitos para devengar intereses moratorios, por acuerdo de partes o mandato de ley, dicho deudor estará obligado a su pago (Cfr. Osterling Parodi, Felipe y otro. *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. Lima, Palestra, 2008, p. 533). En esa línea, el artículo 1246 del código precisa que si las partes no han pactado el pago de un interés moratorio, el deudor se encontrará obligado al pago de un determinado tipo de interés por causa de mora, que, según el caso, será compensatorio o legal. Por ello, en el caso de intereses generados por incumplimiento de deuda de naturaleza previsional, el Tribunal Constitucional, de acuerdo a lo señalado en dicho artículo 1246, ha referido que son de tipo legal (Cfr. Exp. 05430-2006-PA).
 13. Ahora bien, resulta oportuno precisar que existe una diferencia entre los conceptos de “interés legal” y “tasa de interés legal”. Ambos conceptos no son equivalentes. Los intereses legales son simplemente los que se deben por mandato de la ley. En cambio, la expresión “tasa de interés legal” se refiere a la que hay que pagar cuando las partes han pactado intereses, pero sin haber fijado la tasa (Osterling Parodi, Felipe y otro. *Op. Cit.*, p. 528).
 14. De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 1244 del código sustantivo, la tasa de interés legal es fijada por el Banco Central de Reserva (BCR), por cuanto, en el marco del diseño constitucional, el BCR es el órgano regulador de la moneda y del crédito del sistema financiero.

La tasa de interés legal aplicable a los intereses generados en deudas de naturaleza previsional

15. A este respecto, resulta oportuno recordar que el Tribunal, en el Exp. 05430-2006-PA, publicado el 4 de noviembre de 2008 en el diario oficial *El Peruano*, estableció, en calidad de precedente, las reglas sustanciales y procesales para el reconocimiento de las pretensiones referidas al pago de devengados, reintegros e intereses legales, cuando en segunda instancia se estimara una pretensión comprendida en el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pensión. Así, en la referida sentencia determinó que los intereses legales deben ser pagados de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 1246 del Código Civil.
16. Posteriormente, la Ley 29951, de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013, publicada el 4 de diciembre de 2012 en el diario oficial *El Peruano*, estableció en su nonagésima séptima disposición complementaria que

(...) el interés que corresponde pagar por adeudos de carácter previsional es el interés legal fijado por el Banco Central de Reserva del Perú. El referido interés no es capitalizable de conformidad con el artículo 1249 del Código Civil y se devenga a partir del día siguiente de aquel en que se produjo el incumplimiento hasta el día de su pago efectivo, sin que sea necesario que el acreedor afectado exija judicial o extrajudicialmente el incumplimiento de la obligación o pruebe haber sufrido daño alguno. Asimismo, establézcase que los procedimientos administrativos, judiciales, en trámite o en etapa de ejecución, o cualquier adeudo previsional pendiente de pago a la fecha, se adecuará a lo establecido en la presente disposición (subrayado nuestro).
17. En el caso de autos, como ya se expresó, la controversia se suscita porque la Sala cuestionada valida indirectamente la observación formulada por la ONP a la liquidación de intereses legales derivados de la deuda previsional que el Estado mantiene con el recurrente. Dicha observación pone en entredicho la forma de calcular los intereses legales en materia de pensiones, específicamente si estos deben capitalizarse o no al momento de elaborar la respectiva liquidación.
18. Sobre el particular, a efectos de resolver dicha controversia deben tenerse en consideración los siguientes elementos de juicio: atendiendo a: i) que el modo de calcular el pago de los intereses legales derivados de deudas de naturaleza previsional es una labor a ser determinada por el legislador, y éste no ha regulado de forma permanente tal modo de cálculo, salvo la citada estipulación temporal prevista en la ley de presupuesto para el año 2013; ii) que el Tribunal Constitucional ha establecido en su aludido precedente del Exp. 05430-2006-PA que los intereses

legales en deudas de naturaleza previsional deben ser pagados de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 1246 del Código Civil, no pronunciándose en dicho expediente sobre el modo de cálculo del pago de intereses legales; iii) que en algunos casos, el Tribunal Constitucional ha asumido que los mencionados intereses legales deben ser liquidados aplicando la tasa de “interés legal efectiva”; iv) que en procesos de amparo en materia previsional se han presentado controversias como la de autos, en cuanto a la forma de calcular los intereses legales, específicamente si estos deben capitalizarse o no; y, v) que la protección y optimización de la “efectiva” tutela jurisdiccional en procesos de amparo previsionales exige que el Tribunal Constitucional establezca de modo vinculante dicha forma de cálculo.

19. En tal sentido, tomando en cuenta que el artículo 1249 del Código Civil establece una limitación al anatocismo, en la medida en que “no se puede pactar la capitalización de intereses al momento de contraerse la obligación, salvo que se trate de cuentas mercantiles, bancarias o similares” , el Tribunal Constitucional considera razonable que si ya determinó antes que los intereses legales en deudas de naturaleza previsional deben ser pagados de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 1246 del Código Civil, también resulte de aplicación la limitación contenida en el artículo 1249 del Código Civil..
20. Conforme a lo expuesto, el Tribunal Constitucional estima que el interés legal aplicable en materia pensionaria no es capitalizable, conforme al artículo 1249 del Código Civil.
21. En el mismo sentido, lo ha entendido la Corte Suprema, cuando, tomando en consideración lo prescrito por el Código Civil (artículo 1249), y sin desconocer las competencias del BCR, ha dispuesto que la tasa sea de tipo nominal. Ello, por cuanto un ejercicio económico contrario autorizaría a la ONP, a pesar de estar facultada para administrar los fondos del Sistema Nacional de Pensiones, a poner en riesgo la intangibilidad de dichos fondos previsionales por realizar indebidas disposiciones de éste y, por tanto, a contravenir lo dispuesto en el artículo 12 de la Constitución.

En efecto, en la judicatura ordinaria se hicieron diferentes lecturas de la jurisprudencia constitucional y de la citada ley de presupuesto, disponiéndose, en algunos casos, que la tasa del interés legal aplicable a los intereses generados en deudas de naturaleza previsional sea de tipo *efectiva* (capitalizable), y que en otros sea de tipo *nominal*.

Teniendo en cuenta tal situación, así como la necesidad de que en un Estado democrático exista predictibilidad jurídica (seguridad jurídica), la Segunda Sala

de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República publicó el 25 de junio de 2014, en el diario oficial *El Peruano*, la Casación 5128-2013-Lima, a través de la cual señaló en su fundamento décimo, con carácter de precedente judicial, que

siendo aplicables los artículos comprendidos en el Capítulo Segundo del Título I de la Sección Segunda del Libro de las Obligaciones, referidas al pago de intereses, estos son los artículos 1242° y siguientes del Código Civil, para los efectos de pago de los intereses generados por adeudos de carácter previsional la tasa aplicable que debe ordenar el juez es la fijada por el Banco Central de Reserva del Perú, pero con observancia de la limitación contenida en el artículo 1249° del mismo texto normativo.

y precisó también en el fundamento décimo tercero que

el interés deber ser calculado no como un interés efectivo (capitalizable), sino como un tipo de interés simple, que no se agrega al principal para producir nuevos intereses, como precisa el Banco Central de Reserva del Perú.

Análisis del caso concreto

855

22. En la RTC 0201-2007-Q, de fecha 14 de octubre de 2008, el Tribunal ha señalado, sobre la base de lo desarrollado en la RTC 0168-2007-Q, que de manera excepcional puede aceptarse la procedencia del RAC cuando haya que proteger la ejecución en sus propios términos de sentencias estimatorias emitidas en procesos constitucionales, tanto para quienes han obtenido un pronunciamiento favorable de parte del Tribunal como para quienes lo obtuvieron del Poder Judicial.
23. Cabe anotar que la procedencia excepcional del RAC en este supuesto tiene por finalidad restablecer el orden jurídico constitucional y que le compete al Tribunal valorar el grado de incumplimiento de las sentencias estimatorias expedidas por el Poder Judicial cuando éste no cumple dicha función, devolviendo lo actuado para que la instancia respectiva dé estricto cumplimiento a lo declarado por el Tribunal. Asimismo, los órganos jurisdiccionales correspondientes se limitarán a admitir el RAC, teniendo habilitada su competencia este Tribunal, ante la negativa del órgano judicial, a través del recurso de queja a que se refiere el artículo 19 del Código Procesal Constitucional.
24. Tal como se advierte, la Sala superior competente no ha emitido pronunciamiento respecto a si la sentencia de autos se ha ejecutado o no en sus propios términos, puesto que se ha limitado a declarar la nulidad de la resolución de fojas 113 y a ordenar que el juez de primera instancia emita un nuevo pronunciamiento.

Por tanto, en el presente caso, no se configurarían los supuestos habilitantes para que este Tribunal pueda pronunciarse respecto al grado de incumplimiento de la sentencia materia de ejecución, pues, para que el RAC proceda, es necesario que haya un pronunciamiento previo en sede judicial.

25. Sin embargo, dada la muy avanzada edad del actor (99 años), teniendo en cuenta el tiempo transcurrido desde la interposición de la demanda de amparo y que constituyen fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la vigencia efectiva de los derechos fundamentales y la primacía normativa de la Constitución, los cuales obligan a superar exigencias de tipo formal, este Tribunal, en forma *excepcionalísima*, decide emitir pronunciamiento sobre el asunto materia del RAC.
26. Si, como se ha referido, la Sala superior no se ha manifestado sobre si la sentencia principal se ha ejecutado en sus propios términos, ello no enerva el hecho de que las razones que llevaron a que dicha Sala anule la Resolución 36, de fecha 21 de mayo de 2013, expedida por el Sexto Juzgado Civil de Lambayeque, y disponga que éste emita otra resolución ordenando la elaboración de una nueva liquidación de intereses, se fundan en que la decisión del Juzgado contraviene las normas del Código Civil al validar el cálculo del interés legal efectivo (capitalizable).
27. En suma, una elaboración de liquidación de intereses legales correcta es aquella que se ajusta a los argumentos vertidos en la presente sentencia del Tribunal Constitucional, lo cual es coincidente con lo señalado por la Corte Suprema en la Casación 5128-2013-Lima. Por tanto, la resolución de vista recurrida, que ordena al Juez la emisión de otro pronunciamiento basado, ahora, en una nueva liquidación de intereses donde se aplique una tasa de interés nominal, no desvirtúa la correcta ejecución de la sentencia constitucional en sus propios términos.
28. Finalmente, considerando la aludida avanzada edad del actor (**99 años**), el tiempo transcurrido desde la interposición de la demanda de amparo (**12 años, de los cuales 10 corresponden a la fase de ejecución**) y que en el presente caso ya obran específicas liquidaciones de intereses legales, el Tribunal Constitucional estima necesario ordenar al juez de ejecución del presente caso, que resuelva y se asegure de que el demandante cobre efectivamente el monto que le corresponda por todos sus adeudos en materia previsional (incluidos los respectivos intereses), en un plazo de 30 días hábiles (lo que incluye la realización de la nueva liquidación de intereses legales), tiempo que se computará desde el día de notificación de la presente decisión y que, una vez vencido dicho plazo originará las respec-

tivas responsabilidades, debiendo remitir a este Tribunal las resoluciones que se hayan adoptado sobre el particular.

29. Es necesario destacar que cuando la Constitución ha establecido en el 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”, ha consagrado precisamente un principio exigible a la sociedad y principalmente al Estado para que, en lo que se refiere a toda actuación jurisdiccional, se efectivicen obligaciones concretas que tengan como finalidad primordial el resguardo de derechos como el de la “efectiva” tutela jurisdiccional en procesos de amparo previsionales, tomando como base el respeto a la dignidad de la persona anciana y que, en el caso de éstas, la propia Norma Fundamental exige un trato especial dada su condición especial (artículo 4).
30. Por tanto, resulta inadmisibile desde todo punto de vista que una persona anciana de 99 años tenga que transitar por los despachos judiciales, durante más de 10 años, en la etapa de ejecución de sentencia, para cobrar una deuda que el Estado tiene con ella. En tal sentido, el Tribunal Constitucional debe establecer con criterio vinculante la siguiente exigencia: *todos los órganos jurisdiccionales tienen la obligación de otorgar mayor celeridad a los procesos que involucren derechos de las personas ancianas cuanto mayor sea la edad de dichas personas, bajo responsabilidad.*

857

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

RESUELVE, con el voto singular del magistrado Blume Fortini, que se agrega,

1. Desestimar el recurso de agravio constitucional presentado por el recurrente; en consecuencia, **FUNDADAS** las observaciones formuladas por la ONP, y dispone que el juez del Sexto Juzgado Civil de Lambayeque ejecute la sentencia constitucional de conformidad con lo señalado en la presente resolución.
2. Declarar que, a partir de la fecha, los fundamentos 20 y 30 de la presente resolución constituyen doctrina jurisprudencial vinculante para todos los jueces y tribunales del país, de conformidad con el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, debiendo aplicarse inclusive a los procesos judiciales en trámite o en etapa de ejecución, en los que se encuentre por definir la forma de cálculo de los intereses legales en materia pensionaria.
3. Ordenar al juez de ejecución del presente caso, que resuelva y se asegure de que el demandante cobre efectivamente el monto que le corresponda por todos sus adeudos en materia previsional (incluidos los intereses), en un plazo de 30 días

hábiles, bajo responsabilidad, conforme a lo expuesto en el fundamento 28 de la presente.

Publíquese y notifíquese.

SS.

URVIOLA HANI

MIRANDA CANALES

RAMOS NÚÑEZ

SARDÓN DE TABOADA

LEDESMA NARVÁEZ

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

EXPEDIENTE N.º 2214-2014-PA/TC
LAMBAYEQUE
INOCENTE PULUCHE CÁRDENAS

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO BLUME FORTINI

Con el debido respeto por mis distinguidos colegas Magistrados, discrepo del auto de mayoría, en cuanto:

- a) Declara fundadas las observaciones formuladas por la ONP y dispone que el juez del Sexto Juzgado Civil de Lambayeque ejecute la sentencia constitucional aplicando el interés legal no capitalizable.
- b) Declara que, a partir del 7 de mayo de 2015, fecha del auto de mayoría, constituye doctrina jurisprudencial vinculante para todos los jueces y tribunales del país, en aplicación del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional el fundamento 20 de dicho auto, que, literalmente, *“estima que el interés aplicable en materia pensionaria no es capitalizable”*, invocando para tal efecto el artículo 1249 del Código Civil, y extiende sus efectos inclusive a los procesos en trámite o en etapa de ejecución en los que se encuentre por definir la forma de cálculo de los intereses legales en materia pensionaria.

859

Considero que lo que corresponde es revocar la Resolución N.º. 2, dictada por la Sala Especializada en Derecho Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, de fecha 8 de enero de 2014, que declaró nula la Resolución N.º. 36 dictada por el juez del Sexto Juzgado Especializado en lo Civil de Chiclayo, que a su vez declaró infundadas las observaciones al Informe Pericial N.º. 278-2012 DRL/PJ formuladas por la ONP, aprobó la liquidación de los intereses adeudados al pensionista demandante, practicada por el Departamento de Liquidaciones del Poder Judicial en su Informe N.º. 1026-2011-DRLL-PJ, ratificado por el Informe Pericial N.º. 278-2012 DRL/PJ, y ordenó el pago de lo adeudado, bajo apercibimiento de multa.

Considero, además, que la doctrina jurisprudencial vinculante establecida en el auto de mayoría, que estima que el interés aplicable en materia pensionaria no es capitalizable, es errada, lesiona el derecho fundamental a la pensión como concreción del derecho a la vida en su sentido material; así como el principio a la dignidad y el

derecho a la propiedad del pensionista; apartándose del modelo cualitativo de Estado que encuentra en la persona humana su presupuesto ontológico, de expreso rechazo a una forma de mero desarrollo social y económico cuantitativo que está invívito en la Constitución; y es ajena a los principios y pautas hermenéuticas que ha establecido el Tribunal Constitucional, tales como:

- a) El principio pro homine, denominado también “*regla de la preferencia*”, que establece en esencia que ante eventuales diversas interpretaciones de una disposición, es imperativo para el Juez Constitucional escoger aquella que conlleve una mejor y mayor protección de los derechos fundamentales, desechando toda otra que constriña, reduzca o limite su cabal y pleno ejercicio.
- b) La interpretación de los derechos fundamentales de acuerdo a los tratados internacionales, como lo manda la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.
- c) La interpretación de los derechos fundamentales conforme a la jurisprudencia de los tribunales supranacionales, en un marco de relación e interacción interjurisdiccional pro homine.
- d) El principio de proporcionalidad, que es sustancial al Estado Constitucional y proscriptor de toda arbitrariedad en su seno.

860

Desarrollo la fundamentación del presente voto singular en los términos siguientes:

1. El Tribunal Constitucional, en su calidad de supremo intérprete de la Constitución y de toda otra norma legal conformante del sistema jurídico nacional, ha establecido con meridiana claridad en el fundamento 76 de su STC 0050-2004-AI y acumulados, respecto del derecho fundamental a la pensión los siguientes conceptos:
 - 1.1. Que el derecho fundamental a la pensión “*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*”.
 - 1.2. Que, por consiguiente, la promoción de una digna calidad de vida entre los ciudadanos “*es un auténtico deber jurídico*”, que comporta 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*”.
 - 1.3. Que, en tal sentido, “*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”.

- 1.4. Que, por ello, *“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”.*
- 1.5. Sobre los efectos patrimoniales del derecho a la pensión, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Cinco pensionistas vs. Perú, ha establecido lo siguiente:

“los Estados pueden poner limitaciones al goce del derecho de propiedad por razones de utilidad pública o interés social. En el caso de los efectos patrimoniales de las pensiones (monto de las pensiones), los Estados pueden reducirlos únicamente por la vía legal adecuada y por los motivos ya indicados. Por su parte, el artículo 5 del Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante ‘Protocolo de San Salvador’) sólo permite a los Estados establecer limitaciones y restricciones al goce y ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales, ‘mediante leyes promulgadas con el objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática, en la medida que no contradigan el propósito y razón de los mismos’. En toda y cualquier circunstancia, si la restricción o limitación afecta el derecho a la propiedad, ésta debe realizarse, además, de conformidad con los parámetros establecidos en el artículo 21 de la Convención Americana” (fundamento 116).

2. A partir de estos conceptos se ha ido consolidando la tutela constitucional del derecho a la pensión, a través de numerosas resoluciones emitidas por este Tribunal Constitucional, dictadas en procesos constitucionales promovidos contra arbitrarias decisiones denegatorias de la ONP relacionadas con el ingreso al sistema pensionario, el acceso a la prestación pensionaria¹, el goce de una pensión acorde al mínimo vital² y, en general, con diversos supuestos en los que se han visto lesionados el derecho a la pensión y el derecho a la igualdad, entre otros³.

1 STC 5034-2005-PA/TC, STC 2854-2008-PA/TC, STC 4810-2011-PA/TC, STC 225-2012-PA/TC, STC 3907-2012-PA/TC, STC 2793-2012-PA/TC, entre otros

2 STC 5016-2011-PA/TC, STC 1200-2011-PA/TC, STC 228-2012-PA/TC, STC 4500-2012-PA/TC, STC 828-2014-PA/TC, entre otros.

3 STC 6572-2006-PA/TC y STC 2363-2008-PA/TC.

3. En armonía con tal consolidación de la tutela constitucional del derecho a la pensión, el Tribunal Constitucional, al disponer el pago de las prestaciones pensionarias, también ha venido otorgando el pago de devengados, reintegros, intereses legales y costos procesales, a modo de restituir las cosas al estado anterior al momento de la afectación de dicho derecho, cuando se ha acreditado en sede judicial la lesión denunciada, situación que responde principalmente al hecho de haber negado ilegítimamente el goce de la pensión a favor del aportante que ya cumplió los requisitos legales para acceder a dicha prestación.
4. En tal sentido, la obtención en sede judicial de una sentencia favorable por quien tiene derecho al goce de una pensión, evidencia no solo la lesión de un derecho fundamental sino también la falencia de la Administración con relación a la correcta evaluación de las peticiones pensionarias; razón por la cual el pago de los intereses legales que se dispone a su favor, no solo constituye una compensación por el pago tardío, sino también una sanción contra la ONP por haberlo privado ilegítimamente de una pensión, que es su único sustento.
5. Al respecto, tal falencia tiene varias aristas, que deben ser solucionadas por el propio Estado sin perjudicar al administrado y obligarlo a promover acciones judiciales para lograr gozar de una pensión que por ley le corresponde, como lo ha dejado sentado la Defensoría del Pueblo en su Informe Defensorial N.º 135, denominado “Por un acceso justo y oportuno a la pensión: Aportes para una mejor gestión de la ONP”, en el que efectúa un balance sobre la administración de los sistemas pensionarios que tiene a su cargo la ONP y da a conocer el conjunto de falencias en la que ésta incurre; básicamente por no tener implementado un sistema eficiente de sistematización de información laboral que permita asegurar un correcto y oportuno procedimiento de calificación de pensiones basado en datos ciertos.
6. Esta falencia genera la demora en la calificación y acceso a la pensión, cuya consecuencia directa es el no pago de la prestación pensionaria a favor del aportante, quien a su vez queda sin ingresos económicos por un tiempo indefinido, situación que pone en riesgo su subsistencia básica y lesiona su dignidad, al afectar su solvencia económica e impedirle atender los gastos que generan sus necesidades básicas, como alimentación, vivienda, servicios de agua y luz, gastos de salud, etc.
7. Ello es más grave si se tiene en cuenta que la deuda pensionaria como manifestación material del derecho a la pensión debe ser entendida como el goce de una prestación con valor adquisitivo adecuado con la moneda vigente, pues desconocer la naturaleza valorista de una deuda pensionaria implica una forma de menoscabo a la dignidad humana de la persona de la tercera edad, en su forma más básica como lo es la manutención propia.

8. Más aún si se considera que el derecho a la pensión comprende el derecho al goce oportuno de la prestación pensionaria; situación que implica el pago de una mensualidad acorde al valor monetario vigente a la fecha de su cancelación. No un pago que suponga la pérdida de su valor adquisitivo, aun cuando el deudor sea el Estado. Lo contrario implica generar una política lesiva al principio-derecho de dignidad de la persona de la tercera edad o adulto mayor, que se traduce en otorgar prestaciones carentes de solvencia en el mercado para la adquisición y pago de cuestiones elementales y básicas.
9. En tal sentido, la deuda de naturaleza previsional o pensionaria, producida por la falta de pago oportuno de la pensión, genera en el deudor (la ONP en el caso de autos) la obligación de pagar al acreedor (el pensionista) un interés moratorio, que es el interés legal previsto en el artículo 1246 del Código Civil, aplicando para su cálculo la tasa de *"interés legal efectiva"*, a partir de una interpretación desde los valores, principios y derechos que consagra la Constitución, acorde con la *"regla de la preferencia"*, que impone una interpretación pro homine, frente a la duda que podría presentarse de aplicar una *"tasa de interés legal simple"* (sin capitalización de intereses) o una *"una tasa de interés legal efectiva"* (con capitalización de intereses).
10. Al respecto, considero que la prohibición de capitalización de intereses contenida en el artículo 1249 del Código Civil no alcanza a la deuda pensionaria o previsional, desde que ésta no nace de un pacto entre el deudor y el acreedor en un sentido clásico civil (de un acuerdo de voluntades entre privados), sino de un sistema previsional mandado por la propia Constitución e inspirado en la solidaridad y compromiso social general, que debe garantizar una pensión adecuada y oportuna para lograr una vida digna del titular del derecho pensionario.
11. Entonces, acorde con la *"regla de la preferencia"*, en rescate de los derechos fundamentales afectados por un pago tardío con un interés legal simple que diluye la pensión por el paso del tiempo y, en ejercicio del control difuso o disperso de constitucionalidad que debe ejercer el Juez Constitucional por mandato del artículo 138 de la Constitución, lo que corresponde es preferir la Norma Suprema e inaplicar al caso de autos la nonagésima séptima disposición complementaria de la Ley 29951, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013, en la parte que extendiendo indebidamente la aplicación del artículo 1249 del Código Civil a los adeudos de carácter previsional, establece que el interés legal aplicable no es capitalizable.
12. Asimismo, también discrepo de la aplicación de las reglas jurisprudenciales que la resolución de mayoría efectúa al caso de autos, pues ellas resultan restrictivas a

los derechos a la pensión y a la propiedad del demandante e implica, en los hechos, cambiar el procedimiento predeterminado que corresponde a don Inocente Pulache Cárdenas, desconociendo jurisprudencia obligatoria que le favorecía y desnaturalizando principios como la seguridad jurídica y la cosa juzgada.

En atención a las razones expuestas, voto porque, revocando la Resolución N°. 2, dictada por la Sala Especializada en Derecho Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, de fecha 8 de enero de 2014, se confirme la Resolución N°. 36, dictada por el juez del Sexto Juzgado Especializado en lo Civil de Chiclayo, que declaró infundadas las observaciones al Informe Pericial N°. 278-2012 DRL/PJ formuladas por la ONP, aprobó la liquidación de los intereses adeudados al pensionista demandante, practicada por el Departamento de Liquidaciones del Poder Judicial en su Informe N°. 1026-2011-DRLL-PJ, ratificado por el Informe Pericial N°. 278-2012 DRL/PJ, y ordenó el pago de lo adeudado, bajo apercibimiento de multa. Así mismo, voto porque no se establezca como doctrina jurisprudencial vinculante para todos los jueces y tribunales del país el fundamento 20 del auto de mayoría, que, al señalar que se *“estima que el interés aplicable en materia pensionaria no es capitalizable”*, lesiona los valores, principios y derechos constitucionales antes invocados.

864

S.

BLUME FORTINI

Sentencia 02071-2009-HC/TC

Proceso de habeas corpus interpuesto por Edgar Ernando Acevedo López. El Tribunal desestimó la demanda, reafirmando la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad.

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 10 de julio del 2015

Resumen: El Tribunal Constitucional declaró improcedente e infundada la demanda interpuesta por el recurrente, quien fue denunciado penalmente por la presunta comisión del delito de homicidio calificado en agravio de Agustín Bautista Melgar y otros, lo que motivó la emisión del auto de apertura de instrucción con mandato de detención dictado en su contra. Alegaba la violación de sus derechos a la libertad y a la prohibición de revivir procesos fenecidos, y que los hechos imputados ocurrieron hace más de veinte años, por lo que la acción habría prescrito.

865

El Tribunal determinó que la demanda es improcedente en el extremo que cuestiona la denuncia fiscal en razón de que la misma no comporta por sí misma una restricción de la libertad personal, en razón de que se entiende que el fiscal no decide, sino que más bien solicita que el órgano jurisdiccional juzgue o determine la responsabilidad penal del acusado, lo que implica que su función dentro del proceso penal es meramente postulatoria, y esto no afecta el contenido esencial del derecho constitucional a la libertad personal. En tal sentido, no corresponde que sea cuestionada a través del proceso constitucional de hábeas corpus.

Respecto a la prescripción de la acción penal, el Tribunal reconoció que la misma es una causa de extinción de la acción penal, bajo el supuesto de que el tiempo borra los efectos de la infracción, existiendo apenas memoria social de ella. Sin embargo, la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad es una norma de *ius cogens*, por lo que tales crímenes son imprescriptibles cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido. Por otro lado, dilucidar si un hecho constituye un crimen de lesa humanidad, esto es, evaluar si se configuran sus elementos esenciales —en especial lo referido al carácter sistemático o generalizado— es labor del juez ordinario.

En el caso en concreto, el órgano jurisdiccional, al abrir instrucción, consideró que esta resultaba imprescriptible por ser un crimen de lesa humanidad, basando esta afirmación en el carácter sistemático y generalizado que habrían tenido los actos imputados. El Tribunal consideró que el auto de apertura de instrucción relativo a la prescripción de la acción penal se encontraba debidamente motivado, habiéndose justificado de manera suficiente por qué el órgano jurisdiccional consideró que en el caso existían indicios razonables acerca de la comisión de un delito de lesa humanidad.

Finalmente, el Tribunal reiteró que no es posible exigir al órgano jurisdiccional, al momento de expedir el auto de apertura de instrucción, certeza de la veracidad de la imputación, lo que incluye evidentemente la determinación de si se configuran los elementos de crimen de lesa humanidad imputados, todo lo cual será materia de probanza al interior del proceso penal.

Temas Claves: Crímenes de lesa humanidad — denuncia fiscal — *ius cogens* — imprescriptibilidad — prescripción de la acción penal.

EXP. N.º 02071-2009-PHC/TC
AYACUCHO
EDGAR ERNANDO ACEVEDO LÓPEZ

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 7 días del mes de abril de 2015, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Urviola Hani, Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada, Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, con el voto singular del magistrado Sardón de Taboada, que se agrega.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Edgar Ernando Acevedo López contra la sentencia de fojas 378, de fecha 23 de febrero de 2009, expedida por la Segunda Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho, que declara infundada la demanda de autos.

867

ANTECEDENTES

Con fecha 12 de enero de 2009, doña Luisa Jáuregui Villanueva interpuso demanda de hábeas corpus a favor de su patrocinado, don Edgar Ernando Acevedo López, alegando la violación de sus derechos a la dignidad, a la libertad, a la seguridad personal y a la prohibición de revivir procesos fenecidos. Refiere que su patrocinado fue denunciado penalmente ante el Segundo Juzgado Penal Supraprovincial de Ayacucho por la presunta comisión de delito de homicidio calificado en agravio de don Agustín Bautista Melgar y otros, lo que motivó la emisión del auto de apertura de instrucción de fecha 6 de octubre de 2008, que contiene el mandato de detención dictado en su contra (Exp. 2008-0420-0501-JR-PE-02).

Aduce que los hechos imputados –consistentes en haber comandado una patrulla militar en la localidad de Llusita, distrito de Huancaraylla, provincia de Víctor Fajardo, departamento de Ayacucho, que ejecutó a varios detenidos con disparos en la cabeza y, posteriormente, dio muerte a otros seis detenidos en la puerta del cementerio del lugar– ocurrieron el 25 de abril de 1983, es decir, hace más de 20 años,

por lo que la acción penal ya habría prescrito de conformidad con lo dispuesto en el artículo 119, inciso 2, del Código Penal de 1924 (vigente en la fecha de acontecidos los hechos imputados), así como en el Código Penal vigente, que estipula un plazo máximo de prescripción de la acción penal de 20 años. Aduce, además, que resulta incorrecto asumir que existe imprescriptibilidad de la acción penal tanto en la denuncia como en el auto de apertura de instrucción, toda vez que la asimilación de los delitos de lesa humanidad en nuestro ordenamiento jurídico y su carácter imprescriptible se han producido con posterioridad a la fecha en que ocurrieron los hechos descritos.

Dispuesta la investigación sumaria, se tomó la declaración de la fiscal encargada de la Primera Fiscalía Supraprovincial de Ayacucho, que formuló la denuncia penal, quien manifestó que el delito de asesinato cometido en el caso materia de su denuncia es uno de lesa humanidad, por lo que es imprescriptible la acción penal, conforme lo ha determinado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del caso Barrios Altos. A su turno, el juez emplazado declaró, entre otros tópicos, que dictó el auto de apertura de instrucción en ejercicio de sus funciones y atribuciones, considerando que los delitos denunciados son de lesa humanidad y, por lo tanto, son imprescriptibles, conforme lo establece la doctrina internacional. Por su parte, el propio favorecido refirió que el haberse promovido el proceso penal seguido en su contra lesiona sus derechos, por cuanto se encuentra prescrita la acción penal, habiendo transcurrido más de veinte años desde que ocurrieron los hechos que son materia de tal proceso. Asimismo, expresó que en el trámite del proceso penal no dedujo ninguna excepción tendiente a cuestionar la prescripción de la acción penal.

868

Con fecha 3 de febrero de 2009, el Juzgado Especializado en Derecho Constitucional de Huamanga declaró infundada la demanda, por considerar que los delitos de lesa humanidad son imprescriptibles, conforme lo sostiene la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Humanos de la ONU. Estimó, además, que la prescripción de la acción penal debió postularse en el propio proceso penal que se sigue actualmente contra el favorecido.

La Sala revisora confirmó la apelada por similares fundamentos.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. La presente demanda tiene por objeto que se declare la nulidad de la denuncia fiscal y el subsecuente auto de apertura de instrucción de fecha 3 de octubre de 2008, expedido por el juez del Juzgado Penal Supraprovincial Especializado en

Delitos contra los Derechos Humanos y Terrorismo de Ayacucho, en virtud del cual se abrió proceso penal contra el favorecido por la presunta comisión del delito contra la vida, el cuerpo y la salud en la modalidad de homicidio calificado-ejecución extrajudicial, y se le impuso mandato de detención.

Improcedencia del extremo de la demanda referido a la denuncia fiscal

2. Respecto del extremo de la demanda en el que se cuestiona la denuncia fiscal, cabe señalar que el proceso de hábeas corpus, conforme al artículo 200, inciso 1, de la Constitución, está previsto para la defensa de la libertad individual y de los derechos conexos.
3. Sin embargo, no cualquier reclamo que alegue afectación de los derechos conexos a la libertad individual puede reputarse efectivamente como tal y merecer tutela a través de este proceso, pues para su procedencia se requiere que se advierta una real afectación del contenido constitucionalmente protegido del derecho que se invoca. En ese orden de ideas, debe señalarse que, conforme a reiterada jurisprudencia de este Tribunal, la denuncia fiscal constituye un acto que en sí mismo no comporta una restricción de la libertad personal, por lo que no corresponde que sea cuestionada a través del proceso constitucional de hábeas corpus.
4. Ciertamente, el artículo 159 de la Constitución Política del Perú establece que corresponde al Ministerio Público ejercitar la acción penal, de oficio o a petición de parte, así como emitir dictámenes antes de la expedición de las resoluciones judiciales en los casos que la ley contempla. Desde esta perspectiva, se entiende que el fiscal, además de tener la competencia constitucional para ejercitar la acción penal, entre otras, no decide, sino que más bien solicita que el órgano jurisdiccional juzgue o que, en su caso, determine la responsabilidad penal del acusado, lo que implica que su función dentro del proceso penal es meramente postulatoria, lo que no afecta el contenido esencial del derecho constitucional a la libertad personal.
5. Por los fundamentos expuestos, este extremo de la demanda debe ser declarado improcedente en aplicación del artículo 5, inciso 1, del Código Procesal Constitucional.

Auto de apertura de instrucción

6. En cuanto a la posibilidad de cuestionar el auto de apertura de instrucción directamente a través de una demanda de hábeas corpus, este Tribunal Constitucional ha establecido en reiterados pronunciamientos que este acto procesal adquiere firmeza con su sola emisión, por lo que, a partir de la misma, el justiciable ya

se encuentra habilitado para interponer la respectiva demanda de hábeas corpus (Cfr. Exps. 6081-2005-HC/TC, 8125-2005-PHC/TC, 8123-2005-PHC/TC).

7. En el presente caso se alega que se ha abierto proceso penal contra el favorecido a pesar de que la acción penal ya habría prescrito. Al respecto, como quiera que el artículo 77 del Código de Procedimientos Penales contempló que al abrir instrucción el juez penal tiene la obligación de pronunciarse sobre la prescripción de la acción penal, resulta viable cuestionar mediante el hábeas corpus la resolución judicial que dispone tal apertura de instrucción.

Prescripción de la acción penal

8. 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. La prescripción es una causa de extinción de la acción penal, bajo el supuesto de que el tiempo borra los efectos de la infracción, existiendo apenas memoria social de ella. Siguiendo una línea propia del Estado Constitucional, 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 se autolimita en su potestad punitiva y persecutoria, lo cual se funda en la necesidad de que se abandone el castigo de quien presumiblemente se encuentra viviendo honradamente durante mucho tiempo.
9. El Código Penal reconoce la prescripción como uno de los supuestos de extinción de la acción penal. Es decir, mediante la prescripción se limita la potestad punitiva del Estado, dado que se extingue la posibilidad de investigar un hecho criminal y, con ello, la responsabilidad del supuesto autor o de los supuestos autores del mismo. Conforme a lo expuesto, este Tribunal considera que la prescripción de la acción penal tiene relevancia constitucional, toda vez que se encuentra relacionada con el contenido del derecho al plazo razonable del proceso; por lo tanto, podrá ser cuestionada a través de la justicia constitucional (Cfr. STC 3523-2008-PHC/TC).
10. Sin embargo, tal como ha puntualizado este Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente 218-2009-PHC/TC, la prescripción de la acción penal, que supone la defensa del individuo contra los excesos del poder estatal, no puede ser utilizada con la finalidad de avalar el encubrimiento por parte del Estado de hechos que deben ser investigados. Así, se ha señalado que la prescripción de la acción penal, en tanto garantía en favor de la dignidad humana, no puede ser concebida desde una perspectiva meramente formal, lo que terminaría desnaturalizándola. Antes bien, es un instrumento de garantía a fa-

vor de la persona humana y no en contra de ella. De este modo, la prescripción de la acción penal no puede ser mal utilizada para encubrir crímenes contra la humanidad.

11. Por ello, en el caso de que se persiga penalmente la presunta comisión de delitos que constituyen crímenes de lesa humanidad, estos resultan imprescriptibles, tal como lo ha establecido este Tribunal Constitucional. En efecto, la regla de imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad es una norma de *ius cogens*, por lo que tales crímenes son imprescriptibles cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido (cfr. STC 024-2010-AI/TC, fundamentos 42-69). Al respecto, el Tribunal Constitucional ha reconocido que se configura un crimen de lesa humanidad cuando se presentan copulativamente los siguientes supuestos: a) cuando por su naturaleza y carácter denota una grave afectación de la dignidad humana, violando la vida o produciendo un grave daño en el derecho a la integridad física o mental de la víctima, en su derecho a la libertad personal o en su derecho a la igualdad; b) cuando se perpetra como parte de un ataque generalizado o sistemático; c) cuando responde a una política (no necesariamente formalmente declarada) promovida o consentida por el Estado; y, d) cuando se dirige contra la población civil.

871

Imprescriptibilidad de crímenes de lesa humanidad y control constitucional

12. Dilucidar si un hecho constituye un crimen de lesa humanidad; esto es, evaluar si se configuran sus elementos esenciales –en especial lo referido al carácter sistemático o generalizado– es en esencia labor del juez ordinario. Así lo ha reconocido este Tribunal:

En atención a que, según lo expuesto, la configuración de los crímenes de lesa humanidad presupone un comportamiento típico, resultados y circunstancias típicas, elementos subjetivos especiales de responsabilidad y elementos o circunstancias contextuales, su comisión *prima facie* es un asunto que debe ser determinado por los jueces y tribunales penales (STC 024-2010-PI/TC, fundamento 50).

13. Sin embargo, claro está, ello no obsta para ejercer el control constitucional de la motivación, a fin de determinar si se ha justificado la presencia de sus elementos constitutivos y si se ha observado el principio de legalidad penal al momento de subsumir los hechos en un tipo penal específico:

No obstante constituir una atribución del juez penal calificar si un hecho constituye un delito de lesa humanidad, el Tribunal Constitucional recuerda que también es competencia de la jurisdicción constitucional ejercer el

control sobre la subsunción de los hechos en los tipos penales que resulten violatorios del principio-derecho fundamental a la legalidad penal (STC 024-20210-PI/TC, fundamento 52).

14. Asimismo, cabe manifestar que en el presente caso la demanda cuestiona el auto de apertura de instrucción en el extremo relativo a que el juez emplazado se pronuncia sobre la prescripción de la acción penal. Sobre el particular, este Tribunal entiende que el control de la motivación de un auto de apertura de instrucción debe ser acorde con la naturaleza y efectos de la decisión que en él se adopte. Y es que si en la sentencia –en caso de ser condenatoria– se exige al órgano jurisdiccional certeza de la comisión de los ilícitos, en cambio, en el auto de apertura de instrucción, conforme al artículo 77 del Código de Procedimientos Penales, únicamente se exige indicios suficientes o elementos de juicio reveladores de la presunta existencia de un delito, así como individualización de los imputados, y que la acción penal no haya prescrito o no concurra otra causa de extinción de la acción penal.
15. En tal dirección, si bien es posible sostener en el auto de apertura de instrucción la no prescripción del ilícito sobre la base de su carácter de lesa humanidad, lo cierto es que en dicha instancia procesal no existe una certeza de la veracidad de los hechos; máxime si sobre el imputado pesa la presunción de inocencia. No obstante ello, la adjudicación de crimen de lesa humanidad a los hechos imputados merece por parte de la judicatura una debida justificación, habida cuenta de la grave consecuencia que conlleva para el imputado.

872

Análisis del caso

16. Tal como se desprende del auto de apertura de instrucción (a fojas 106 y siguientes), los hechos ocurrieron en abril de 1983, en la localidad de Llusita, provincia de Fajardo, departamento de Ayacucho. Se advierte de la narración efectuada en el auto de apertura de instrucción que el favorecido tenía a su cargo la Base Militar de Huancapi y que comandó una patrulla que juntamente con efectivos de la Base Militar de Cangayo se dirigió a la localidad de Llusita, desde la cual se habrían encargado de trasladar hasta las orillas del río Cachimayo a un grupo de detenidos identificados como Rolando Quispe Huauya, Aurelio Meza Quispe, Jacinto Melgar Quispe, Nolberto Chipana Meza, Marino Vásquez Quispe, Luis Chumbe Meza, Juan Meza Vásquez, Jacinto Meza Quispe, Teodoro Canchari Penado, Santos Quispe Chipana, Rómulo Oré Alegría, Mauricio Huaura Chipana, Marcelino Quispe Huamaní, Agustín Bautista Melgar y Leoncio Quispe Meza. Se menciona que el favorecido ordenó a los efectivos ejecutar a los detenidos disparándoles en la cabeza y, posteriormente, enterrarlos. Se detalla también que

con fecha 25 de abril, en la localidad de Huancaraylla, la patrulla comandada por el favorecido, juntamente con la patrulla de la Base Militar de Cangayo, en la puerta del cementerio del lugar dieron muerte a otros seis detenidos, identificados como Zenobio Quispe Capizo, Eleuterio Marca Quispe Ancho, Juan Marca Quispe Vargas, Marcelino Quispe Chipana y Faustino Pillaca Bautista.

17. En cuanto a la prescripción de la acción penal, el órgano jurisdiccional, al abrir instrucción, consideró que esta resultaba imprescriptible por ser un crimen de lesa humanidad. Al respecto, de una revisión de los fundamentos del mismo, se advierte que basó esta afirmación en el carácter sistemático y generalizado que habrían tenido los actos imputados.
18. Reiteramos que, como ha señalado este Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente 024-2010-PI/TC, un ataque puede ser considerado sistemático cuando forma parte de un programa de ejecución metódica previamente planificado (cfr. fundamento 48). Asimismo, por ataque generalizado debe interpretarse ataque masivo o a gran escala que desencadene un número significativo de víctimas. Claro está, debe tomarse en cuenta que basta que un solo acto ilícito –como los antes mencionados– sea cometido dentro del contexto descrito y con conocimiento, siquiera parcial de éste, para que se produzca un crimen de lesa humanidad (fundamento 48). Además, en todo caso el ataque, sea sistemático o generalizado, debe haber sido realizado de conformidad con la política de un Estado o de una organización, pero no resulta exigible que dicha política sea expresa o declarada de forma precisa ni es necesario que se decida al más alto nivel (fundamento 48).
19. Al respecto, consta del auto de apertura de instrucción que el órgano jurisdiccional consideró los hechos descritos como crimen de lesa humanidad, pues éste se habría cometido dentro de un contexto de ataque sistemático o generalizado contra la población civil (fojas 124). Dicha sistematicidad, según lo advertido por el propio órgano jurisdiccional, se manifiesta en el hecho de que se trataba no de una actuación aislada, sino de la consecuencia de la ejecución de la política previamente adoptada.

Así, se afirma:

La lucha contrasubversiva fue llevada a cabo bajo los parámetros y directivas que las altas esferas castrenses diseñaron; el objetivo era la detención, aniquilamiento y destrucción de los elementos subversivos; estas directivas eran empleadas en los diferentes operativos militares [...] como consecuencia de los operativos se producen las detenciones de campesinos, obreros,

estudiantes de todos los niveles, (...) que como consecuencia trajo las desapariciones forzadas, asesinatos, violaciones sexuales y torturas en los ambientes de los recintos militares (fojas 109).

Para luego concluir:

[...] muchos civiles resultaron víctimas de quienes tenían el deber jurídico de garantizar sus vidas; es así que las ejecuciones extrajudiciales que fueron cometidas por el Ejército peruano respondieron a un patrón conocido y asumido por el comando de turno (...), la magnitud de los hechos y la lógica actuación militar permiten inferir que tales criterios no eran sólo el resultado de la actuación aislada de algunos militares. Los ejecutores actuaban premunidos de un poder que les otorgaba el Estado en un contexto de un patrón uniforme de violación de derechos humanos (fojas 132).

20. Como se aprecia, el auto de apertura de instrucción ha sostenido que los actos de homicidio cometidos por la patrulla militar comandada por el imputado habrían constituido un ataque sistemático, en virtud de que habrían sido parte de la estrategia contrasubversiva utilizada por las fuerzas armadas; identificándose, además, que la conducta del imputado correspondía a la estrategia militar adoptada por el comando político militar de la zona.
21. En consecuencia, este Tribunal estima que el extremo del auto de apertura de instrucción relativo a la prescripción de la acción penal, en el que se concluye que no opera dicha situación procesal, se encuentra debidamente motivado, habiéndose justificado de manera suficiente por qué el órgano jurisdiccional considera que en el caso existen razonables indicios acerca de la comisión de un delito de lesa humanidad. Por ello, este extremo de la demanda debe ser desestimado.
22. Finalmente, y no obstante la presente desestimatoria, este Tribunal reitera que no es posible exigir al órgano jurisdiccional, al momento de expedir el auto de apertura de instrucción, certeza de la veracidad de la imputación, lo que incluye evidentemente la determinación de si se configuran los elementos de crimen de lesa humanidad imputados, todo lo cual será materia de probanza al interior del proceso penal.

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

HA RESUELTO

1. Declarar **IMPROCEDENTE** el extremo de la demanda en el que se cuestiona la denuncia fiscal.

2. Declarar **INFUNDADA** la demanda en el extremo referido al cuestionamiento del auto de apertura de instrucción y específicamente a la prescripción de la acción penal.

Publíquese y notifíquese

SS.

URVIOLA HANI

MIRANDA CANALES

BLUME FORTINI

RAMOS NÚÑEZ

LEDESMA NARVÁEZ

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

EXP. N.º 02071-2009-PHC/TC
AYACUCHO
EDGAR ERNANDO ACEVEDO LÓPEZ

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO SARDON DE TABOADA

Discrepo de lo resuelto por mis distinguidos colegas magistrados, en el sentido de desestimar la pretensión contenida en la demanda. A mi criterio, la demanda es fundada, puesto que no puede aplicársele al demandante una Convención aprobada por el Perú en el año 2003 por crímenes reales o supuestos cometidos veinte años antes.

La sentencia en mayoría pasa por alto que el Congreso de la República, a través de la Resolución Legislativa 27998, aprobó la adhesión del Perú a la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad de Naciones Unidas, de 1968, *efectuando una reserva sobre su carácter retroactivo*.

876

Si el Congreso no hubiese efectuado tal reserva, la aprobación de la Convención se habría tenido que votar dos veces, requiriéndose una mayoría calificada de dos tercios, puesto que hubiera implicado una reforma del artículo 103º de la Constitución, que establece el principio de irretroactividad de las normas.

Ciertamente, el Tribunal Constitucional, en la sentencia emitida en el Expediente N.º 0024-2010-PI/TC, del 21 de mayo de 2011, hizo una interpretación mediante la cual declaró inconstitucional la mencionada reserva, fundamentándose en el *ius cogens* y el “derecho a la verdad”.

Sin embargo, el Tribunal hizo ello porque ya habían vencido los seis años que tiene para declarar inconstitucional una ley. De hecho, el fundamento 78 lamentó que “el Tribunal Constitucional no pueda expulsar del orden jurídico” la reserva, “pues se encuentra fuera del plazo previsto en el artículo 100º del CPCo”.

Entonces, forzando lo dispuesto por el tercer párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el Tribunal recurrió a efectuar una interpretación vinculante como sustituto de la declaración de inconstitucionalidad. Este proceder significó pretender efectuar una reforma constitucional.

Sin embargo, el procedimiento para efectuar una reforma constitucional está determinado por el artículo 206° de la Constitución. El Tribunal Constitucional no puede desconocer este procedimiento, abusando de su condición de intérprete de la Constitución, ya que ello implica transgredir el principio de separación de poderes.

Por estas razones, me aparto de lo resuelto en la sentencia en mayoría, que convalida la aplicación retroactiva de la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, al que el Perú se adhirió con reservas.

Por tanto, estimo que la demanda de hábeas corpus se debe declarar **FUNDADA** y, en consecuencia, **NULOS** la denuncia fiscal y el subsecuente auto de apertura de instrucción, en tanto los ilícitos que se le imputan al demandante ocurrieron el 25 de abril de 1983, habiendo prescrito la acción penal.

SARDÓN DE TABOADA

Sentencia 01205-2012-PA/TC

Proceso de amparo interpuesto por Donato Sancho Canasa. El Tribunal declaró fundada en parte la demanda sobre derecho a la remuneración.

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 20 de julio de 2015

Resumen: El Tribunal declaró fundada en parte la demanda en contra de la Municipalidad Distrital de La Victoria y su alcalde, Alberto Sánchez Aizcorbe, en razón al descuento realizado a la remuneración del recurrente, el cual supera el monto máximo de 60% de la misma, establecido en el artículo 648, inciso 6, del Código Civil. Los descuentos se realizaban en virtud a dos resoluciones judiciales por pensión de alimentos, una por 60% y la otra por 30% de la remuneración del recurrente.

879

El Tribunal Constitucional estableció que ambos descuentos no deben superar conjuntamente el límite de 60% establecido en el citado artículo 648, inciso 6, del Código Procesal Civil, respetándose la proporción de dos a uno existente entre ellas.

Respecto al punto relativo a la solicitud de devolución por parte de los demandados del total de los descuentos realizados indebidamente sobre las remuneraciones mensuales anteriores, el Tribunal consideró que, al margen de que el demandante no haya informado con exactitud desde qué momento se iniciaron los descuentos que considera arbitrarios, tampoco es posible disponer su devolución, toda vez que tales descuentos tuvieron como destinatarios a las personas favorecidas por los mandatos judiciales quienes no eran parte del proceso.

Temas Claves: Derecho a la remuneración.

EXP. N.º 01205-2012-AA/TC
LIMA
DONATO SANCHO CANASA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 18 días del mes de agosto de 2014, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, integrada por los señores magistrados Miranda Canales, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Donato Sancho Canasa contra la sentencia de fojas 88, de fecha 17 de noviembre de 2011, expedida por la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró improcedente la demanda de autos.

880

ANTECEDENTES

Con fecha 15 de abril de 2010, el recurrente interpone demanda de amparo contra la Municipalidad Distrital de La Victoria y su alcalde, don Alberto Sánchez Aizcorbe Carranza, solicitando: a) el cese del descuento, más allá del mandato judicial, de hasta el noventa por ciento de su remuneración mensual; y, b) que los demandados le restituyan el total de todos los descuentos ilegales que se han venido efectuando hasta el último mes. Argumenta que se están vulnerando sus derechos constitucionales alimentarios, a la integridad psíquica y física, a obtener una respuesta por escrito por parte de la autoridad competente, a la paz y a la tranquilidad.

Manifiesta que en razón de la existencia de dos mandatos judiciales, uno derivado del Juzgado de Paz Letrado de San Juan de Miraflores, mediante el cual se dispone la retención del sesenta por ciento de sus remuneraciones (Exp. 951-2004), y otro derivado del Tercer Juzgado de Paz Letrado de La Victoria, que dispone la retención del treinta por ciento de sus remuneraciones (Exp. 1802-2006), se ha procedido por parte de la demandada a sumar ambos porcentajes, con lo cual se ha producido una afectación desmedida, equivalente al noventa por ciento de sus ingresos. Ello en su opinión constituye un total despropósito si se toma en cuenta que, de acuerdo con

el artículo 648 del Código Procesal Civil, sólo pueden ser embargadas las remuneraciones hasta el tope máximo del sesenta por ciento, debiendo la municipalidad demandada haber procedido a prorratear los citados montos de afectación o, en su caso, proceder conforme lo señala la norma procesal respecto de la concurrencia de medidas cautelares.

Señala que la demandada, por el contrario, y lejos de optar por ello, ha procedido de manera abusiva e inhumana, dejándole solo un diez por ciento para poder alimentarse. Por lo demás, y pese a que desde el mes de mayo del año 2008 solicitó corregir el citado error, su pedido ha sido ignorado, motivo por el que acciona en la presente vía constitucional.

Con fecha 18 de mayo de 2010, la procuradora pública de la Municipalidad Distrital de La Victoria, doña Katya Marita Rojas Solís, contesta la demanda solicitando que la misma sea declarada infundada en todos sus extremos por considerar que existen dos mandatos judiciales distintos que ordenan a su representada descontar el treinta por ciento, por un lado, y el sesenta por ciento, por el otro, de los ingresos que por todo concepto percibe el accionante, con el fin de garantizar el derecho alimentario determinado en los respectivos procesos. En tales circunstancias, sus representados, de conformidad con el artículo 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, no se encuentran facultados para restringir, cuestionar o negarse a dar cumplimiento a los citados mandatos judiciales, motivo por el que considera que no han sido afectados los derechos por los que se reclama, ya que en todo momento se actuó conforme a ley. Por último, deduce la excepción de falta de agotamiento de la vía previa.

881

El Séptimo Juzgado Constitucional de Lima, con fecha 26 de enero de 2011, declaró improcedente la demanda de amparo, por considerar que la demandada no puede dejar de acatar en estricto los mandatos judiciales que le llegan o requieren, pues estaría cometiendo una grave falta administrativa o un delito. Asimismo, señala que la pretensión planteada debe ser resuelta ante el juez que realizó el primer emplazamiento, de forma que el recurrente pueda plantear el prorrateo.

La Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 17 de noviembre de 2011, confirmó la recurrida por considerar que no corresponde a la municipalidad demandada prorratear los montos de los embargos ordenados, situación que determina la ausencia de agravio alguno sobre los derechos constitucionales por parte de la demandada, En todo caso, se deja a salvo el derecho del actor para recurrir a la vía procesal pertinente conforme a lo que solicita.

Mediante recurso de agravio constitucional de fecha 20 de diciembre de 2011, el recurrente reitera los argumentos de su demanda, puntualizando que en ningún

momento ha cuestionado las resoluciones judiciales que disponen descuentos sobre sus remuneraciones, pretendiendo dejarlas sin efecto o incumplirlas, sino específicamente la decisión de la municipalidad demandada de sumar los porcentajes de descuento sobre sus remuneraciones, afectando el noventa por ciento de las mismas.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. El demandante objeta la retención de su remuneración más allá del máximo porcentaje permitido por ley por considerarla irrazonable. Por ello, solicita: a) el cese del descuento, más allá del mandato judicial, de hasta el noventa por ciento de su remuneración mensual; y, b) que los demandados le restituyan el total de todos los descuentos ilegales que se han venido efectuando hasta el último mes. Se invoca como presuntamente vulnerados sus derechos constitucionales alimentarios, a la integridad psíquica y física, a obtener una respuesta por escrito por parte de la autoridad competente, a la paz y a la tranquilidad.
2. En aplicación del principio *iura novit curia* previsto en el artículo VIII del Código Procesal Constitucional, este Tribunal considera que el derecho vulnerado en el presente caso es el derecho a la remuneración.

882

Sobre la afectación del derecho a la remuneración

Argumentos del demandante

3. Sostiene el demandante que, como consecuencia de dos mandatos judiciales, la demandada ha dispuesto un descuento desmedido, equivalente al noventa por ciento de sus remuneraciones mensuales, dejándole tan solo el diez por ciento para su libre disponibilidad. Alega que tal situación no le permite subsistir como es debido, poniendo en grave peligro su vida e integridad, así como su libre desarrollo y bienestar.

Argumentos de la demandada

4. Sostiene la demandada que los descuentos en la remuneración del demandante no han sido realizados por su propia voluntad o decisión, sino que son consecuencia de dos mandatos judiciales en los que se dispuso afectar el sesenta por ciento y el treinta por ciento, respectivamente, de los ingresos que por todo concepto perciba el demandante a fin de garantizar el derecho alimentario que en dichos procesos se estuvo reclamando.

Consideraciones del Tribunal

5. El derecho a la remuneración ha sido reconocido en el artículo 24 de la Constitución, que señala: «El trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual». Al respecto, este Tribunal ha establecido que «[...] la remuneración como retribución que recibe el trabajador en virtud del trabajo o servicio realizado para un empleador debe ser entendida como un derecho fundamental» (Expediente 04922-2007-PA/TC).
6. Por otro lado, el artículo 648 del Código Procesal Civil establece los bienes inembargables del ordenamiento jurídico, entre los que incluye, en su inciso 6, a las remuneraciones y pensiones, agregando a continuación dos limitaciones a dicha regla, la segunda de las cuales indica que «Cuando se trata de garantizar obligaciones alimentarias, el embargo procederá hasta el *sesenta por ciento del total de los ingresos*» [énfasis agregado].
7. En el presente caso, se aprecia que la municipalidad emplazada no ha contestado la afirmación del demandante en el sentido de que se vendrían efectuando retenciones que representan el 90 % del total de sus ingresos.
8. De hecho, a manera de ejemplo, a fojas 3 puede apreciarse que, aunque tales retenciones no llegan al 90 % alegado, sí exceden el límite de sesenta por ciento del total de los ingresos. Consta en dicha boleta de pago, correspondiente a enero de 2010, que el total de los ingresos del demandante asciende a S/. 2,636.01 (dos mil seiscientos treinta y seis nuevos soles con un céntimo). Consta también que se le efectuaron dos descuentos judiciales: uno de S/. 1,424.02 (mil cuatrocientos veinticuatro nuevos soles y dos céntimos) y otro de S/. 712.01 (setecientos doce nuevos soles y un céntimo). Sumados estos dos descuentos superan ampliamente el límite de 60 %.
9. Por tanto, este Tribunal considera que se está incumpliendo lo dispuesto en la citada norma legal y violándose el derecho fundamental a la remuneración del recurrente.
10. En ese sentido, deben cesar los descuentos exorbitantes, que exceden del máximo de sesenta por ciento de la remuneración, establecido por el artículo 648, inciso 6, del Código Procesal Civil.
11. Habiendo la judicatura ordinaria establecido dos pensiones de alimentos diferentes, éstas deben ser integradas, respetándose la proporción de dos a uno existente entre ellas. Así, el beneficiario de la primera resolución, que debía recibir 60 %,

deberá recibir solo 40 %, y el beneficiario de la segunda resolución, que debía recibir 30 %, deberá recibir solo 20 %.

Sobre la devolución de los descuentos indebidos

12. Por otro lado, respecto del extremo en que se solicita la devolución por parte de los demandados del total de los descuentos realizados indebidamente sobre el noventa por ciento de las remuneraciones mensuales, este Tribunal considera que, al margen de que el demandante no haya informado con exactitud desde qué momento se iniciaron los descuentos que considera arbitrarios, tampoco es posible disponer su devolución, toda vez que tales descuentos tuvieron como destinatarios a las personas favorecidas por los mandatos judiciales emitidos en los Expedientes 951-2004 y 1802-2006, quienes no son parte del presente proceso.

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

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** en parte la demanda de amparo, por haberse acreditado la vulneración del derecho fundamental a la remuneración; y, en consecuencia, **ORDENAR** que los descuentos que efectúa la Municipalidad Distrital de La Victoria respeten el máximo de sesenta por ciento de la remuneración.
2. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda en el extremo en que se solicita la restitución del total de los descuentos ilegales que se han venido efectuando sobre la remuneración del demandante, por haberse producido sustracción de la materia.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MIRANDA CANALES

SARDÓN DE TABOADA

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Sentencia 02738-2014-HC/TC

Proceso de hábeas corpus interpuesto por Carlos Mauro Peña Solís. El Tribunal estimó la demanda en razón a la correcta utilización del sistema de videoconferencia en el proceso penal.

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 21 de agosto de 2015

Resumen: El Tribunal Constitucional declaró infundada la demanda del recurrente, quien alegaba la vulneración de su derecho a la defensa, entre otros derechos, así como al principio de inmediación en razón a que la audiencia de apelación de sentencia se llevó a cabo a bajo la modalidad de videoconferencia, la cual argumenta sólo puede utilizarse excepcionalmente.

Sobre el derecho a la defensa, el Tribunal consideró que no existió afectación del mismo, ya que la ausencia física no impide la presencia virtual del procesado y, por tanto, la oportunidad para que pueda, por sí mismo o con el patrocinio de un abogado de su libre elección, ejercer su derecho a defenderse y ser oído.

Sobre el principio de inmediación, el Tribunal consideró que la utilización de la videoconferencia no debe ser la regla general sino una medida de empleo excepcional, en los términos que la ley procesal penal le asigna, y siempre que no impida la interacción directa, personal y cercana de un medio probatorio que tenga directa incidencia en cuestiones de hecho relacionadas a la declaración de inocencia o culpabilidad del procesado. Existirán algunos casos en los que su uso deberá ser excluido por existir la necesidad de la presencia física de las partes, lo cual se deberá evaluar en el caso concreto.

En el presente caso, el Tribunal señaló que el recurrente se encontraba privado de su libertad, y su traslado al lugar de la audiencia implicaba dificultades por la distancia, además de que no era indispensable su presencia en la audiencia, en tanto su defensa estaba igualmente garantizada, y la utilización de la videoconferencia no es por sí misma inconstitucional, puesto que contribuye con la celeridad de la justicia y no transgrede principios constitucionales. Por tanto, el Tribunal consideró que no se acreditó la violación de los derechos constitucionales alegados.

Temas Claves: Derecho de defensa — principio de inmediación.

EXP. N.º 02738-2014-PHC/TC

ICA

CARLOS MAURO PEÑA SOLÍS Representado(a) por ALBERTO TORRES LARA
- ABOGADO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 30 días del mes de julio de 2015, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Urviola Hani, Presidente; Miranda Canales, Vicepresidente; Ramos Núñez, Sardón de Taboada, y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, sin la intervención de la magistrada Ledesma Narvárez por encontrarse con licencia el día de la audiencia pública. Se deja constancia que el magistrado Blume Fortini votará en fecha posterior por encontrarse con licencia.

886

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Alberto Torres Lara a favor de Carlos Mauro Peña Solís contra la resolución de fojas 199, su fecha 30 de mayo de 2014, expedida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Ica, que declaró infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 12 de marzo de 2014, el recurrente interpone demanda de hábeas corpus a favor de Carlos Mauro Peña Solís contra los integrantes de la Sala de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Ica, sede Nazca, con la finalidad de que se declare la nulidad de la Resolución N.º 41, de fecha 10 de marzo de 2014, la cual dispone que la audiencia de apelación de sentencia se llevará a cabo a través del sistema de videoconferencia; y de la Resolución N.º 42, de fecha 11 de marzo de 2014, que declara improcedente el recurso de reposición. Alega que tales resoluciones afectan los derechos al debido proceso, el principio de inmediación y el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva del favorecido.

Refiere que en el proceso que se le sigue por el delito de hurto agravado se le condenó a seis años de pena privativa de libertad, por lo que interpuso recurso de apelación. Indica que al fijarse fecha de la audiencia de apelación, los emplazados dispusieron

que la audiencia se lleve a cabo a través del sistema de videoconferencia, por lo que interpuso el recurso de reposición, el cual fue declarado improcedente. Alega que al expedirse las resoluciones cuestionadas no se aplicó debidamente el Código Procesal Penal, puesto que la videoconferencia se puede utilizar solo excepcionalmente, en casos justificados, lo que no se presenta en este caso.

Realizada la investigación sumaria, los jueces emplazados presentan sus descargos, expresando que los tres procesados se encuentran en distintos establecimientos penales, por lo que la videoconferencia es un sistema aceptado y regulado administrativamente en cumplimiento del principio de celeridad procesal. Además, es un mecanismo que no atenta contra el principio de inmediación, puesto que cumple con los elementos necesarios, a saber: la interacción de las partes, la contradicción, la observación el lenguaje no verbal y la comprobación de la identidad del declarante.

El Segundo Juzgado Penal Unipersonal y Liquidador Supranacional de Nazca declara improcedente la demanda, considerando que para emitir la resolución que es materia de cuestionamiento los emplazados han aplicado lo previsto en la norma procesal, fundándose además en otras de carácter administrativo.

La Sala Superior revoca la apelada y, reformándola, la declara infundada, tras considerar que la resolución cuestionada está debidamente motivada, no existiendo afectación al principio de inmediación.

887

El recurso de agravio constitucional reitera los argumentos contenidos en la demanda, denunciando la vulneración del debido proceso, concretamente en los ámbitos del derecho a la defensa, el deber de motivación de las resoluciones judiciales y el principio de inmediación.

FUNDAMENTOS

A. Delimitación del petitorio

1. El demandante solicita que se declare la nulidad de la Resolución N°. 41, de fecha 10 de marzo de 2014, la cual dispone que la audiencia de apelación de sentencia se lleve a cabo a través del sistema de videoconferencia; y la resolución N°. 42, de fecha 11 de marzo de 2014, la cual declara improcedente el recurso de reposición. Alega que tales resoluciones afectan el derecho al debido proceso, concretamente los ámbitos protegidos del derecho a la defensa, el deber de motivación de las resoluciones judiciales y el principio de inmediación.

B. Cuestiones previas

2. En el presente caso, el recurrente cuestiona el hecho de que se haya dispuesto que la audiencia de apelación se lleve a cabo mediante el sistema de videoconferencia.

Alega que dicha medida afecta los derechos del favorecido con el hábeas corpus pues su aplicación no permite la presencia física de este en la audiencia. Al respecto, el Tribunal considera que si bien, por sí mismas, las resoluciones judiciales cuestionadas no suponen una restricción a la libertad personal del beneficiario, sin embargo, sí guardan conexión con el derecho referido, en razón de que el objeto de la audiencia de apelación –cuyo sistema de videoconferencia se objeta– es cuestionar la sentencia condenatoria impuesta contra el favorecido. Por esta razón el Tribunal se encuentra legitimado para emitir una decisión de fondo.

3. Por otro lado, el Tribunal aprecia que si bien se ha denunciado la afectación de los derechos al debido proceso, a la tutela jurisdiccional efectiva y del principio de inmediación, sin embargo, de la demanda y los diversos escritos presentados a lo largo del proceso, se advierte que propiamente lo que se cuestiona es que se haya dispuesto que la audiencia de apelación de la sentencia condenatoria se lleve a cabo por el sistema de videoconferencia. De manera, pues, que sobre ambos aspectos girará el pronunciamiento del Tribunal.

C. Sobre el derecho de defensa (artículo 139º, inciso 14, de la Constitución), el principio de inmediación y la utilización del sistema de videoconferencia

888

Argumentos del demandante

4. El recurrente alega que las resoluciones judiciales cuestionadas le impiden que en la audiencia de apelación de sentencia condenatoria esté presente físicamente. En su opinión, tal situación vulnera su derecho de defensa, el deber de motivación de las resoluciones judiciales y el principio de inmediación.

Argumentos del demandado

5. Los demandados sostienen que la videoconferencia es un sistema aceptado y regulado administrativamente en cumplimiento del principio de celeridad procesal, así como un mecanismo que no atenta contra el principio de inmediación, puesto que cumple con los elementos necesarios, a saber: la interacción de las partes, la contradicción, la observación, el lenguaje no verbal y la comprobación de la identidad del declarante.

Consideraciones del Tribunal Constitucional

Derecho de defensa

6. La Constitución reconoce el derecho de defensa en el inciso 14) del artículo 139º, en virtud del cual se garantiza que los justiciables, en la protección de sus derechos y obligaciones, cualquiera que sea su naturaleza (civil, mercantil, penal,

laboral, etc.), no queden en estado de indefensión. De manera que su contenido constitucionalmente protegido del derecho de defensa queda afectado cuando, en el seno de un proceso judicial, cualquiera de las partes resulta impedida por concretos actos de los órganos judiciales de ejercer los medios necesarios, suficientes y eficaces para defender sus derechos e intereses legítimos (Cfr. STC N°. 1231-2002-HC/TC, fundamento 2).

7. El ejercicio del derecho de defensa es de especial relevancia en el proceso penal. Mediante este derecho se garantiza al imputado, por un lado, la potestad de ejercer su propia defensa desde el mismo instante en que toma conocimiento de que se le atribuye la comisión de un determinado hecho delictivo; y de otro, el derecho a contar con defensa técnica, esto es, a elegir un abogado defensor que lo asesore y patrocine durante todo el tiempo que dure el proceso. En ambos casos, dichas posiciones *iusfundamentales* están orientadas a impedir que toda persona sometida a un proceso penal quede postrado en estado de indefensión y, por ello, este Tribunal ha afirmado que forman parte de su contenido constitucionalmente protegido (Cf. entre otras, STC N°. 2028-2004-HC/TC).
8. En el caso, se cuestiona que el empleo del sistema de videoconferencia afectaría el derecho de defensa del beneficiario con el Habeas Corpus. El Tribunal no comparte dicha opinión. La ausencia física que desencadena el empleo de la videoconferencia no impide la presencia virtual del procesado y, por tanto, la oportunidad para que pueda, por sí mismo o con el patrocinio de un abogado de su libre elección, ejercer su derecho a ser oído. Y puesto que la realización de la audiencia mediante una video conferencia no constituye una intervención sobre el contenido constitucionalmente garantizado del derecho a la defensa, este extremo de la pretensión deberá de desestimarse.

889

Debida motivación de las resoluciones judiciales

9. Por otro lado, se ha cuestionado la vulneración de la debida motivación de las resoluciones judiciales. No obstante, este Tribunal advierte que con la expresión de tal agravio, en realidad, se quiere cuestionar la justificación de emplearse el uso de la videoconferencia. Un cuestionamiento de esta naturaleza, considera el Tribunal, no puede ser objeto de análisis sino en función de las razones que son constitucionalmente válidas para la restricción del principio de inmediatez en el proceso penal.

Principio de inmediatez

10. En relación al principio de inmediatez, este Tribunal ha precisado que este está relacionado con el programa normativo del derecho a la prueba (STC N°.

02201-2012-PA/TC). Mediante este se asegura que “la actividad probatoria debe transcurrir en presencia del juez encargado de pronunciar sentencia, puesto que solo de esta manera se garantiza que exista un contacto directo entre el juzgador y los medios de prueba aportados al proceso, que permitirá a este ponderarlos en forma debida y plasmar sus conclusiones en forma suficiente y razonada al momento de emitir sentencia condenatoria” (STC N.º. 0849-2011-HC/TC).

11. En la STC 2201-2012-PA/TC este Tribunal recordó que la actuación y la valoración de la prueba personal, en su relación con el principio de inmediación, presenta dos facetas: una personal y otra estructural:

La *primera*, que se refiere a los datos relacionados con la percepción sensorial del juez: lenguaje, capacidad narrativa, expresividad de las manifestaciones, precisiones en el discurso, etc., no es susceptible de supervisión y control en apelación, es decir no puede ser variada. La *segunda*, cuyos datos se refieren a la estructura racional del contenido de la prueba, ajenos en sí mismos a la percepción sensorial del juzgador, sí puede ser fiscalizada y variadas. En este contexto, el relato fáctico que el juez asume como hecho probado no siempre es inmutable, pues a) puede ser entendido o apreciado con manifiesto error o de modo radicalmente inexacto; b) puede ser oscuro, impreciso, dubitativo, ininteligible, incompleto, incongruente o contradictorio en sí mismo; o, c) ha podido ser desvirtuado por pruebas practicadas en segunda instancia.

12. Por ello, si bien con carácter general una vertiente del principio de inmediación puede identificarse con la presencia judicial durante la práctica de la prueba, en un sentido más exacto, en realidad, “la garantía de la inmediación consiste en que la prueba se practique ante el órgano judicial al que corresponde su valoración. En la medida en que implica el contacto directo con la fuente de prueba, la inmediación adquiere verdadera transcendencia en relación con las pruebas caracterizadas por la oralidad, esto es, las declaraciones, cualquiera que sea el concepto en el que se presten. De modo que su dimensión de garantía constitucional (...) resulta vinculada a la exigencia constitucional de que los procesos sean predominantemente orales, sobre todo en materia penal” (STC N.º. 135/2011, de fecha 12 de setiembre de 2011).
13. La inmediación, así, es una garantía de corrección, que evita los riesgos de valoración inadecuada a causa de la intermediación entre la prueba y el órgano de valoración y que, en el caso de las pruebas personales, permite apreciar no solo lo esencial de una secuencia verbal trasladada a un escrito por un tercero, sino la totalidad de las palabras y el contexto y modo en que fueron pronunciadas. Esto

es, permite acceder a la totalidad de los aspectos comunicativos verbales y no verbales del declarante y de terceros. En este sentido, tal garantía implica:

[...] una actividad procesal que ha de insertarse en la segunda instancia y que se identifica con una vista o audiencia, pública y contradictoria, en la que se realice el examen “directo y personal” -esto es, con intermediación- de las personas cuya declaración va a ser objeto de nueva valoración. Este examen “personal y directo” implica la concurrencia temporo-espacial de quien declara y ante quien se declara, pues la garantía constitucional estriba tanto en que quien juzga tenga ante sí a quien declara como en que el declarante pueda dirigirse a quien está llamado a valorar sus manifestaciones. (STC N° 135/2011, de fecha 12 de setiembre de 2011).

Sobre el sistema de videoconferencia

14. Ahora bien, tal concurrencia “espacial y temporal” que permite el examen “personal y directo” no puede concretizarse independientemente de la tecnología que ha influido en diversos cambios en el funcionamiento de las instituciones sociales, sin excluir a la administración de justicia, contribuyendo a que ésta se haga cada vez más expeditiva.
15. En dicha línea de modernización, se ubica el sistema de videoconferencia, que permite la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y sonido, así como la interacción visual, auditiva y verbal entre dos o más personas geográficamente distantes, en tiempo real, otorgando con ello un dialogo personal y directo entre los intervinientes. Estas características permiten a dicho mecanismo tecnológico constituirse en una forma de entrelazar de manera real a los intervinientes en una audiencia judicial, contribuyendo a la celeridad del proceso, en aquellos casos en los que la distancia no solo conspira contra el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable sino también con el adecuado ejercicio del *ius puniendi* estatal.
16. Aún así, en ciertos casos la utilización de las tecnologías podría resultar lesiva para la plena vigencia de los derechos del procesado, en contextos en los que no esté reglamentada, especialmente, sobre los criterios de pertinencia y calidad que estos deban observar.

D. ¿El sistema de videoconferencia resulta compatible con los principios de oralidad, publicidad y contradicción?

17. El proceso penal, tal y como está actualmente diseñado, se sustenta en los principios de oralidad, publicidad y contradicción. Por ello, antes de analizar la afec-

tación al principio de inmediación en estricto, conviene pronunciarse sobre la compatibilidad entre el sistema de videoconferencia y estos principios básicos del proceso penal.

18. A juicio de este Tribunal, el sistema de videoconferencia no impide que el procesado y el juzgador puedan comunicarse oralmente; antes bien, posibilita la interacción y el dialogo entre las partes, pudiéndose observar que cuando se realiza bajo las condiciones técnicas adecuadas no obstaculiza la mejor percepción sensorial. Asimismo, en la medida que se permita el acceso al contenido de las audiencias no se afecta la publicidad. Mientras que, respecto de la contradicción, se aprecia que con las partes comunicadas en tiempo real, estas pueden expresarse fluidamente, tal y como si estuvieran presentes físicamente el procesado y el juzgador en el mismo ambiente.
19. Por ello, este Tribunal considera que la utilización del sistema de videoconferencia no transgrede, *prima facie*, los principios referidos, constituyéndose, más bien, en un instrumento tecnológico que coadyuva a los fines del proceso.

E. ¿Se lesiona el principio de inmediación por la utilización del sistema de videoconferencia en una audiencia de apelación de sentencia condenatoria?

892

20. Corresponde analizar ahora si con el uso del sistema de videoconferencia se lesiona el principio de inmediación como elemento del derecho a la prueba. Al respecto, el Tribunal aprecia que el sistema de videoconferencia permite la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y sonido, en tiempo real, sin obstaculizar la percepción sensorial que puedan tener las partes de las pruebas, admitiendo la interacción visual y auditiva. Por ende, este mecanismo tecnológico no puede ser rechazado por el hecho de que literalmente “no se encuentre presente físicamente” una persona, pues dicho sistema tiene el efecto de adecuar la audiencia de tal manera que puede considerarse al procesado presente activamente. En ese sentido, el Tribunal considera que su utilización no es incompatible con el principio de inmediación que informa al proceso penal.
21. No obstante, el Tribunal considera que la utilización de la videoconferencia no debe ser la regla general sino una medida de empleo excepcional, en los términos que la ley procesal penal le asigna, y siempre que no impida la interacción directa, personal y cercana de un medio probatorio que tenga directa incidencia en cuestiones de hecho relacionadas a la declaración de inocencia o culpabilidad del procesado. Existirán algunos casos en los que su uso deberá ser excluido por existir la necesidad de la presencia física de las partes, lo cual se deberá evaluar en el caso concreto.

22. A tal efecto, el Tribunal recuerda que el artículo 119-A del Código Procesal Penal, referido a la audiencia, precisa que:
1. La presencia física del imputado es obligatoria en la audiencia del juicio, conforme al inciso 1) del artículo 356, así como en aquellos actos procesales dispuestos por ley.
 2. Excepcionalmente, a pedido del fiscal, del imputado o por disposición del juez, podrá utilizarse el método de videoconferencia en casos que el imputado se encuentre privado de su libertad y su traslado al lugar de la audiencia encuentre dificultades por la distancia o porque exista peligro de fuga.
23. El Tribunal aprecia que la propia normativa procesal penal admite el uso del sistema de videoconferencia en los casos en los que el imputado se encuentre privado de su libertad y su traslado al lugar de la audiencia encuentre dificultades por la distancia o porque exista peligro de fuga. Este Tribunal Constitucional considera que dichas restricciones son constitucionales, siempre que la utilización del citado mecanismo –conforme se ha expresado anteriormente– quede excluida cuando afecte directamente la actuación de medios probatorios relacionados con la inocencia o culpabilidad del imputado.

F. El caso de autos

24. En el presente caso el recurrente cuestiona la Resolución N°. 41, de fecha 10 de marzo de 2014, la cual dispuso la audiencia de apelación de sentencia condenatoria vía el sistema de videoconferencia, así como la resolución que declaró improcedente su recurso de reposición. Se aprecia que el actor propiamente no denuncia que, por la utilización del sistema de videoconferencia se haya impedido a él mismo o a los jueces entrar en contacto directo con determinado medio probatorio que, siendo determinante para acreditar su inocencia, exija para su correcta valoración la presencia física del condenado en la sala de audiencia. Antes bien, se advierte de autos que su pretensión está dirigida a impugnar la utilización del sistema de videoconferencia, considerando que dicha medida es arbitraria por sí misma cuando se aplica en atención a la distancia y para evitar el traslado de los magistrados al lugar de reclusión del reo.
25. El Tribunal considera que para la solución del caso concreto se debe precisar lo siguiente: (i) la norma procesal penal no hace indispensable la presencia del condenado en la sala de audiencia de apelación cuando su defensa está igualmente garantizada (STC 02964-2011-PHC-TC, fundamento 19); (ii) la norma procesal penal acepta como válida la utilización de la videoconferencia durante el

juzgamiento en circunstancias excepcionales en “atención a la distancia”, desde la cual deberá trasladarse a privado de libertad hasta la sala de audiencias (artículo 119-A.2 del Código Procesal Penal); y (iii) la utilización de la videoconferencia no es por sí misma inconstitucional, puesto que contribuye con la celeridad de la justicia y no transgrede principios constitucionales.

26. A juicio de este Tribunal, bajo tales premisas se debe afirmar que en el presente caso la utilización del sistema de videoconferencia se halla justificado en “atención a la distancia”, razón que resulta igualmente válida para el traslado del condenado y los juzgadores, no siendo admisible el simple rechazo de su utilización. En efecto, como se desprende de la resolución N°. 42, de fecha 11 de marzo de 2014, el Centro Penitenciario “Cristo Rey”, en el que se encuentra recluso el actor, está ubicado en la ciudad de Nazca, debiendo los integrantes de la Sala de Apelaciones recorrer una distancia de aproximadamente 280 km. También este hecho ha sido reconocido en el propio recurso de agravio constitucional. En consecuencia, el Tribunal considera que no se ha probado la violación del derecho constitucional incoado. Así debe declararse.

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

894

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la demanda de hábeas corpus, al no haberse acreditado la vulneración de los derechos invocados.

Publíquese y notifíquese.

SS.

URVIOLA HANI

MIRANDA CANALES

RAMOS NÚÑEZ

SARDÓN DE TABOADA

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

EXP. N.º 02738-2014-PHC/TC

ICA

CARLOS MAURO PEÑA SOLÍS Representado(a) por ALBERTO TORRES LARA
- ABOGADO

VOTO DEL MAGISTRADO BLUME FORTINI

En la fecha, 18 de agosto de 2015, emito el presente voto adhiriéndome, por las razones expresadas en ella, a la sentencia aprobada el 30 de julio de 2015.

Sr.

BLUME FORTINI

Sentencia 02505-2011-PA/TC

Proceso de amparo interpuesto por el Sindicato Integral de Trabajadores Municipales de Lambayeque — Sinitramun. El Tribunal desestimó la demanda sobre negociación colectiva.

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 27 de agosto de 2015

Resumen: El Tribunal Constitucional declaró infundada la demanda del recurrente, un sindicato minoritario, en relación a la presunta vulneración de los derechos a la libertad sindical, a la negociación colectiva y a la igualdad. El recurrente alegó que no se le permitía ser incluido en la conformación de la Comisión Paritaria, por lo que solicitó se deje sin efecto la resolución que declaró inadmisibles su Pliego de Reclamos, se disponga el inicio de la negociación colectiva, y se incluya a los trabajadores del sindicato en un curso dictado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

897

El Tribunal desarrolló conceptualmente el sistema de mayor representación, el cual se ha establecido para iniciar el procedimiento de negociación colectiva otorgándole al sindicato que afilie a la mayoría absoluta de los trabajadores la representación de la totalidad de los trabajadores, aun de los no sindicalizados. Esto significa, además, que dentro del ámbito en el que ejercen o representan sus intereses los sindicatos minoritarios, los pliegos, las propuestas, los reclamos u otros deban ser canalizados, escuchados o incluso, si fuera el caso, con una participación activa en la negociación que lleve a cabo el sindicato mayoritario, que es quien presenta finalmente de manera anual el pliego de reclamos.

Respecto al posible trato discriminatorio alegado contra sus afiliados por no haber sido aceptados para seguir un curso en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, la convocatoria al curso se hizo extensiva a todos los trabajadores, habiéndose incluso matriculado en dicho curso algunos de los trabajadores afiliados al sindicato recurrente, lo cual no fue desvirtuado por este gremio, lo que demostró que no existió vulneración al derecho a la igualdad de los afiliados del sindicato recurrente.

Temas Claves: Igualdad y no discriminación — libertad sindical — negociación colectiva.

EXP. N.º 02505-2011-PA/TC

LAMBAYEQUE

SINDICATO INTEGRAL DE TRABAJADORES MUNICIPALES DE LAMBAYEQUE - SINITRAMUN

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a 1 días del mes de julio de 2015, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, integrada, por los magistrados Miranda Canales, Sardón de Taboada y Ledesma Narváez, en reemplazo del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera, por encontrarse con licencia, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

898 Recurso de agravio constitucional interpuesto por el Sindicato Integral de Trabajadores Municipales de Lambayeque (SINITRAMUN) contra la sentencia de fojas 295, su fecha 4 de mayo de 2011, expedida por la Sala Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, que declaró infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 20 de julio de 2010, el Sindicato recurrente interpone demanda de amparo contra la Municipalidad Provincial de Lambayeque solicitando: i) ser incluido en la conformación de la Comisión Paritaria para la atención de los Pliegos de Reclamos presentados para el periodo 2010 - 2011; ii) se deje sin efecto la Resolución de Gerencia N.º 422-2010/MPL-GM-GAJ; iii) se disponga el inicio de la negociación colectiva; y iv) que la Municipalidad demandada respete su actividad sindical, se abstenga de discriminar con sus actos u omisiones los derechos laborales de sus afiliados y proceda a capacitados en el curso de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos iniciado el 10 de julio de 2010.

Refiere que mediante la Resolución de Gerencia N.º 0422-2010/MPL-GM-GAJ, de fecha 17 de mayo de 2010, la Municipalidad demandada declaró inadmisibles sus Pliegos de Reclamos 2010 - 2011 argumentando que se trataba de un sindicato minoritario y que le resultaban aplicables los Decretos Supremos N.ºs 003-82-PCM y 026-82-JUS. Manifiesta que se conformó la Comisión Paritaria 2010 - 2011 para

que se lleve a cabo la negociación colectiva del pliego de reclamos presentado por SITRAMUN-L, por ser éste el sindicato mayoritario, no habiendo sido incluido el Sindicato demandante, con lo cual se han vulnerado los derechos a la libertad sindical, a la negociación colectiva y a la igualdad.

El Procurador Público de la Municipalidad emplazada contesta la demanda argumentando que, en cumplimiento de lo dispuesto en el Decreto Supremo N.º 003-82-PCM, sólo el sindicato mayoritario está facultado para presentar anualmente el pliego de reclamos y negociar colectivamente, por lo que al ser el Sindicato recurrente un sindicato minoritario no resultaba admisible su pliego de reclamos. Sostiene que los acuerdos que la Municipalidad adopte con el Sindicato mayoritario serán de aplicación para todos los trabajadores que acrediten igual condición laboral, y que, por tanto, no existen actos de discriminación. Manifiesta que la convocatoria para la participación en el curso que se dicta en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos se realizó a todos los trabajadores y que incluso algunos de los afiliados al Sindicato recurrente vienen participando del mismo.

El Gerente de la Municipalidad Provincial de Lambayeque contesta la demanda exponiendo los mismos argumentos que el Procurador Público de la Municipalidad emplazada.

899

El Juzgado Mixto de Lambayeque, con resolución de fecha 20 de enero de 2011, declaró infundada la demanda, al considerar que la Resolución de Gerencia N.º 422-2010/MPL-GM-GAJ no afecta la libertad sindical, ni el derecho a la negociación colectiva, toda vez que en aplicación de lo dispuesto en los artículos 24º del Decreto Supremo N.º 003-82-PCM y 14º del Decreto Supremo N.º 026-82-PCM, sólo al Sindicato mayoritario le correspondía la presentación del pliego de reclamos para el periodo 2010 - 2011, así como participar en el proceso de negociación colectiva.

La Sala Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, con resolución de fecha 4 de mayo de 2011, confirmó la apelada, al considerar que de las pruebas aportadas al presente proceso no se ha comprobado que la Municipalidad emplazada haya vulnerado los derechos constitucionales de los trabajadores afiliados al Sindicato recurrente.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. El Sindicato recurrente solicita que: i) se lo incluya en la conformación de la Comisión Paritaria para la atención del pliegos de reclamos 2010 - 2011; ii) se deje sin efecto la Resolución de Gerencia N.º 422-2010/MPL-GM-GAJ; iii) se

disponga el inicio de la negociación colectiva con su participación; iv) se ordene a la Municipalidad emplazada que respete su actividad sindical, absteniéndose de discriminar con actos u omisiones los derechos de sus afiliados, y se proceda a capacitarlos en el curso de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos que se inició el 10 de julio de 2010. Refiere que la Resolución de Gerencia N.º 422-2010/MPL-GM-GAJ vulnera sus derechos a la libertad sindical, a la negociación colectiva y a la igualdad.

Análisis del caso concreto

2. Con fecha 18 de marzo de 2010, el Sindicato recurrente presentó a la Municipalidad emplazada el Pliego de Reclamos 2010 - 2011 (f. 4), el cual fue puesto a conocimiento de la Subdirección de Negociaciones Colectivas del Ministerio de Trabajo y Promoción Social mediante carta presentada el 26 de marzo de 2010 (f. 8). La autoridad de trabajo, mediante Resolución de fecha 31 de marzo de 2010, dispuso notificar a las partes para que se dé inicio a la negociación colectiva en su etapa de trato directo y ordenó a la Municipalidad emplazada que designe a sus representantes (f. 9).
3. Sin embargo, la Municipalidad emplazada, mediante Resolución de Gerencia N.º 0422-2010-MPL-GM-GAJ, de fecha 17 de mayo de 2010, declaró inadmisibles el Pliego de Reclamos 2010 - 2011 presentado por el Sindicato recurrente, sustentando su denegatoria en lo dispuesto en los artículos 24º del Decreto Supremo N.º 003-82-PCM y 14º del Decreto Supremo N.º 026-82-PCM, vigentes en dicha oportunidad. En efecto, la Municipalidad emplazada señala que, en virtud a las referidas normas legales, sólo “corresponde al Sindicato de Trabajadores Municipales SITRAMUN-L, por el ser el Sindicato mayoritario, la presentación del Pliego Anual de Peticiones y con quien se realizará la negociación colectiva de trabajo en el presente año” (f. 41).
4. Como puede verse, la controversia se circunscribe a determinar si lo dispuesto en los artículos 24º del Decreto Supremo N.º 003-82-PCM y 14º del Decreto Supremo N.º 026-82-PCM, vigentes cuando se habría producido la afectación alegada, en virtud de los cuales la Municipalidad demandada declaró inadmisibles el pliego de reclamos 2010 - 2011 presentado por el Sindicato demandante (minoritario), vulneran o no los derechos a la negociación colectiva y a la libertad sindical del Sindicato recurrente. Asimismo, si la Municipalidad demandada ha vulnerado el derecho principio a la igualdad.
5. En efecto, el artículo 14º del Decreto Supremo N.º 026-82-JUS (Dictan disposiciones para el mejor cumplimiento del Decreto Supremo 003-82-PCM)

dispone que: “La presentación anual del pliego de peticiones sobre condiciones generales de trabajo es facultad exclusiva del sindicato mayoritario de cada repartición”. Asimismo, el artículo 24° del Decreto Supremo N.º 003-82-PCM establece que: “El sindicato mayoritario de la respectiva Repartición, podrá presentar anualmente, en forma escrita, su pliego de peticiones sobre condiciones generales de trabajo”.

La negociación colectiva

6. Antes de ingresar al análisis de la controversia, resulta necesario recordar que el artículo 28° de la Constitución Política del Perú 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.

La Pluralidad sindical

7. Por otro lado, debe recordarse que en el Perú se ha establecido el régimen de pluralidad sindical, es decir, se permite la coexistencia de varios Sindicatos en una misma empresa u otro (sistema de relaciones laborales), en ejercicio del derecho de libertad sindical que les asiste a todos los trabajadores, pues los trabajadores pueden crear tantas organizaciones como intereses pretendan defender. Ese es el espíritu del artículo 7° del Decreto Supremo N.º 003-82-PCM, que señala que “En cada Repartición del Estado podrá constituirse uno o más sindicatos, integrados por servidores de la propia Repartición (...)”.

901

El sistema de mayor representación

8. Asimismo, se ha establecido en el Perú el sistema de mayor representación para iniciar el procedimiento de negociación colectiva otorgándole al sindicato que afilie a la mayoría absoluta de los trabajadores la representación de la totalidad de los trabajadores, aun de los no sindicalizados (la presentación anual del pliego de peticiones sobre condiciones de trabajo); esto ocurre porque obviamente cuenta con una mayor representatividad ante el empleador o representante de la Repartición (artículo 14° del Decreto Supremo N.º 026-82-JUS).
9. Esta afirmación, bajo ninguna circunstancia, puede significar la exclusión de la participación de un Sindicato minoritario en el procedimiento de negociación colectiva, es decir que se pretenda limitar la representación o el ejercicio de los derechos inherentes a ella, pues el sistema de representación lo que busca es precisamente, valga la redundancia, representar a los trabajadores, lo cual obviamente incluye también, y con mayor razón, a las minorías.

10. Ahora bien, lo afirmado no significa que los Sindicatos minoritarios, desconociendo el sistema de representación en la negociación colectiva vigente en el Perú, pretendan iniciar la negociación colectiva individualmente al margen del Sindicato que represente a la mayoría absoluta de los trabajadores, rompiendo con ello este principio, afectando la efectividad en la defensa de los derechos de los trabajadores y la unidad sindical; sino que, dentro del ámbito en el que ejercen o representan sus intereses los Sindicatos minoritarios, los pliegos, las propuestas, los reclamos u otros deban ser canalizados, escuchados o incluso, si fuera el caso, con una participación activa en la negociación que lleve a cabo el Sindicato mayoritario. Esto, obviamente, ocurrirá por mutuo acuerdo de los Sindicatos en el cual establezcan el mecanismo de participación en este proceso, a fin de no vaciar de contenido el derecho a la negociación colectiva del Sindicato minoritario.
11. En el presente caso, el Sindicato recurrente ha señalado que se le habría denegado su derecho a la negociación colectiva para el periodo 2010-2011, pues pese a haber presentado oportunamente su pliego de reclamos, la Municipalidad demandada, mediante la Resolución de Gerencia N.º 0422-2010-MPL-GM-GAJ, de fecha 17 de mayo de 2010, lo declaró inadmisibles, sustentando su denegatoria en los artículos 24º del Decreto Supremo N.º 003-82-PCM y 14º del Decreto Supremo N.º 026-82-JUS, ya que le corresponde al Sindicato de Trabajadores Municipales SITRAMUN-L, Sindicato mayoritario que cuenta con 247 afiliados, la presentación del Pliego Anual de Peticiones y no al Sindicato Integral de Trabajadores Municipales de Lambayeque (Sindicato recurrente), que contaría con 36 trabajadores afiliados.
12. Teniendo presente que la pretensión del Sindicato Integral de Trabajadores Municipales está dirigida contra la Municipalidad Provincial de Lambayeque y se circunscribe a dejar sin efecto la resolución administrativa que le deniega su derecho a la negociación colectiva y que, por lo tanto, se ordene el inicio de la negociación colectiva de manera individual para el periodo 2010-2011, la demanda debe ser desestimada, puesto que, como ha quedado acreditado, el SITRAMUN-L afilia a la mayoría de los trabajadores de la Municipalidad demandada, razón por la cual tiene la representación para el procedimiento de negociación colectiva. De este modo, no se han vulnerado los derechos a la negociación colectiva y a la libertad sindical.
13. De otro lado, es importante precisar que el Sindicato recurrente no ha demostrado que exista un trato discriminatorio contra sus afiliados, puesto que si bien presenta declaraciones juradas de algunos de ellos, en las que manifiestan no

haber sido aceptados para seguir un curso en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, la convocatoria al curso se hizo extensiva a todos los trabajadores, habiéndose incluso matriculado en dicho curso algunos de los trabajadores afiliados al Sindicato recurrente, lo cual no ha sido desvirtuado por este gremio, por lo tanto no se ha vulnerado el derecho a la igualdad de los afiliados del Sindicato recurrente.

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

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la demanda, por no haberse acreditado la vulneración de los derechos invocados.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**MIRANDA CANALES
SARDÓN DE TABOADA
LEDESMA NARVÁEZ**

Sentencia 01761-2014-PA/TC

Proceso de amparo interpuesto por Noemí Irene Zanca Huayhuacuri. El Tribunal desestimó la demanda y estableció doctrina jurisprudencial vinculante sobre necesidad de adjuntar resoluciones cuestionadas.

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 7 de setiembre de 2015

Resumen: El Tribunal Constitucional declaró improcedente la demanda interpuesta por la recurrente solicitando la nulidad de resoluciones judiciales, en tanto observó que lo que realmente cuestionaba la accionante era el criterio jurisdiccional de los jueces demandados, asunto que no es de competencia constitucional, a menos que pueda constatar una arbitrariedad manifiesta por parte de la instancia judicial respectiva que ponga en evidencia la violación de derechos constitucionales, lo que no ocurrió en el presente caso.

905

El Tribunal reiteró que, si bien a través del amparo se puede examinar la presunta inconstitucionalidad de una resolución judicial, dicho proceso no puede servir para replantear una controversia resuelta por los órganos jurisdiccionales ordinarios, ni puede ser empleado como un medio impugnatorio a fin de lograr extender el debate en sede constitucional de lo ya decidido por la judicatura.

Por otro lado, el Tribunal declaró, en atención a que la recurrente no adjuntó las resoluciones judiciales cuestionadas, que las afectaciones a los derechos fundamentales invocadas en el marco de un proceso constitucional deberán ser contrastadas con una prueba mínima, pero suficiente, que acredite el acto lesivo. Es decir, si a juicio de la recurrente las afectaciones producidas se originan en el contenido de distintas resoluciones judiciales, el mínimo exigido que permita al juez constitucional verificar si la afectación alegada se produjo o no, será presentar una copia de tales pronunciamientos judiciales, pues no es tarea de la jurisdicción constitucional buscar las resoluciones cuestionadas para poder otorgar una respuesta al justiciable, pero sí es obligación del demandante y su abogado acompañar una copia de las resoluciones que cuestionan por constituir una prueba indispensable para verificar la afectación invocada.

Este criterio constituye doctrina jurisprudencial vinculante para todos los jueces y tribunales del país, de conformidad con el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

Temas Claves: Acceso a la justicia — debido proceso — doctrina jurisprudencial vinculante — prueba.

EXP. N.º 01761-2014-PA/TC
LIMA
NOEMI IRENE ZANCA HUAYHUACURI

AUTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Lima, 6 de agosto de 2015

VISTO

El recurso de agravio constitucional interpuesto por el abogado de Noemí Irene Zanca Huayhuacuri, contra la resolución de fojas 151, de fecha 6 de diciembre de 2013, expedida por la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, que, confirmando la apelada, declaró improcedente la demanda de autos; y,

ATENDIENDO A QUE

1. Con fecha 16 de enero del 2012, Noemí Irene Zanca Huayhuacuri interpone demanda de amparo contra el juez del Primer Juzgado Civil de Arequipa, los jueces integrantes de la Tercera Sala Civil de Arequipa, los magistrados integrantes de la Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, entendiéndose también contra la Municipalidad Provincial de Arequipa con citación del procurador público a cargo de los asuntos judiciales de la referida municipalidad, solicitando que se declaren nulas: a) la resolución judicial de fecha 23 de julio de 2009, expedida por el Juzgado emplazado que declaró improcedente la demanda; b) la resolución de vista N.º 432-2010-3SC, de fecha 26 de mayo del 2010, expedida por la Sala Civil Superior demandada, que resolvió confirmar la resolución de primera instancia; y, c) la resolución recaída en la casación N.º 4618-2010 Arequipa, de fecha 26 de setiembre de 2011 (f. 2), expedida por la Sala Suprema emplazada, que resuelve declarar la improcedencia del recurso de casación interpuesto por la actora en el proceso incoado por ésta contra la Municipalidad Provincial de Arequipa sobre acción contencioso-administrativa. (Expediente N.º 01818-2008-0-0401-JR-CI-02).

Señala la accionante que las resoluciones judiciales cuestionadas han aplicado indebidamente una serie de normas, por lo que no se encuentran arregladas a

Derecho, lo que viene vulnerando su derecho constitucional a la tutela procesal efectiva que comprende el acceso a la justicia y el debido proceso.

2. El Cuarto Juzgado Especializado en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, mediante resolución de fecha 24 de enero de 2012 (f. 15), declaró improcedente la demanda argumentando que lo que en puridad pretende la actora es una nueva revisión y valoración de los hechos expuestos en el proceso contencioso administrativo signado en el Expediente N.º 2008-1818, lo cual no resulta procedente en la vía del amparo, en vista que no es posible convertir las acciones de garantía en una suprainstancia revisora de los fallos judiciales, por lo que al existir una vía igualmente satisfactoria, la demanda deviene en improcedente.
3. A su turno, la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa confirma la apelada agregando que la resolución de controversias surgidas de la interpretación y aplicación de la ley es competencia del juez ordinario. Además, señala que la demandante tampoco ha acreditado que con las resoluciones emitidas en primera y segunda instancia se haya vulnerado en forma fehaciente el contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental, para que se proceda a la revisión en la jurisdicción constitucional.
4. Este Tribunal tiene a bien reiterar que si bien a través del amparo se puede examinar la presunta inconstitucionalidad de una resolución judicial, dicho proceso no puede servir para replantear una controversia resuelta por los órganos jurisdiccionales ordinarios, ni puede ser empleado como un medio impugnatorio a fin de lograr extender el debate en sede constitucional de lo ya decidido por la judicatura. La determinación y valoración de los elementos de hecho, así como la interpretación del derecho ordinario y su aplicación a los casos individuales, son asuntos completamente ajenos a la justicia constitucional. Por tanto, el Tribunal insiste en recordar que el amparo contra resoluciones judiciales requiere, como presupuesto procesal indispensable, la constatación de un agravio manifiesto a los derechos fundamentales de las personas que comprometa seriamente su contenido constitucionalmente protegido.
5. Como ya se estableció, la recurrente pretende que se deje sin efecto la resolución de fecha 23 de julio de 2009, a través de la cual el Primer Juzgado Civil de Arequipa declaró improcedente la demanda sobre acción contencioso-administrativa, y su confirmatoria, la resolución de vista de fecha 26 de mayo de 2010; así como la resolución recaída en la casación N.º 4618-2010 Arequipa, de fecha 26 de setiembre de 2011, que resolvió declarar la improcedencia de dicho recurso, alegando la afectación de su derecho constitucional a la tutela procesal efectiva, el acceso a la justicia y al debido proceso.

6. Previamente, resulta importante señalar que las resoluciones judiciales de primera y segunda instancia cuestionadas no obran en autos. Sin embargo, el Tribunal analizará la resolución judicial expedida por la Sala superior, toda vez que ha podido obtenerla de la consulta de expedientes judiciales. No obstante, antes de ingresar a dicho estudio, y a propósito de la situación descrita, el Tribunal considera pertinente recordar que las afectaciones a los derechos fundamentales invocadas en el marco de un proceso constitucional deberán ser contrastadas con una prueba mínima, pero suficiente, que acredite el acto lesivo. Es decir, si como en el caso de autos, a juicio de la recurrente las afectaciones producidas en sus derechos se originan en el contenido de distintas resoluciones judiciales, el mínimo exigido que permita al juez constitucional verificar si la invocada afectación alegada se produjo, o no, será presentar una copia de tales pronunciamientos judiciales. Si bien es cierto, el sistema de consulta de expedientes del Poder Judicial permite acceder al conocimiento de algunos de sus pronunciamientos a través de un servicio público en línea, no es tarea de la jurisdicción constitucional buscar las resoluciones cuestionadas para poder otorgar una respuesta al justiciable. Por el contrario, el demandante, y en todo caso, su abogado, sí tienen la obligación de acompañar una copia de las resoluciones que cuestionan por constituir una prueba indispensable para verificar la invocada afectación. Por tanto, independientemente de que en el presente caso se haya podido revertir la omisión probatoria mencionada y se emita pronunciamiento, el Tribunal advierte de tal exigencia, sobre todo para los abogados litigantes y bajo sanción, de adjuntar las resoluciones que se busca cuestionar a través de los distintos procesos constitucionales.
7. Se aprecia que la resolución judicial expedida por la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa se encuentra debidamente fundamentada, toda vez que de la versión de lo actuado, la Sala concluyó que la actora carecía de interés para obrar para incoar la acción judicial contencioso-administrativa, lo cual constituye una de las condiciones básicas para recurrir a la vía jurisdiccional, por cuanto la actora cesó en su centro de labores el 31 de diciembre de 2006 y para el 26 de setiembre de 2007, fecha que impugnó, había transcurrido en demasía los quince días dispuestos por ley para cuestionar decisiones en la vía administrativa, razón por la que se declaró improcedente sus pedidos de reincorporación y, por tanto, sus recursos de reconsideración y apelación, contenidos en la Resolución Gerencial N.º 542-2007-MPA/GGM, Resolución Gerencial N.º 667-2007-MPA/GGM y Resolución de Alcaldía N.º 149.
8. En lo que respecta a la ejecutoria suprema cuestionada, se advierte que dicha resolución también se encuentra debidamente fundamentada, toda vez que se precisa que el recurso de casación interpuesto no cumple con los requisitos de

fondo exigidos por el artículo 388° del Código Procesal Civil, incisos 2 y 3; que no se ha señalado de manera concreta cuál era el vicio procesal del cual adolecería la sentencia recurrida y cuál era la norma procesal infringida.

9. Por tanto, se observa que lo que realmente cuestiona la accionante es el criterio jurisdiccional de los jueces demandados, asunto que no es de competencia constitucional, a menos que pueda constatarse una arbitrariedad manifiesta por parte de la instancia judicial respectiva que ponga en evidencia la violación de derechos constitucionales, lo que, no ha ocurrido en el presente caso; por lo que, al margen de que tales fundamentos resulten o no compartidos en su integridad, constituyen justificación suficiente que respalda la decisión jurisdiccional adoptada, no procediendo su revisión a través del proceso de amparo.
10. En consecuencia, ni los hechos ni la pretensión de la demanda inciden en el contenido constitucionalmente protegido de los derechos invocados por la recurrente, por lo que resulta de aplicación al caso el inciso 1) del artículo 5° del Código Procesal Constitucional.

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

910

RESUELVE, con el voto singular del magistrado Blume Fortini, que se agrega,

1. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda de amparo.
2. Llamar la atención al abogado Ygnacio Mamani Ramírez, que autorizó el escrito de demanda, por haber incumplido los deberes propios del ejercicio profesional.
3. Declarar a partir de la fecha, que el fundamento 6 de la presente resolución constituye doctrina jurisprudencial vinculante para todos los jueces y tribunales del país, de conformidad con el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, debiendo aplicarse inclusive a los procesos judiciales en los que se encuentre por definir el cumplimiento de los presupuestos procesales para admitir a trámite la demanda.

Publíquese y notifíquese.

SS.

URVIOLA HANI

MIRANDA CANALES

RAMOS NÚÑEZ

SARDÓN DE TABOADA

LEDESMA NARVÁEZ

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

EXP. N.º 01761-2014-PA/TC

LIMA

NOEMÍ IRENE ZANCA HUAYHUACURI

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO BLUME FORTINI

Con el debido respeto por mis distinguidos colegas Magistrados, discrepo de la resolución de mayoría en cuanto establece como doctrina jurisprudencial vinculante la regla contenida en su fundamento 6, no solo por considerar inadecuado el uso de dicha figura en el presente caso, sino porque a mi juicio la regla aprobada tiene visos de inconstitucionalidad.

La fundamentación del presente voto singular se efectuará de acuerdo al siguiente esquema:

1. Antecedentes.
2. La “doctrina jurisprudencial” establecida en la resolución de mayoría.
3. El concepto y los alcances de la doctrina jurisprudencial.
4. Posición del Tribunal Constitucional sobre la doctrina jurisprudencial.
5. La desnaturalización de la doctrina jurisprudencial producida mediante la resolución de mayoría.
6. La obligación del Tribunal Constitucional de mantener la predictibilidad y la seguridad jurídica en sus pronunciamientos.
7. La regla establecida en la resolución de mayoría tiene visos de inconstitucionalidad.
8. El sentido de mi voto.

911

A continuación desarrollo dicho esquema, siguiendo la misma numeración temática:

1. Antecedentes

Con fecha 16 de enero del 2012, doña Noemí Irene Zanca Huayhuacuri interpuso demanda de amparo con la finalidad de dejar sin efecto las resoluciones que a continuación refiero, alegando la afectación de sus derechos constitucionales a la tutela procesal efectiva, de acceso a la justicia y al debido proceso:

- a) La resolución del 23 de julio de 2009, a través de la cual el Primer Juzgado Civil de Arequipa declaró improcedente la demanda que dio origen al proceso contencioso administrativo promovido por la parte accionante en este proceso;
- b) La resolución de 26 de mayo de 2010, por la que se confirma lo resuelto en la resolución mencionada en el punto a) que antecede; y
- c) La resolución de fecha 26 de setiembre de 2011, recaída en la Casación N.º 4618-2010, Arequipa, que declaró la improcedencia de tal recurso.

Mediante resolución de fecha 24 de enero de 2012, el Cuarto Juzgado Especializado en lo Civil de Arequipa declaró improcedente la demanda, al concluir que la demandante pretendía una nueva revisión y valoración de los hechos expuestos en el proceso contencioso administrativo, lo cual no resultaba procedente en la vía constitucional.

A su turno, la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa confirmó la apelada, agregando que la resolución de las controversias surgidas por la interpretación y la aplicación de la ley es competencia del juez ordinario, señalando a su vez, que la demandante tampoco había acreditado que con las resoluciones de primera y segunda instancia se hubiesen vulnerado sus derechos.

2. La “doctrina jurisprudencial” establecida en la resolución de mayoría

La resolución de mayoría establece como “doctrina jurisprudencial”, la regla contenida en su fundamento 6, que literalmente reza: “(…), *el Tribunal considera pertinente recordar que las afectaciones a los derechos fundamentales invocadas en el marco de un proceso constitucional deberán ser contrastadas con una prueba mínima, pero suficiente, que acredite el acto lesivo. Es decir, si como en el caso de autos, a juicio de la recurrente las afectaciones producidas en sus derechos se originan en el contenido de distintas resoluciones judiciales, el mínimo exigido que permita al juez constitucional verificar si la invocada afectación alegada se produjo, o no, será presentar una copia de tales pronunciamientos judiciales. Si bien es cierto, el sistema de consulta de expedientes del Poder Judicial permite acceder al conocimiento de algunos pronunciamientos a través de un servicio público en línea, no es tarea de la jurisdicción constitucional buscar las resoluciones cuestionadas para poder otorgar una respuesta al justiciable. Por el contrario, el demandante, y en todo caso, su abogado, si tienen la obligación de acompañar una copia de las resoluciones que cuestionan por constituir una prueba indispensable para verificar la invocada afectación. Por tanto, independientemente de que en el presente caso se haya podido revertir la omisión probatoria mencionada y se emita pronunciamiento, el Tribunal advierte de tal exigencia, sobre todo para los abogados litigantes y bajo sanción, de adjuntar las resoluciones que se busca cuestionar a través de los distintos procesos constitucionales”.*

3. El concepto y los alcances de la doctrina jurisprudencial

Con el propósito de sustentar las razones por las que la resolución de mayoría desnaturaliza el uso de la llamada doctrina jurisprudencial vinculante, considero pertinente efectuar una aproximación conceptual a dicho instituto del Derecho Procesal Constitucional, tomando como referencia algunas ideas manejadas por la doctrina nacional especializada y, además, teniendo en cuenta la posición adoptada al respecto por el propio Tribunal Constitucional.

En tal dirección, resulta pertinente recoger las conceptualizaciones formuladas al respecto por el joven constitucionalista peruano Javier Adrián Coripuna, quien sostiene que “(...), *la doctrina jurisprudencial resalta de modo especial una de las más importantes funciones que tiene la jurisprudencia como es la función institucional. En efecto, los altos tribunales de justicia tienen como una de las principales funciones la de proveer a la sociedad de criterios, orientaciones y principios que sirvan para crear la regla que lleva a la solución de casos, de manera que en el futuro los poderes públicos y ciudadanos puedan contar con tales elementos que no hacen sino complementar el ordenamiento jurídico*”¹.

En armonía con dicha lógica, el constitucionalista peruano Luis Sáenz Dávalos afirma con acierto que “*Desde un principio y de manera objetiva el mismo Código también optó por reconocer lo que se ha dado en llamar Doctrina o Jurisprudencia Constitucional Vinculante. Esta última está constituida por aquel conjunto de criterios o líneas de raciocinio establecidas con carácter obligatorio por parte del Tribunal Constitucional y cuyo reconocimiento generalmente (aunque no de modo exclusivo) suele evidenciarse tras su reiteración en un determinado número de casos*”².

Por otra parte y si bien esta figura no se presenta formalmente a la manera de cómo sucede con los precedentes, es conveniente, en la líneas señalada por el constitucionalista peruano Pedro Grández Castro, haber hincapié en que “*La doctrina constitucional sentada por el Tribunal a través de sus argumentaciones, en los distintos procesos constitucionales, constituyen un conglomerado disperso, pero que debe ser comprendido como un conjunto unitario de preceptos orientados a precisar o concretar las disposiciones constitucionales en su confrontación con los casos planteados ante la jurisdicción constitucional*”³.

1 ADRIÁN CORIPUNA, Javier. “La jurisprudencia vinculante de los Altos Tribunales como límite al principio de independencia judicial”. En: *CARPIO MARCOS, Edgar y GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. (Coordinadores). Estudios al precedente constitucional*. Lima: Palestra, 2007, p. 120.

2 SÁENZ DÁVALOS, Luis R. “El camino del precedente constitucional vinculante”. En: *Gaceta Constitucional*, N° 83, Lima: Gaceta Jurídica, 2014, p. 41.

3 GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. “Las «peculiaridades» del precedente constitucional en el Perú”. En: *CARPIO MARCOS, Edgar y GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. (Coordinadores). Estudios al precedente constitucional*. Lima: Palestra, 2007, pp. 94 y 95.

La doctrina constitucional emitida por el Tribunal Constitucional es entonces una herramienta jurídica que permite establecer reglas vinculantes para los jueces del Poder Judicial a fin de que resuelvan los casos en los que se encuentran involucrados diversos temas constitucionales, con observancia de los criterios que sobre dichas materias ha dejado establecido el Tribunal Constitucional por vía de su jurisprudencia.

La figura jurídica de la doctrina jurisprudencial se desprende o deriva del último párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional y de la Primera Disposición Final de la Ley N.º 28301, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, puesto que ambas normas “(...) disponen que 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 TC⁴”, diferenciándose del precedente en que mientras la primera “(...), irradia el ámbito de vinculación... hacia la judicatura del poder judicial, el precedente vinculante normativo, lo hace con alcance general y con el máximo nivel jerárquico (...)”⁵.

El mismo Tribunal Constitucional incluso y en su momento distinguió las figuras del precedente vinculante y de la doctrina jurisprudencial, señalando que esta última exige que: “(...), 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 resolviendo⁶”; mientras que respecto del precedente vinculante se dijo que “(...), 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”⁷.

A partir de lo antes señalado, “(...) el TC parece relacionar la jurisprudencia constitucional vinculante con los criterios uniformes que mantiene en distintas resoluciones sobre un mismo asunto de connotación constitucional, mientras que atribuye al precedente la condición de norma jurídica *stricto sensu* emanada de una específica sentencia⁸”.

4 RODRÍGUEZ SANTANDER, Roger. “El precedente constitucional en el Perú”. En: CARPIO MARCOS, Edgar y GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. (Coordinadores). *Estudios al precedente constitucional*. Lima: Palestra, 2007, p. 59.

5 GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. Óp. Cit., p. 96.

6 STC. N.º 3741-2004-AA/TC, Fundamento 42.

7 STC. N.º 3741-2004-AA/TC, Fundamento 43.

8 RODRÍGUEZ SANTANDER, Roger. Óp. Cit., p. 62.

4. Posición del Tribunal Constitucional sobre la doctrina jurisprudencial

En los últimos años, el Tribunal Constitucional ha determinado que diferentes decisiones constituyen doctrina constitucional vinculante obligatoria, de conformidad con el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, norma cuyo tercer párrafo establece que “[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”(subrayado nuestro).

Al respecto y si bien se aprecia que el citado dispositivo del Código Procesal Constitucional no establece de forma expresa (literal) la figura jurídica de la doctrina jurisprudencial, este Colegiado la ha venido implementando a través de sus propios pronunciamientos, determinando por ejemplo en la Sentencia recaída en el Exp. N.º 4853-2004-PA/TC, constitutiva de precedente vinculante (Caso: Dirección Regional de Pesquería de la Libertad), que “[p]or doctrina constitucional debe entenderse en este punto: a) las interpretaciones de la Constitución realizadas por este Colegiado, en el marco de su actuación a través de los procesos, sea de control normativo o de tutela de los derechos fundamentales; b) las interpretaciones constitucionales de la ley, realizadas en el marco de su labor de control de constitucionalidad. En este caso, conforme lo establece el artículo VI del Título preliminar del Código Procesal Constitucional, una ley cuya constitucionalidad ha sido confirmada por el Tribunal, no puede ser inaplicada por los jueces en ejercicio del control difuso, a menos, claro está, que el Tribunal sólo se haya pronunciado por su constitucionalidad formal; c) las proscripciones interpretativas, esto es las “anulaciones” de determinado sentido interpretativo de la ley realizadas en aplicación del principio de interpretación conforme a la Constitución. Se trata en este supuesto de las sentencias interpretativas, es decir las que establecen que determinado sentido interpretativo de una disposición legislativa resulta contrario a la Constitución, por lo que no debe ser usado por los jueces en el ejercicio de la función jurisdiccional que les corresponde.

Todo lo anterior no excluye, en todo caso, que los jueces del Poder Judicial, que también son jueces de la Constitución, en la medida en que deben aplicarla como norma suprema del Estado en los casos que conocen, puedan también participar en esta labor de integración e interpretación en aras de dar una mayor y más amplia protección a los derechos fundamentales. En cualquier caso, las relaciones entre la interpretación del Tribunal Constitucional y la que realice el juez ordinario deben orientarse, en estos casos, por el principio de mayor protección y más amplia cobertura que pueda brindar determinada interpretación en un caso concreto. De este modo, las decisiones del Tribunal Constitucional alcanzan el máximo grado de vinculación cuando ofrecen una mejor protección a los derechos en cuestión, mientras que, si es posible que en un caso concreto la interpretación realizada

por el Tribunal puede ser optimizada con la intervención de los jueces del Poder Judicial, el grado de vinculación disminuye a efectos de incorporar la mejor interpretación que objetivamente ponga de manifiesto la mayor protección que pueda brindar a un bien constitucional determinado⁹”.

En dicho pronunciamiento el Tribunal Constitucional estableció que se debe entender por doctrina jurisprudencial: a) las interpretaciones de la Constitución realizadas por este Colegiado, en el marco de su actuación a través de los procesos, sea de control normativo o de tutela de los derechos fundamentales; b) las interpretaciones constitucionales de la ley, realizadas en el marco de su labor de control de constitucionalidad; y, c) las proscipciones interpretativas, así como la obligatoriedad que tienen los jueces del Poder Judicial de seguir las reglas establecidas en dicha doctrina, de la cual solo podrán apartarse si se pretende realizar una labor jurisdiccional más tuitiva que establecida en la doctrina jurisprudencial.

En igual sentido, este Tribunal ha complementado lo anterior señalando, a través de la Sentencia contenida en el Exp. N.º 0006-2006-PC/TC, que “[p]or eso mismo, porque su interpretación es suprema, el Código Procesal Constitucional ha reconocido la potestad jurisdiccional de este Tribunal para establecer doctrina jurisprudencial (artículo VI del Título Preliminar) y para fijar precedentes vinculantes con efectos normativos (artículo VII del Título Preliminar); los que, en tanto se integran en el sistema de fuentes de nuestro sistema jurídico, constituyen parámetros de validez y legitimidad constitucionales de las sentencias y resoluciones que dicten los demás órganos jurisdiccionales. Por ello es que una sentencia dictada dentro de un proceso judicial ordinario o un proceso constitucional, aun cuando se pronuncie sobre el fondo, pero desconociendo la interpretación del Tribunal Constitucional o sus precedentes vinculantes, no puede generar, constitucionalmente, cosa juzgada¹⁰”(subrayado nuestro).

Así entonces, la doctrina jurisprudencial en tanto fuente de derecho dentro de nuestra normativa, exige que esta o los criterios que la expresan, deban ser parámetros de validez y legitimidad constitucionales para el resto de operadores jurídicos y por supuesto para los propios jueces constitucionales (Poder Judicial). Por lo que se debe tener un recelo especial al emitir un pronunciamiento que luego constituya doctrina jurisprudencial, tanto más si se nos presenta como un criterio que no ha tenido antecedentes en anteriores pronunciamientos.

9 STC. N.º 4853-2004-PA/TC. Fundamentos 15 y 16.

10 STC. N.º 0006-2006-PC/TC. Fundamento 69.

5. La desnaturalización de la doctrina jurisprudencial producida mediante la resolución de mayoría

En el contexto de las ideas expuestas, considero que la regla contenida en el fundamento 6 de la resolución de mayoría no es materia de relevancia constitucional ni justifica su establecimiento a título de doctrina jurisprudencial, puesto que dicha figura jurídica, como ha quedado antes expuesto, no debe ser utilizada para materias insustanciales y sobre todo restrictivas, ya que dicho empleo afectaría y desnaturalizaría el fin para la cual fue creada.

De igual forma, considero que establecer una doctrina jurisprudencial para este supuesto limitaría al juez constitucional en su accionar, que como tal, tiene una labor tutelar diferente al resto de jueces, la misma que debe ejercerla aplicando los principios procesales que rigen los procesos constitucionales, que se encuentran determinados en el Código Procesal Constitucional y desarrollados en la jurisprudencia de este Colegiado, entre los cuales destacan: i) el antiformalismo procesal¹¹, ii) el *pro actione*¹² y iii) la dirección judicial del proceso¹³, siendo evidente que la regla en mención no se condice en lo absoluto con el rol tuitivo, reivindicativo y garante de la vigencia efectiva de los derechos fundamentales que tiene el Tribunal Constitucional.

En el presente caso, por lo demás, el rol protector que le corresponde a este Tribunal a favor de los derechos se pierde por completo al exigir un formalismo desmesurado por parte de los jueces constitucionales que bien puede ser subsanado en la etapa de admisión a trámite de la demanda, apreciándose por el contrario que lo señalado en el fundamento 6 de la resolución de mayoría no mejora los mecanismos de protección y

917

11 “(...) a tenor del artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el juez constitucional está obligado a adecuar la exigencia de las formalidades previstas en dicho cuerpo normativo al logro de los fines de los procesos constitucionales. Es por ello que es inaceptable que el juez constitucional realice una interpretación y aplicación de las disposiciones pertinentes de manera formalista o ritualista, sin mediar que la finalidad esencial de los procesos constitucionales es garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales”. STC. N.º 00105-2010-Q/TC. Fundamento 5.

12 “En consecuencia, pese al error en la tramitación de la demanda, este Colegiado no considera correcto que en este caso, debido a la predictibilidad del fallo, se desestime la demanda y ordene su tramitación en el proceso constitucional de amparo. Tal decisión, no sólo sería contraria con los fines esenciales de los procesos constitucionales, cuales son garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales, sino que terminaría dando prevalencia a las cuestiones formales sobre la oportuna protección de derechos, contrariando de este modo, el contenido del principio *pro actione*”. STC. N.º 00249-2005-AC/TC. Fundamento 5.

13 “El principio de dirección judicial del proceso sitúa en la figura del juez constitucional el poder-deber de controlar razonablemente la actividad de las partes, evitando una conducta procesal obstruccionista y promoviendo la consecución de los fines del proceso de manera eficaz y pronta”. STC. N.º 0048-2004-AI/TC. Fundamento 4.

de garantía de la vigencia efectiva de los derechos humanos, los cuales se encuentran establecidos en el Código Procesal Constitucional. La fórmula postulada por la mayoría imposibilita pues al juzgador constitucional poder subsanar esta falencia probatoria, sea por sí mismo en casos excepcionales, sea por el propio litigante vía un auto de inadmisibilidad que lo pueda exhortar en un plazo determinado a la presentación de la documentación requerida.

Por lo demás y conforme a lo establecido en la Sentencia recaída en el Exp. N.º 4853-2004-PA/TC previamente citada, los supuestos de utilización de la doctrina jurisprudencial son para establecer un parámetro de validez y legitimidad en la interpretación del contenido de la Constitución y de las leyes a la luz de la primera, de ninguna manera para establecer requisitos formales de procedencia de las demandas constitucionales.

En resumen, considero que la fórmula propugnada a título de doctrina por mis distinguidos colegas no contribuye a la mejor protección de los derechos fundamentales de los justiciables, pues establece un excesivo formalismo, contraviniendo el rol de la jurisdicción constitucional, “(...), *toda vez que la finalidad de este proceso constitucional es distinta: la garantía de la supremacía jurídica de la Constitución y de la vigencia efectiva de los derechos fundamentales, de conformidad con lo señalado por el artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional*”¹⁴.

918

6. La obligación del Tribunal Constitucional de mantener la predictibilidad y la seguridad jurídica en sus pronunciamientos

El Tribunal Constitucional ha señalado en anterior jurisprudencia que: “*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*”¹⁵. En ese sentido, nuestro Colegiado no puede desvincularse tan fácilmente de lo interpretado y resuelto por el mismo, habida cuenta que sus propias decisiones también lo vinculan.

No debe pasarse por alto que: “*El Tribunal Constitucional, como máximo intérprete de la Constitución y órgano supremo de control de la constitucionalidad, es titular de una autonomía procesal para desarrollar y complementar la regulación procesal constitucional a través de la jurisprudencia, en el marco de los principios generales del Derecho Cons-*

14 STC. N.º 4296-2008-AA/TC. Fundamento 5.

15 STC. N.º 5854-2005-PA/TC. Fundamento 12.

titucional material y de los fines de los procesos constitucionales¹⁶, por lo que: “(...) 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 Estado¹⁷”.

La legitimidad de un Tribunal Constitucional se obtiene pues a través de sus decisiones jurisdiccionales, las mismas que deben ser coherentes y generar predictibilidad para los justiciables, y sobre todo mantener la seguridad jurídica, principio que este mismo Colegiado ha declarado que “(...) *forma parte substancial del Estado Constitucional de Derecho. La predictibilidad de las conductas (en especial, las de los poderes públicos) frente a los supuestos previamente determinados por el Derecho, es la garantía que informa a todo el ordenamiento jurídico y que consolida la interdicción de la arbitrariedad*”¹⁸. Por tal motivo, el Tribunal Constitucional no puede establecer una línea jurisprudencial a partir de un solo caso, puesto que no se mantendría una interpretación perenne que coadyuve a concretizar los fines de la justicia constitucional¹⁹.

7. La regla establecida en la resolución de mayoría tiene visos de inconstitucionalidad.

Considero que establecer como doctrina jurisprudencial la regla contenida en el fundamento 6 de la resolución de mayoría no solo es un uso incorrecto de esta figura, sino que a su vez presenta visos de inconstitucionalidad, pues colisiona con el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva (acceso a la jurisdicción) consagrado en el inciso 3) del artículo 139 de la Constitución Política.

Afirmo esto porque los procesos constitucionales tienen una razón finalista, es decir, han sido creados para cumplir ciertos fines, los cuales son: i) garantizar la supremacía constitucional y ii) proteger los derechos fundamentales, los que se encuentran detallado en el artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. Así entonces, establecer como regla la exigencia para los litigantes de “(...) *adjuntar las resoluciones que se busca cuestionar a través de los distintos procesos constitucionales*” bajo sanción, es una exigencia formal excesiva que contraviene el acceso a la jurisdicción constitucional preestablecida en el Código Procesal Constitucional.

16 RTC. N.º 0020-2005-PI/TC del 8 de agosto de 2005. Fundamento 2.

17 STC. N.º 1333-2006-PA/TC. Fundamento 11.

18 STC. N.º 0016-2002-AI/TC. Fundamento 3.

19 Código Procesal Constitucional

“Artículo II.- Fines de los Procesos Constitucionales

Son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales”.

Dicho Código también exige un rol tutelar del juez constitucional y de este Tribunal, tal y como que en su momento lo manifestara en los siguientes términos: “(...) *de conformidad con el artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, este Tribunal, en aras de resguardar la finalidad de este proceso constitucional, es decir, la garantía de la vigencia efectiva de los derechos fundamentales, cuenta con la debida competencia para analizar si es que se ha producido la vulneración de los derechos constitucionales del recurrente y si corresponde, en consecuencia, ordenar la reposición a la situación anterior a la vulneración de tales derechos constitucionales*”²⁰.

De igual forma, consagrar esta regla para la procedencia del proceso de amparo contra resoluciones judiciales, genera una desprotección del justiciable, contraviniendo la concepción misma de justicia constitucional y de los procesos constitucionales de tutela de derechos fundamentales, no debiendo pasarse por alto que “(...) *a diferencia de los procesos civiles y penales que guardan cierto parecido, en materia de procesos constitucionales hay bastantes diferencias, no en el fondo, pero sí en el espectro protector y en el manejo de las instituciones, lo cual es inevitable, pues ellas son fruto de determinadas características históricas y políticas*”²¹.

920

Es de esta forma, que el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional determina 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*”, cuya aplicabilidad está dirigida para “(...) *aquellos casos en los cuales se estima el ejercicio constitucionalmente legítimo de los derechos fundamentales que la Constitución del Estado reconoce. En la medida en que tales derechos tienen también una dimensión sustantiva, es decir que su ejercicio debe ser compatible con los principios constitucionales y valores constitucionales, ello debe tenerse en consideración, por parte del Tribunal Constitucional y de los jueces constitucionales, al momento de calificar los presupuestos procesales de una demanda, entendidos estos como los requisitos insubsanables que, referidos al proceso constitucional en conjunto, condicionan que este se realice válidamente y que, por ello, a su término se pueda dictar una resolución sobre el fondo del asunto*”²².

Más aún, mis distinguidos colegas Magistrados quienes han suscrito la acotada resolución no se han percatado de supuestos como el tercero que es afectado a través de una decisión judicial de la cual no ha sido parte en el proceso o los casos en que sucede la ocurrencia de perder o extraviar la copia de la decisión judicial no atribuible a los

20 STC. N.º 02318-2007-AA/TC. Fundamento 6.

21 GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *De la Jurisdicción Constitucional al Derecho Procesal Constitucional*. 4ta. Ed., Lima: Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional/Grijley, 2003, p. 54

22 RTC. N.º 02421-2007-AA/TC. Fundamento 3.

recurrentes; supuestos que escapan del ámbito de responsabilidad de estos mismos, y que requieren de una posición tutelar por parte del juez constitucional, quien tiene el deber de subsanar dichas omisiones documentales, a través de su propia autoridad, que le permite solicitar las copias necesarias para completar el expediente judicial con la finalidad de mejor resolver; máxime tratándose de resoluciones judiciales a las cuales se puede acceder a través del Portal Oficial del Poder Judicial.

Asimismo, la regla contenida en el fundamento 6 de la resolución de mayoría no cumple con lo dispuesto en el Código Procesal Constitucional, más bien desvirtúa su exigencia en cuanto principio que ordena el proceso constitucional, y afecta el derecho a la tutela jurisdiccional (judicial) efectiva, en cuanto se limita el acceso a la justicia constitucional del justiciable, el mismo que este Colegiado en anteriores oportunidades ha conceptualizado como: “(...) un derecho constitucional de naturaleza procesal en virtud del cual toda persona o sujeto justiciable puede acceder a los órganos jurisdiccionales, independientemente del tipo de pretensión formulada y de la eventual legitimidad que pueda, o no, acompañarle a su petitorio”²³.

Por tales motivos, soy de la opinión que la regla establecida en la resolución de mayoría tiene visos de inconstitucionalidad porque afecta no solo los derechos de los justiciables, sino que además, es contraria al rol tuitivo del Tribunal Constitucional y de los procesos constitucionales.

921

8. El sentido de mi voto

Voto por no aprobar la regla 6 contenida en la resolución de mayoría, ya que la misma desnaturaliza totalmente el sentido y los alcances del instituto de la doctrina jurisprudencial vinculante; constituye una marcha a contramano de los avances logrados respecto del mismo por el Tribunal Constitucional; y desgarnece al justiciable, contradiciendo el rol tuitivo y reivindicador de este supremo intérprete de la Constitución: ser el garante final de la vigencia efectiva de los derechos fundamentales, que hace a la esencia del Estado Constitucional que pretendemos construir en el Perú.

S.

BLUME FORTINI

Sentencia 00422-2013-PA/TC

Proceso de amparo interpuesto por Fernando Augusto Vásquez Ching. El Tribunal estimó la demanda sobre derecho a la remuneración.

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 29 de setiembre de 2015

Resumen: El Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda interpuesta contra la Universidad Nacional del Santa y el Banco Internacional del Perú — Interbank, que realizaban un descuento por planilla del 100% de la remuneración del recurrente.

El recurrente, que trabajaba para la Universidad Nacional del Santa en calidad de servidor público, tenía un crédito vigente con la entidad financiera en cuestión, cuyas cuotas se pagaban a través de descuentos en planilla en aplicación de un convenio que esta suscribió con su empleador. De igual manera, al demandante se le aplicaba una retención por mandato judicial equivalente al 60% de su remuneración por concepto de alimentos.

923

El Tribunal advirtió sin embargo que, en razón al convenio suscrito entre las partes, la universidad demandada debía evaluar la capacidad de pago del trabajador solicitante del crédito, con el objeto de cautelar que los descuentos sobre el haber mensual, incluyendo el pago mensual por devolución del préstamo personal a concederse, no supere el 30% de los ingresos mensuales del trabajador. Aún cuando este convenio fue modificado vía adendas para permitir la retención hasta del 45% de los ingresos mensuales del recurrente, este monto seguía siendo superado por el embargo alimentario citado.

Por tanto, el Tribunal consideró que las entidades demandadas estaban impedidas de realizar descuentos o retenciones adicionales, y que la retención realizada por los demandados afectaba el derecho a la remuneración del recurrente.

Finalmente, el Tribunal aclaró que esto no implicaba la extinción de la deuda contraída por el demandante, o que no esté obligado a cancelarla, pues los demandados tienen habilitados los demás medios que ofrece el ordenamiento jurídico para conseguir que aquel honre dicha deuda. Sin embargo, no podrán hacer valer dichos intereses a través del descuento directo por planilla.

Temas Claves: Derecho a la remuneración.

EXP. N.º 00422-2013-PA/TC
SANTA
FERNANDO AUGUSTO VÁSQUEZ CHING

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 7 días del mes de setiembre de 2015, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, integrada por los señores magistrados Miranda Canales, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Fernando Augusto Vásquez Ching contra la sentencia de fojas 116, de fecha 27 de setiembre de 2012, expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Santa, que declaró infundada la demanda de autos.

924

ANTECEDENTES

Con fecha 27 de diciembre de 2010, el recurrente interpone demanda de amparo contra la Universidad Nacional del Santa y el Banco Internacional del Perú (Interbank). Solicita que se deje sin efecto el descuento por planilla del 100 % de su remuneración y se proceda a descontarle solo el 60 % de la misma. Señala que mantiene un crédito vigente con la mencionada entidad financiera, cuyas cuotas se vienen pagando a través de descuentos en planilla en aplicación de un convenio que esta suscribió con su empleador. Manifiesta que dicho crédito ha sido pagado de manera puntual; sin embargo, por mandato judicial emitido en un proceso de alimentos (Exp. 398-2010-2506-JP-FC), se dispuso la retención del 60% de su remuneración, habiéndose llegado al tope máximo posible embargable, en virtud del cual el 40% de su remuneración tiene carácter intangible. Refiere que, a pesar de ello, la Universidad emplazada le viene descontando el 100 % de su remuneración, a fin de cumplir con la retención judicial y el crédito contraído, vulnerando su derecho constitucional a percibir una remuneración equitativa y suficiente que procure para él y su familia el bienestar material y espiritual, de conformidad con el artículo 24 de la Constitución Política del Perú.

Por su parte, el apoderado de la Universidad contesta la demanda argumentando que el recurrente, escudándose en el mandato judicial de embargo por alimentos, pretende sustraerse de sus obligaciones crediticias a pesar de haber consentido la utilización del mecanismo de descuento en planillas. Asimismo, señala que el mencionado proceso de alimentos fue seguido por el hijo del demandante (21 años de edad) que vive con él en su domicilio, por lo que el recurrente pretende anular los descuentos autorizados expresamente por él a través de un juicio simulado.

El Juzgado Mixto de Nuevo Chimbote, con fecha 11 de julio de 2011, declaró infundada la demanda, al considerar que al recurrente se le retribuye por la labor que desempeña en la Universidad emplazada, de conformidad con el artículo 24 de la Constitución Política del Perú, y que los descuentos efectuados son consecuencia de disposiciones legales y de una autorización expresa efectuada por él.

La Sala superior confirma la apelada al considerar que, de la revisión de los actuados, se advierte que, si bien existe un descuento del 40 % respecto de los haberes del recurrente, este no es un embargo. Ello en la medida que tal descuento no tiene su origen en un mandato judicial, sino en la decisión voluntaria del recurrente de hacer un pago fraccionado a través del mecanismo de descuento por planilla.

FUNDAMENTOS

925

Delimitación del petitorio

1. El recurrente pretende que se deje sin efecto el descuento del 100% de su remuneración y se proceda a descontarle solo el 60% del mismo, conforme al límite establecido en el artículo 648, inciso 6, del Código Procesal Civil.

Cuestión previa

2. Del Oficio 290-2010-UNS-OCAL, de fecha 14 de diciembre de 2010 (foja 10), y de las boletas de pago de remuneraciones (fojas 3 y 4), se aprecia que el recurrente tiene la condición de servidor público, titular de una plaza de docente en la Universidad Nacional del Santa.

Análisis de la controversia

3. A fojas 3 y 4, se aprecian las boletas de haberes del recurrente correspondientes a los meses de noviembre y diciembre de 2010, de las cuales se desprende que, al momento de interposición de la demanda, su remuneración estaba siendo objeto de descuento por mandato judicial, derivado de un proceso por alimentos, el cual, según escrito de fecha 1 de diciembre de 2010 (foja 6), presentado por el recurrente al jefe de la Oficina Central de Personal de la Oficina de la Universidad, corresponde al 60 % de sus remuneraciones.

4. Por otro lado, esta Sala del Tribunal Constitucional advierte que, a fojas 12, obra el convenio suscrito entre las partes demandadas, Interbank y la Universidad Nacional del Santa, en el cual se establece que el pago de las deudas derivadas de los créditos otorgados a los trabajadores de la universidad, entre los cuales se encuentra el recurrente, se realizará a través del mecanismo de descuento por planilla. En la cláusula tercera, numeral 1, de dicho convenio se señala que la Universidad demandada deberá evaluar la capacidad de pago del trabajador solicitante del crédito, con el objeto de cautelar que los descuentos sobre el haber mensual, incluyendo el pago mensual por devolución del préstamo personal a concederse, no superen el 30% de los ingresos mensuales del trabajador.
5. De esta manera, el citado convenio establece un límite a la capacidad de endeudamiento del recurrente. Así, considerando el embargo por alimentos ordenado judicialmente, los descuentos aplicables actualmente al demandante superan el límite del 30% de descuento de su haber mensual establecido por el convenio. Ello implica que las entidades demandadas están impedidas de realizar descuentos o retenciones adicionales. De esta manera, la retención que están realizando los demandados afecta el derecho a la remuneración del recurrente.
6. Por otro lado, a fojas 16 del cuaderno del Tribunal Constitucional, se aprecian dos adendas al convenio. En la segunda de ellas se aumenta el monto máximo que puede descontarse por planilla a un trabajador de la universidad al 45% de sus ingresos mensuales líquidos. Sin embargo, este cambio no produce efectos sobre la situación del demandante, por las razones expuestas *supra*. El segundo límite de 45%, en efecto, también ha sido superado ya por el embargo alimentario.
7. Ciertamente, ello no implica la extinción de la deuda que ha contraído el demandando, o que no esté obligado a cancelarla, pues los demandados tienen habilitados los demás medios que ofrece el ordenamiento jurídico para conseguir que el demandante honre dicha deuda. Sin embargo, no podrán hacer valer dichos intereses a través del descuento directo por planilla.
8. Finalmente, debe desestimarse el argumento de la Universidad respecto a que el embargo por alimentos que sufre el demandante no afecta su capacidad económica y tiene como propósito disminuir o anular su capacidad de pago de las deudas contraídas. Se trata de un proceso ordinario que ya ha concluido, y su validez no es un asunto que corresponda ser discutido en el presente proceso.

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

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda.
2. **ORDENAR** se suspenda el descuento directo por planilla de los haberes del recurrente realizado por los demandantes para el pago de deudas, y se proceda a realizar solo los descuentos ordenados judicialmente y los que correspondan por ley.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MIRANDA CANALES

SARDÓN DE TABOADA

ESPINOSA SALDAÑA-BARRERA

Sentencia 01665-2014-PHC/TC

Proceso de hábeas corpus interpuesto por Juan Temístocles García Córdova en favor del menor C.F.A.P. El Tribunal declaró fundada en parte la demanda y estableció doctrina jurisprudencial vinculante sobre el cómputo del plazo de notificación para apelación de sentencias a menores.

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 7 de octubre de 2015

Resumen: El Tribunal Constitucional declaró fundada en parte la demanda interpuesta a favor del menor C.F.A.P. el cual fue encontrado responsable del delito contra la libertad sexual y violación sexual, pero alegaba la vulneración sus derechos de defensa y a la pluralidad de instancias.

929

Sobre la presunta afectación al derecho de defensa, el Tribunal advirtió que el abogado del menor favorecido, así como sus padres, fueron debidamente notificados en tres oportunidades para que concurran a la diligencia de lectura de sentencia, y que en la última de las audiencias programadas se procedió a la lectura de sentencia porque ya se había dispuesto que asista un defensor de oficio que garantice el derecho de defensa del menor. Además de ello, en dicha diligencia se encontraba presente el fiscal, por lo que se procedió a la lectura de sentencia. En atención a ello, el Tribunal consideró que no se violó el derecho de defensa.

Respecto al derecho a la pluralidad de instancia, el Tribunal consideró fundada la demanda, pues el cómputo del plazo de notificación de la sentencia empezó a correr con la lectura de la misma al menor, y no desde el día siguiente que se notificó con ella a este, a sus padres o responsables, y a su abogado, lo que dificultó realizar la apelación de la sentencia, por lo que ordenó se admita el recurso de apelación y se eleven los actuados a la Segunda Sala Civil de Justicia de Ica para que emita el pronunciamiento que corresponda.

El Tribunal determinó que en el caso de menores de edad, el inicio del cómputo del plazo empieza siempre que la notificación documental de la sentencia al menor coincida en el tiempo con la realizada a los padres y a su abogado. Y en caso de que no

exista dicha coincidencia, esto es, que se notifique la sentencia en fechas diversas al menor, a los padres o los responsables y al abogado, el plazo de tres días solo empezará a computarse desde el día siguiente que se notifique al último de cualquiera de los antes mencionados. Así, el Tribunal estableció como doctrina jurisprudencial vinculante esta y otras reglas relativas al cómputo del plazo de notificación de sentencias a menores de edad.

Temas Claves: Cómputo del plazo — debido proceso — derecho de defensa — derechos del niño — doctrina jurisprudencial vinculante — pluralidad de instancias.

EXP. N.º 01665-2014-PHC/TC

ICA

C.F.A.P. Representado(a) por JUAN TEMÍSTOCLES GARCÍA CÓRDOVA -
ABOGADO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 25 días del mes de agosto de 2015, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Urviola Hani, Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada y Ledesma Narváez, pronuncia la siguiente sentencia, con el voto singular del magistrado Blume Fortini que se agrega. Se deja constancia que el magistrado Espinosa-Saldaña Barrera votará en fecha posterior por encontrarse con licencia.

ASUNTO

931

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Juan Temístocles García Córdoba contra la resolución de fojas 390 Tomo II, su fecha 10 de febrero del 2014, expedida por la Sala de Emergencia de la Corte Superior de Justicia de Ica, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 6 de enero del 2014, don Juan Temístocles García Córdoba interpone demanda de hábeas corpus a favor del menor C.F.A.P., y la dirige contra el juez del Primer Juzgado Especializado de Familia de Ica, Ricardo Baro Antezana Bendezú, y los magistrados de la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Ica. Alega la vulneración de los derechos al debido proceso, tutela procesal efectiva y a la pluralidad de la instancia, por lo que solicita se declare la nulidad de la sentencia de fecha 9 de octubre del 2013 (expediente N.º 01306-2013-0-1401-JR-FP-01) así como las resoluciones N.º 2, de fecha 11 de noviembre del 2013, y N.º 3, de fecha 26 de noviembre del 2013; ambas recaídas en el cuaderno N.º 01306-2013-34-1401-JR-FP-01.

Alega el recurrente que es abogado del menor C.F.A.P., quien mediante sentencia de fecha 9 de octubre del 2013, expedida por el Primer Juzgado Especializado de Familia de Ica, fue encontrado responsable de infracción contra la ley penal –delito contra la

libertad sexual, violación sexual—, por lo que se le impuso la medida socio-educativa de internación por un período de seis años (expediente N.º 01306-2013-0-1401-JR-FP-01). Refiere que solicitó se declarara la nulidad de dicha sentencia, pues esta carecía de una adecuada motivación, al no pronunciarse sobre los pedidos de exceso de detención, variación de la medida de internación a la de entrega y custodia del menor a los padres, y porque no se compulsaron debidamente los medios probatorios y las diligencias actuadas en dicho proceso. Refiere que dicha solicitud fue declarada improcedente mediante resolución N.º 33, de fecha 11 de octubre del 2013, la que tras ser apelada fue confirmada por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Ica, mediante resolución N.º 2, de fecha 11 de noviembre del 2013. Recuerda que contra esta última resolución interpuso el recurso de casación, que también fue declarado improcedente, mediante resolución N.º 3, de fecha 26 de noviembre del 2013.

Al tomarse la declaración del juez, este expresó que en el proceso contra el menor se respetó las garantías del debido proceso. Por su parte, las magistradas Juárez Ticona y Del Carpio Muñoz, de la Segunda Sala Civil de Ica, declararon que las resoluciones cuestionadas fueron dictadas de conformidad con el Código de los Niños y Adolescentes y en mérito a la revisión exhaustiva de los actuados judiciales. También indican que la sentencia de fecha 9 de octubre del 2013 quedó consentida, ya que no se interpuso el recurso de apelación dentro del plazo legal; igualmente, que se declaró improcedente el recurso de casación porque este medio impugnatorio solo procede contra resoluciones de segunda instancia que ponen fin al proceso, lo que no es el caso.

932

El procurador adjunto de la Procuraduría del Poder Judicial contesta la demanda (fojas 357 Tomo II) alegando que el propósito del habeas corpus es realizar una nueva revisión de lo resuelto por los jueces ordinarios.

El Segundo Juzgado Penal Unipersonal de Ica, con fecha 10 de enero del 2014, declaró infundada la demanda por considerar que la sentencia está adecuadamente motivada, dado que contiene los argumentos por los cuales se impuso la medida socio-educativa de internamiento contra el menor; que la resolución N.º 2 —igualmente cuestionada— contiene las razones por las que se confirmó la improcedencia del pedido de nulidad; y que la resolución N.º 3 fue dictada de conformidad con el artículo 387º, inciso 1, del Código Procesal Civil.

La Sala de Emergencia de la Corte Superior de Justicia de Ica revocó la apelada declarándola improcedente, tras considerar que no puede alegarse vulneración del derecho a la pluralidad de instancias por denegatoria del recurso de casación, pues este derecho está condicionado a su desarrollo legal, que para el caso es el artículo 387º, inciso 1, del Código Procesal Civil. En relación al cuestionamiento del plazo de apelación, sostuvo que dicho plazo se contabiliza desde el día siguiente de la lectura de sentencia,

por lo que el recurso de apelación fue presentado en forma extemporánea; y respecto a que la audiencia de lectura de sentencia se realizó sin la presencia de los padres del menor, así como de sus abogados defensores, advirtió que estos fueron debidamente notificados y que, ante la reiterada incomparecencia, se procedió a la lectura de sentencia con la asistencia de una abogada de defensa pública del Ministerio de Justicia.

FUNDAMENTOS

I. Delimitación del petitorio

1. El recurrente solicita que se declare nula la sentencia de fecha 9 de octubre del 2013, expedida por el Primer Juzgado Especializado de Familia de Ica, así como las resoluciones N.º 2, de fecha 11 de noviembre del 2013, y N.º 3, de fecha 26 de noviembre del 2013, ambas expedidas por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Ica. Si bien alega que se ha vulnerado sus derechos al debido proceso y a la tutela procesal efectiva, en realidad, los derechos cuya protección solicita son los de pluralidad de la instancia y de defensa.

II. Sobre la afectación del derecho a la pluralidad de la instancia (artículo 139º, inciso 6, de la Constitución)

933

Argumentos del demandante

2. El recurrente alega que se ha vulnerado el derecho a la pluralidad de la instancia. A su juicio, ello habría acontecido porque se rechazó el recurso de casación que presentó y, en el caso de la apelación de sentencia, los emplazados computaron el plazo de manera errónea, esto es, desde el día siguiente a la fecha de realización de la audiencia de lectura de sentencia, y no desde que esta fue notificada.

Argumentos del demandando

3. Los magistrados demandados opinan que respetaron las garantías del debido proceso y la debida motivación de las resoluciones judiciales. En ese sentido, refieren que la sentencia de fecha 9 de octubre del 2013 quedó consentida y que la resolución N.º 2, que resolvió en segunda instancia el pedido de nulidad de la audiencia de lectura de sentencia, se encuentra debidamente motivada. En relación a la declaración de improcedencia del recurso de casación, expresaron que ello obedece a que este recurso solo procede sobre resoluciones de segunda instancia que ponen fin al proceso, lo que no era el caso.
4. El procurador argumentó que las resoluciones cuestionadas se encuentran debidamente motivadas y que la interposición del habeas corpus, en realidad, pretende que se revise lo resuelto por los jueces de la jurisdicción ordinaria.

Consideraciones del Tribunal Constitucional

(a) *Derecho a la pluralidad de la instancia*

5. El derecho a la pluralidad de la instancia se encuentra reconocido en el inciso 6) del artículo 139 de la Constitución, en los siguientes términos:

“Son derechos y principios de la función jurisdiccional:

(...)

La pluralidad de la instancia”

6. En la STC N.º 4235-2010-PHC/TC, el Tribunal Constitucional recordó que el derecho a la pluralidad de la instancia “tiene por objeto garantizar que las personas, naturales o jurídicas, que participen en un proceso judicial tengan la oportunidad de que lo resuelto por un órgano jurisdiccional sea revisado por un órgano superior de la misma naturaleza, siempre que se haya hecho uso de los medios impugnatorios pertinentes, formulados dentro del plazo legal” (STC N.º 3261-2005-PA, STC N.º 5108-2008-PA, STC N.º 5415-2008-PA).
7. Igualmente, ha declarado que el derecho a la pluralidad de instancias es un derecho de configuración legal, es decir, un derecho cuyo ámbito de protección así como los requisitos, condiciones y límites a su ejercicio corresponden determinar al legislador. En la STC 4235-2010-HC/TC, se expresó “Que el derecho a los medios impugnatorios sea un derecho fundamental de configuración legal, implica que `corresponde al legislador crearlos, establecer los requisitos que se debe cumplir para que estos sean admitidos, además de prefigurar el procedimiento que se deba seguir’ (Cfr. SSTC 5194-2005-PA, F. J. 5; 0962-2007-PA, F. J. 4; 1243-2008-PHC, F. J. 3; 5019-2009-PHC, F. J. 3; 6036-2009-PA, F. J. 2; 2596-2010-PA, F. J. 5)”.
8. En tal cometido, el legislador cuenta con un margen de discrecionalidad legislativa, cuya mayor o menor amplitud depende del marco mínimo de aquello que está constitucionalmente garantizado. Y es que en derechos fundamentales con estas características –entre los cuales se encuentra el derecho a la pluralidad de la instancia–, existe un contenido mínimo o esencial que se deriva directamente de la Constitución y que, por esa razón, se presenta como indisponible para el legislador.
9. Por ello, el Tribunal ha recordado que “Dicha delimitación legislativa, en la medida de que sea realizada sin violar el contenido esencial del propio derecho u otros derechos o valores constitucionales reconocidos, forma, junto al contenido esencial del derecho concernido, el parámetro de juicio para controlar la validez

constitucional de los actos de los poderes públicos o privados” [STC 4235-2010-HC/TC, Fund. N° 12]. Como sostuvimos en la STC 1417-2005-PA/TC:

“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” (Cfr. STC 1417-2005-PA, F. J. 12).

935

10. En el caso del derecho a la pluralidad de la instancia, el Tribunal hace notar que una parte de su contenido constitucionalmente irreductible y de no libre disponibilidad del legislador está representado por tareas de organización que este demanda. Su mínimo constitucionalmente *necesario* exige del legislador que, al conformar legalmente el contenido del derecho, prevea, cuando menos, que los órganos jurisdiccionales se encuentren organizados de tal forma que lo resuelto por uno de ellos pueda ser revisado por un tribunal superior. La Constitución no establece un número determinado de instancias que deba institucionalizarse. Solo exige que esta sea “plural”, con lo cual el mínimo constitucionalmente debido queda satisfecho asegurándose la organización de una *doble* instancia.
- (b) *Derecho a los medios impugnatorios*
11. También el contenido constitucionalmente garantizado del derecho a la pluralidad de la instancia alberga tareas de conformación de procedimientos. El tránsito entre una instancia judicial a otra, o lo que es lo mismo, la posibilidad de que lo

resuelto por un órgano judicial sea revisado por otro funcionalmente superior, requiere que el legislador configure el mecanismo a través del cual se posibilite dicha revisión. Ese medio o instrumento es el recurso, es decir, los medios impugnatorios. Su creación y regulación, pues, no son cuestiones que el legislador pueda libremente decidir, sino sobre la que le pesa la obligación de configurarlos, quedando en el ámbito de su discrecionalidad el establecimiento de los requisitos, condiciones y límites al que estará sometido su ejercicio.

12. Por lo que se refiere a los requisitos y condiciones de empleo de los recursos, el Tribunal recuerda que encontrándose su establecimiento en la esfera de lo constitucionalmente posible, esto no significa que el legislador pueda configurarlos de modo tal que impidan, disuadan u obstaculicen, irrazonable o desproporcionadamente, su ejercicio. A tal efecto, en la STC 4235-2010-PHC/TC, el Tribunal recordó que

“las condiciones para la procedencia del recurso pueden ser objeto de regulación legal, sin perjuicio de lo cual, debe precisarse que tales condiciones no pueden representar obstáculos irrazonables para el acceso al recurso y para su debida eficacia. En ese sentido, tal como ha sostenido este Tribunal, no cabe que legalmente “se establezca y aplique condiciones de acceso que tengan el propósito de disuadir, entorpecer o impedir irrazonable y desproporcionadamente su ejercicio” (Cfr. SSTC 5194-2005-PA, F. J. 5; 0962-2007-PA, F. J. 4; 1243-2008-PHC, F. J. 3; 5019-2009-PHC, F. J. 3; 6036-2009-PA, F. J. 2; 2596-2010-PA, F. J. 5). En palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “[s]i bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo. Al respecto, la Corte ha establecido que ‘no basta con la existencia formal de los recursos sino que éstos deben ser eficaces’, es decir, deben dar resultados o respuestas al fin para el cual fueron concebidos” (Cfr. Caso Herrera Ulloa *vs.* Costa Rica, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 2 de julio de 2004, párrafo 161)” [Fund. N° 18].

936

(c) *Derechos fundamentales procesales e interés superior del niño*

13. Ahora bien, en el presente caso, se cuestiona que mediante diversos actos procesales se habrían afectado otros tantos derechos fundamentales de naturaleza procesal de un menor de edad. La presencia de un menor en el *affaire* no es baladí en el modo cómo este Tribunal deba afrontar el escrutinio de constitucionalidad que se le ha solicitado. Su presencia plantea que la evaluación de los actos proce-

sales que se cuestionan también deban analizarse tomando en consideración las exigencias que se derivan del artículo 4 de la Constitución, el cual asegura a los niños y adolescentes una “protección especial”.

14. La protección especial que la Constitución asegura a los menores plantea una serie de exigencias a todos los poderes públicos, en especial, cada vez que tengan que decidir sobre cuestiones que puedan afectarlos directa o indirectamente. Estas cargas se materializan en la obligación de guardar especial celo en que dichas medidas sean adoptadas teniendo en consideración el interés superior del niño.
15. En la STC 02132-2008-PA/TC, este Tribunal declaró que era implícito a este deber especial de protección del menor el principio de protección del interés superior de los niños. Dicho principio se encuentra reconocido en la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, y ratificada por el Estado Peruano mediante Resolución Legislativa N.º 25278, cuyo artículo 3º establece:

“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

937

Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas”.

16. El principio del interés superior del niño se caracteriza por irradiar sus efectos de manera transversal. Así, el deber de considerar sus alcances, cada vez que se adopten decisiones que los tengan como destinatarios, comprende a toda institución privada o pública, esto es, al Congreso de la República, órganos de la administración pública y tribunales de justicia. Y exige de cualquiera de estos una actuación “garantista”, de acuerdo con la cual cualquier decisión que involucre a un menor deba adoptarse considerando al menor como un sujeto de derecho al que es preciso garantizar la satisfacción integral de sus derechos.
17. Este mandato de actuación garantista contiene, a su vez, una obligación de atención especial y prioritaria de los asuntos que les concierne, lo que, desde luego, también se extiende al ejercicio de la función jurisdiccional. Como este Tribunal sostuvo en la STC 03744-2007-PHC/TC,

“(…) es necesario precisar que, conforme se desprende la Constitución, en todo proceso judicial en el que se deba verificar la afectación de los derechos fundamentales de niños o menores de edad, los órganos jurisdiccionales debe procurar una atención *especial y prioritaria* en su tramitación. En efecto, como uno de los contenidos constitucionalmente protegidos del artículo 4º de la Constitución que establece que “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente (…)”, se encuentra la preservación del interés superior del niño y del adolescente como una obligación ineludible de la comunidad y principalmente del Estado. Desarrollado tal contenido, el Código de los Niños y Adolescentes ha precisado en el artículo IX que “En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos” (resaltado agregado).

Tal atención a prestarse por los órganos jurisdiccionales, como se desprende de la propia Norma Fundamental (artículo 4º), debe ser *especial* en la medida en que un niño o un adolescente no se constituye en una parte más en el proceso sino una que posee características singulares y particulares respecto de otras, por lo que más allá del resultado del caso, debe procurarse un escrupuloso tratamiento y respeto de sus derechos durante el proceso. (Resaltado agregado). Asimismo, tal atención deber ser *prioritaria* pues el interés superior del niño y del adolescente tiene precedencia en la actuación estatal respecto de aquellas decisiones judiciales en las que no se encuentran comprometidos sus derechos fundamentales”.

18. Al mandato de actuación garantista que contiene el principio del interés superior del niño, se suma su condición de norma sobre la interpretación y aplicación de otras normas. Se trata, en este sentido, de una metanorma o una norma secundaria que contiene directrices sobre el modo cómo debe aplicarse otras disposiciones que alberguen diversos sentidos interpretativos o que entren en colisión entre sí. En su formulación básica, pues, suministra al operador del derecho con una técnica de solución de antinomias, tanto en el nivel de las normas como en el nivel de las disposiciones, que se caracteriza por estar orientada a privilegiar el goce y ejercicio de los derechos de los menores. Por esa razón, en este ámbito, el interés superior del niño no es otra cosa que el principio *pro infante*.
19. A). En el nivel de las antinomias entre “normas” o sentidos interpretativos, el principio *pro infante* establece una pauta de cómo interpretar y aplicar una dis-

posición relacionada con el ejercicio de un derecho fundamental, cuando de esta sea posible inferir cuando menos dos significados, de entre las cuales, a su vez, sea posible advertir:

- (i) Un primer sentido interpretativo con cuya aplicación se permitirá que el menor, titular de un derecho fundamental, tenga garantizadas las mejores condiciones para gozar y ejercer su derecho fundamental; y,
- (ii) Un segundo criterio interpretativo, derivado de la misma disposición, que a diferencia del primero, establezca condiciones orientadas a restringir el goce y ejercicio de una posición *iusfundamentalmente* protegida.

La pauta que suministra el principio *pro infante*, en estos casos, es que la aplicación de la disposición deberá realizarse privilegiando el sentido interpretativo con el que mejor se optimice el ejercicio del derecho fundamental del menor.

20. B). En el plano de las antinomias entre disposiciones, el principio *pro infante* impone al operador del derecho resolver un caso aplicando la disposición que mejor permita el goce y ejercicio del derecho constitucional del menor. Su aplicación presupone la concurrencia de dos disposiciones, ambas igualmente válidas –es decir, compatibles con la Constitución–, en la que una de ellas optimiza mejor el goce y ejercicio del derecho del menor, a diferencia de la otra, que la desmejora. Según el principio *pro infante*, ante un dilema semejante no queda a discrecionalidad escoger la disposición con la que resolverá el caso, pues en la elección del material normativo, este necesariamente deberá privilegiar aquella disposición con la cual se optimizará mejor el ejercicio del derecho fundamental del menor.
21. También el principio *pro infante* suministra pautas de resolución de conflictos o antinomias entre derechos o entre estos y otros bienes constitucionales. Ante un conflicto que involucre derechos de los menores y otro tipo de derechos o intereses constitucionalmente garantizados, el referido principio predispone al juzgador, *prima facie*, la obligación de brindar prevalencia a los derechos e intereses de los menores, a no ser que existan razones poderosísimas y absolutamente necesarias en una sociedad democrática, que justifiquen el establecimiento de una regla de precedencia en sentido inverso. Este es el criterio de *preferencia* o *prevalencia*, que también aplica al proceso de producción legislativa, esto es, con relación al ejercicio de la función legislativa, condicionando al legislador tomar en consideración todos los derechos e intereses que a favor y en contra del menor puedan existir, cada vez que aprueba un acto legislativo [STC 2079-2009-PHC/TC].
22. Por lo demás, el Tribunal recuerda que el principio del interés superior del niño ha sido recogido en el artículo 3º de la Convención de los Derechos del Niño

y esta Convención, como todo tratado sobre derechos humanos, es derecho directamente aplicable (art. 55 de la Constitución) en el ordenamiento jurídico nacional, por lo que si en un caso concreto los jueces observaran su colisión o antinomia con una norma jurídica de producción interna, como la ley o una norma con rango de ley, estos tienen el poder-deber de inaplicarla en aplicación del control de convencionalidad. Y, de otro, de conformidad con la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución, dicha Convención sobre los Derechos del Niño constituye parámetro interpretativo de todos los derechos constitucionales de los menores.

23. Por ello, el Tribunal considera que sobre los jueces que resuelvan casos en los que se decida sobre los derechos y deberes de los niños y adolescentes pesa la obligación de interpretar y aplicar las disposiciones de manera tal que se asegure el máximo disfrute de los derechos fundamentales del menor, ya que, como ha recordado la Corte Interamericana de Derechos Humanos [Opinión Consultiva OC-17/02], el principio del interés superior del niño debe entenderse como el

“principio regulador de la normativa de los derechos del niño [que] se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño”.

940

- a) **Resolución N.º 3, de fecha 26 de noviembre de 2013 (cuaderno N.º 01306-2013-34-1401-JR-FP-01)**
24. En el presente caso, se alega la vulneración del derecho a la pluralidad de instancias de un menor de edad, en relación a dos actos procesales. El primero ellos es la resolución N.º 3, de 26 de noviembre de 2013, mediante el cual se declaró improcedente el recurso de casación interpuesto a favor del menor, beneficiario del habeas corpus.
25. El Tribunal aprecia del escrito a fojas 306, Tomo II de autos, que el recurrente solicitó la nulidad de la diligencia de lectura de sentencia, pedido que fue declarado improcedente por el Primer Juzgado Especializado de Familia de Ica, mediante resolución N.º 33, de fecha 11 de octubre de 2013. Observa, igualmente, que contra esta resolución el demandante presentó un recurso de apelación, y la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Ica, mediante resolución N.º 2, de fecha 11 de noviembre de 2013, confirmó la resolución N.º 33 (fojas 323 Tomo II), contra la que se interpuso finalmente el recurso de casación, el que fue declarado improcedente por la resolución N.º 3, antes citada (fojas 32 Tomo I).

26. Así las cosas, el Tribunal considera que el rechazo de este último recurso de casación no vulnera el derecho a la pluralidad de instancias, pues conforme se desprende de la resolución cuestionada, el motivo por el cual se le rechazó es que este recurso extraordinario procede contra resoluciones que en segunda instancia pongan fin al proceso, lo que no era el caso de la resolución impugnada en el proceso penal.

b) Recurso de apelación

27. Se ha denunciado que al resolverse el recurso de queja contra la resolución N° 34, de fecha 16 de octubre de 2013 (fojas 300, Tomo II), este fue declarado infundado mediante resolución N.º 3, de fecha 28 de octubre de 2013, luego de que la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Ica considerara que dicho recurso de apelación fue interpuesto de manera extemporánea (fojas 315 Tomo II). Alega el recurrente que la violación de su derecho a la pluralidad de la instancia es consecuencia del modo cómo se aplicó el artículo 219 del Código de los Niños y Adolescentes. En concreto, que el plazo que contiene dicha disposición legal se computó desde el día que se leyó la sentencia al menor, en una audiencia mediante teleconferencia, y no desde que se notificó documentalmente con ella.

941

28. El Tribunal destaca que el favorecido con el presente habeas corpus es un menor de edad y que, por tanto, es indispensable que cualquier decisión que se adopte en relación con la determinación de sus derechos, deberá encontrarse informada por el mandato que contiene el artículo 4º de la Constitución, en relación a los artículos 3º de la Convención sobre los Derechos del Niño y IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes; esta última disposición establece:

“En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos”.

29. Por su parte, el artículo 219 del Código de los Niños y Adolescentes, cuya interpretación y aplicación defectuosa se cuestiona con el habeas corpus, establece:

“La sentencia será notificada al adolescente, a sus padres o responsables, al abogado, a la parte agraviada y al Fiscal, quienes pueden apelar en el término de tres días, salvo que se imponga al adolescente la medida socio-educativa de internación, la cual le será leída.

En ningún caso, la sentencia apelada podrá ser reformada en perjuicio del apelante. La parte agraviada sólo podrá apelar la reparación civil o la absolución.

Admitido el recurso de apelación, el Juez elevará los autos dentro de veinticuatro horas contadas desde la concesión del recurso.

La apelación no suspende la ejecución de la medida decretada.”

30. El Tribunal observa que el primer párrafo de dicho artículo 219 del Código de los Niños y Adolescentes alberga diversos mandatos deónticos. Uno de ellos está relacionado con el modo cómo se hace conocer al menor de la sanción impuesta. El artículo 219 del citado Código precisa cuándo corresponde hacer comparecer al menor ante un órgano jurisdiccional y cuándo no. Se infiere de aquella disposición que la decisión del tribunal de justicia debe serle *notificada* al menor en todos los casos, sin que para ello exista la necesidad de hacerlo comparecer, y con independencia de su sentido. Esta regla general solo tiene una excepción, cuando la sentencia ordene contra el menor una medida socio-educativa de internación, en cuyo caso, al hacerse comparecer al menor ante el tribunal, la sentencia deberá leersele.
31. Un problema adicional tiene ver con la determinación del inicio del cómputo del plazo de 3 días que se tiene para apelar la sentencia. En la identificación del inicio de dicho cómputo, entiende el Tribunal, caben considerarse las siguientes alternativas interpretativas:
- (i) Si la sentencia se *notifica*, y no contiene una medida de internación, el plazo es de 3 días, se entiende que contados a partir del día siguiente de realizado dicho acto procesal;
 - (ii) Si la sentencia se *lee*, por contener una medida de internación, el plazo se computa desde que se efectúa dicho acto procesal, siempre que se entregue simultáneamente una copia de la sentencia; y,
 - (iii) En los casos en los que se realiza el acto de lectura de sentencia (existiendo una medida de internación) y, con posterioridad, se *notifica* la sentencia, el cómputo del plazo para apelar deberá contarse desde el día siguiente a la realización de este último acto procesal.
32. El Tribunal hace notar que el inicio del cómputo del plazo acotado en cualquiera de los ítems del Fundamento anterior empieza siempre que la notificación documental de la sentencia al menor coincida en el tiempo con la realizada a los padres y a su abogado. Y es caso de que no exista dicha coincidencia, esto es, que se

notifique la sentencia en fechas diversas al menor, a los padres o los responsables y al abogado, el plazo de 3 días solo empezará a computarse desde el día siguiente que se notifique al último de cualquiera de los antes mencionados. A juicio del Tribunal, esta es una exigencia que se deriva del primer párrafo del artículo 219 del Código de los Niños y Adolescentes [cf. *supra*, Fund. N° 29] y es una concreción de carácter garantista introducida por el legislador en el procedimiento que se sigue a los menores por infracción de la ley. Su propósito es asegurar que los niños y adolescentes cuenten con el mayor margen de posibilidades en el goce y ejercicio de los derechos fundamentales de carácter procesal y, en ese sentido, se trata de una medida legislativa compatible con el principio del interés superior del niño y la obligación del Estado de dispensar a los menores de una protección especial.

33. Esta no es una regla que, a partir de una interpretación literal, se infiera del artículo 219 del Código de los Niños y Adolescentes. En realidad, su identificación es consecuencia de la obligación de interpretársela de conformidad con el principio *pro infante*, que se deriva del artículo 4° de la Constitución y del artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño y del Adolescente, además de una interpretación sistemática con el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y de los Adolescentes. Puesto que detrás de la determinación de la fecha que debe empezar a computarse el plazo para apelar, en buena cuenta, se halla la identificación de una de las condiciones con las cuales el menor podrá (o no) ejercer su derecho a los recursos y su derecho a la pluralidad de la instancia, esta identificación no puede realizarse prescindiendo de identificar el supuesto que mejor posibilita el goce y ejercicio de ambos derechos.
34. Esta regla interpretativa está directamente conectada a la finalidad que tienen los derechos concernidos. En ambos casos, el propósito de estos es permitir que lo resuelto por el juez sea revisado íntegramente por un tribunal superior. Para que una revisión de tal envergadura sea posible es preciso no solo conocer la decisión en sí misma, sino también los argumentos y las razones que lo justifican. El Tribunal entiende que la posibilidad de una revisión efectiva por parte de un tribunal superior requiere que el afectado con la misma, sus padres o responsables y su abogado expresen las razones por las que no las comparten. Esto solo es posible si el menor, sus padres, o responsables, y su abogado tienen la posibilidad de revisar exhaustivamente la sentencia misma. Su sola lectura no satisface este requerimiento. Tampoco la sola notificación de la sentencia al menor.
35. El Tribunal hace notar que estos efectos de la aplicación del principio *pro infante* no son ajenos al contenido constitucionalmente garantizado de los derechos fun-

damentales del menor. En el seno de cada uno de ellos no solo existen posiciones *iusfundamentales* que exigen se cumpla la obligación de respetar, sino también que se obre de conformidad con la obligación de garantía que cada uno de ellos anida. Entre las tareas que se derivan de la obligación de garantizar un derecho se encuentra la de propiciar las condiciones institucionales adecuadas para que el derecho pueda ser ejercido en su nivel más óptimo. Esto quiere decir que entre la protección sustancial de un derecho fundamental y la correlativa estructuración de medidas adecuadas para promover su goce y ejercicio, existe una influencia recíproca, sin que exista predominio de una sobre otra. Por ello, los obligados con un derecho fundamental —es decir, sus destinatarios— no solo cargan tras de sí con la obligación de no interferir injustificadamente su ejercicio, sino también con la de actuar de modo que se promueva su eficacia plena.

36. En el presente caso, el Tribunal aprecia que el supuesto que se denuncia como lesivo del derecho a la pluralidad de la instancia, tras una interpretación y aplicación defectuosa del artículo 219 del Código del Niño y los Adolescentes, es el identificado en el ordinal (iii) del fundamento N° 31. Así se desprende del “Acta de lectura de sentencia”, de fecha 9 de octubre de 2013 [fojas 288, tomo II], en el que se indica que se deja constancia que, tras su lectura, “posteriormente” se “notificar(ía)” “copia de la sentencia en el domicilio procesal...”. El Tribunal observa que dicha notificación se efectuó al día siguiente, dejándose “bajo puerta” [fojas 285, tomo II] la indicada sentencia. El Tribunal toma nota de que pese a que en el acto de lectura de sentencia no se le brindó una copia de la sentencia al menor, el plazo empezó a computarse a partir del día siguiente de que se realizó dicho acto procesal, esto es, tomando como referencia el día que se leyó la sentencia y no desde el día siguiente que se le notificó con ella al menor, a sus padres, o responsables, y a su abogado.
37. El Tribunal considera que la interpretación y aplicación efectuada del primer párrafo del artículo 219 del Código de los Niños y Adolescentes, en los términos que se acaban de describir, es deficitaria desde el punto de vista del principio *pro infante* y, por tanto, lesiva del principio de interés superior del niño y del derecho a la protección especial que reconoce a favor de los menores el artículo 4° de la Constitución. También es incompatible con el contenido constitucionalmente garantizado del derecho a la pluralidad de la instancia del beneficiario del habeas corpus, reconocido por el artículo 139.6 de la Constitución y el ordinal “v” del artículo 40.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño, pues con su obrar el juez violó las obligaciones de respetar y garantizar de este derecho. Así debe declararse.

III. Sobre la afectación del derecho de defensa (artículo 139º, inciso 14 de la Constitución Política del Perú)

Argumentos del demandante

38. El recurrente alega que la audiencia de lectura de sentencia, mediante la cual se condenó al menor favorecido con el habeas corpus, se realizó sin la presencia de sus padres ni de sus abogados defensores.

Argumentos de los demandados

39. Los emplazados alegan que la lectura de sentencia se realizó con la presencia del abogado de oficio, quien fue designado de oficio, tras advertirse la inasistencia consecutiva del abogado defensor y los padres del menor favorecido con el habeas corpus, hasta en tres oportunidades.

Consideraciones del Tribunal Constitucional

40. El derecho de defensa se encuentra reconocido en el inciso 14) del artículo 139 de la Constitución, según el cual

“Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

945

El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. Toda persona será informada inmediateamente y por escrito de la causa o las razones de su detención. Tiene derecho a comunicarse personalmente con un abogado defensor de su elección y a ser asesorada por éste desde que es citada o detenida por cualquier autoridad”

41. En diversas oportunidades, este Tribunal ha declarado que el derecho de defensa garantiza a los justiciables a no quedar en estado de indefensión cuando este participe en cualquier proceso judicial, sin importar la materia de este (civil, mercantil, penal, laboral, etc.). Igualmente, tiene dicho el Tribunal que el contenido constitucionalmente protegido del derecho de defensa queda afectado cuando, en el seno de un proceso judicial, cualquiera de las partes resulta impedida, por concretos actos de los órganos judiciales, de ejercer los medios necesarios, suficientes y eficaces para defender sus derechos e intereses legítimos. Al mismo tiempo que se ha precisado que no cualquier imposibilidad de ejercer esos medios produce un estado de indefensión que atente contra su contenido constitucionalmente protegido, sino que este se vuelve constitucionalmente relevante cuando se genera una indebida y arbitraria actuación del órgano que investiga o juzga al individuo (Exp. N.º 0582-2006-PA/TC; Exp. N.º 5175-2007-HC/TC, entre otros).

42. Este derecho a no quedar en estado de indefensión en cualquier etapa del proceso penal tiene una doble dimensión: *una material*, referida al derecho del imputado de ejercer su propia defensa desde el mismo instante en que toma conocimiento de que se le atribuye la comisión de un determinado hecho delictivo; y *otra formal*, que supone el derecho a la defensa técnica, esto es, al asesoramiento y patrocinio de un abogado defensor durante todo el tiempo que dure el proceso.
43. El Tribunal recuerda que en el caso de los niños y adolescentes sometidos a un procedimiento por infracción de la ley, el derecho a no quedar en estado de indefensión comprende entre sus posiciones *iusfundamentales* garantizadas la obligación de notificarse la sentencia a los padres o tutores del menor. De conformidad con el artículo 5º de la Convención sobre los Derechos del Niño, es deber de los órganos estatales “respetar las responsabilidades, los derechos y deberes de los padres” para con los menores.
44. En el presente caso, el Tribunal aprecia que a fojas 288, Tomo II, obra el Acta de Lectura de sentencia, de fecha 9 de octubre del 2013. En dicha acta se consigna la participación del menor, vía enlace por video conferencia, desde el Centro Juvenil de Diagnóstico y Rehabilitación de Lima; Igualmente, la del fiscal y de una defensora pública, al no haber concurrido la defensa técnica del menor.
45. El Tribunal considera que la sentencia cuestionada se haya realizado sin la presencia de los padres ni de los abogados defensores del menor C.F.A.P., no vulnera su derecho de defensa porque:
- (a) según se aprecia a fojas 187, Tomo I, mediante resolución N.º 19, de fecha 16 de setiembre del 2013, por primera vez se señaló fecha para la lectura de sentencia para el 20 de setiembre del 2013; y,
 - (b) A fojas 190, Tomo I, obra la constancia de notificación a la defensa del menor. Esta audiencia no se realizó por incomparecencia de la defensa y de los padres del menor, por lo que mediante resolución N.º 22, de fecha 20 de setiembre de 2013 (fojas 208, Tomo I), se señaló nueva fecha para la lectura de sentencia –a realizarse el 24 de setiembre del 2013–, misma que fue notificada conforme se aprecia a fojas 209 y 210, Tomo I, de autos.
46. El Tribunal observa que a esta segunda audiencia tampoco asistieron los padres ni la defensa técnica del menor (fojas 232 Tomo II), por lo que mediante resolución N.º 28, de fecha 1 de octubre del 2013, se reprogramó, por tercera vez, la audiencia de lectura de sentencia para el 9 de octubre del 2013 (fojas 254, Tomo II), la que fue notificada a los padres y abogados del menor según se aprecia a fojas 256 y 257, Tomo II de autos. El Tribunal constata que en esta resolución

se dispuso oficiar a la Defensoría Pública del Ministerio de Justicia para que concurra un defensor público a la audiencia de fecha 9 de octubre del 2013, en atención a la reiterada inconcurrencia de los padres y la defensa técnica del menor.

47. Así las cosas, este Tribunal advierte que el abogado del menor favorecido así como sus padres fueron debidamente notificados en tres oportunidades para que concurran a la diligencia de lectura de sentencia, y que en la última de las audiencias programadas, se procedió a la lectura de sentencia porque ya se había dispuesto que asista un defensor de oficio que garantice el derecho de defensa del menor favorecido C.F.A.P. Además de ello, en dicha diligencia se encontraba presente el fiscal, defensor de la legalidad, por lo que se procedió a la lectura de sentencia, conforme se aprecia a fojas 288 Tomo II de autos. En atención a ello, este Tribunal considera que en el presente caso no se violó el derecho de defensa (artículo 139º, inciso 14 de la Constitución Política del Perú) del menor C.F.A.P. Así debe declararse.

IV. Efectos de la sentencia

48. Este Tribunal ha determinado que la vulneración del derecho a la pluralidad de instancia se materializó con la expedición de la resolución N.º 3, de fecha 28 de octubre del 2013, por la que se declaró infundado el recurso de queja por denegatoria del recurso de apelación, tras haberse considerado extemporáneo. En consecuencia, corresponde que se declare la nulidad de la precita resolución, así como de la resolución N.º 37, de fecha 31 de octubre del 2013 y, en consecuencia, se ordene se admita el recurso de apelación y que la Segunda Sala Civil de Justicia de Ica resuelva conforme a Derecho.

947

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 lo que se refiere a la afectación del derecho de defensa.
2. Declarar **FUNDADA** la demanda en lo que se refiere a la afectación del derecho a la pluralidad de instancias. En consecuencia,
 - a) Nula la resolución N.º 3, de fecha 28 de octubre del 2013 (001306-2013-89-1404-JR-FP-01), expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Ica, y nula de la resolución N.º 37, de fecha 31 de octubre del 2013 (01306-2013-0-1404-JR-FP-01), expedida por el

Primer Juzgado Especializado de Familia de Ica.

- b) Ordena se admita el recurso de apelación y se eleven los actuados a la Segunda Sala Civil de Justicia de Ica para que emita el pronunciamiento que corresponda.
3. Declarar que, a partir de la fecha, los fundamentos 31, 32, 33 y 34 de la presente sentencia constituyen doctrina jurisprudencial vinculante para todos los jueces y tribunales del país, de conformidad con el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, debiendo aplicarse inclusive a los procesos judiciales en trámite.

Publíquese y notifíquese.

SS.

URVIOLA HANI

MIRANDA CANALES

RAMOS NÚÑEZ

SARDÓN DE TABOADA

LEDESMA NARVÁEZ

Exp. N° 01665-2014-PHC/TC

ICA

C.F.A.P. Representado (a) por JUAN TEMÍSTOCLES GARCÍA CÓRDOVA –
ABOGADO

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO BLUME FORTINI

Si bien concuerdo con declarar fundada la demanda en lo que se refiere a la afectación del derecho a la pluralidad de instancias, considero que también debe estimarse la demanda en cuanto a la invocada afectación del derecho de defensa.

La razón de mi discrepancia se basa en las siguientes consideraciones:

1. El derecho constitucional de defensa está previsto en el artículo 139, inciso 14, de la Constitución Política del Perú, que a la letra preceptúa “Son principios y derechos de la función jurisdiccional (...) El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de la causa o las razones de su detención. Tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por éste desde que es citada o detenida por cualquier autoridad.”
2. A nivel infraconstitucional, se encuentra consagrado en el último párrafo del artículo 4 del Código Procesal Constitucional, como parte del elenco de derechos de primer orden que integran la tutela procesal efectiva, que es entendida como 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.
3. Sobre este derecho, el Tribunal Constitucional peruano se ha pronunciado en reiteradas ocasiones (Cfr. SSTC N°s. 5871-2005-AA/TC, 6560-2005-HC/TC, 4663-2007-AA/TC, 1147-2012-PA/TC, entre otras), manifestando que el

derecho de defensa comporta en estricto el derecho a no quedar en estado de indefensión en ningún estado del proceso, precisando que su observancia y respeto es consustancial a la idea de un debido proceso, propio de una democracia constitucional que tiene en el respeto de la dignidad humana al primero de sus valores, por lo que, por su propia naturaleza, resulta ser un derecho que atraviesa transversalmente a todo proceso judicial, cualquiera sea su materia.

4. En el presente caso, al habersele impedido al actor la posibilidad de obtener una revisión de la sentencia condenatoria de primera instancia por el superior jerárquico, se ha efectuado una interpretación errónea del artículo 219 del Código de los Niños y Adolescentes, que recorta el plazo para apelar la sentencia, vulnerándose no sólo su derecho constitucional a la pluralidad de instancias, sino que, además, se ha provocado en él un estado de indefensión, entendido este como aquella situación procesal en que se niegan o limitan de modo indebido al justiciable sus medios procesales de defensa. Eso es lo que precisamente ha sucedido en el caso de autos, pues al negársele la revisión de la sentencia se ha producido una grotesca desprotección o desamparo procesal.

Por tales motivos, mi voto es porque también se declare fundada la demanda en cuanto a la alegada vulneración del derecho constitucional de defensa.

SR.

BLUME FORTINI

EXP.Nº 01665-2014-PHC/TC

ICA

C.F.A.P. Representado(a) por JUAN TEMÍSTOCLES GARCÍA CÓRDOVA -
ABOGADO

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA

1. Si bien coincido con lo resuelto en el presente caso por mis colegas, considero necesario realizar algunas precisiones sobre lo señalado en la sentencia emitida en el presente proceso. En especial, deseo hacer ciertas anotaciones en lo concerniente al uso de la expresión “contenido esencial” de los derechos fundamentales, así como a la perspectiva de este Tribunal con respecto a la protección especial que merecen las niñas, los niños y los adolescentes.
2. En relación con lo primero, en el proyecto de sentencia se utiliza la noción de “contenido esencial” para hacer referencia a una porción de cada derecho fundamental que es indisponible para el legislador al momento de regularlo. Ese fue, por cierto, el sentido que originalmente tuvo la expresión cuando fue incorporada en las constituciones alemana y española.
3. Sin embargo, con el tránsito del Estado legislativo de Derecho al Estado Constitucional se ha puesto de relieve más claramente que las afectaciones a los derechos (y la necesidad de preservar especialmente su contenido) pueden provenir de distintas fuentes, incluyendo el actuar de los particulares, por cierto. A la luz de ello, la doctrina y la jurisprudencia ha empleado también la idea de “contenido esencial” para referirse a aquella porción que merece ser tutelada especialmente en cualquier caso, frente a cualquier tipo de afectación.
4. Incluso, el Tribunal Constitucional peruano ha usado de distinto modo esta expresión. Así no solo como límite infranqueable, determinado *ab initio*, para el legislador de los derechos fundamentales, sino también como un contenido iusfundamental que solo puede hallarse tras realizar un examen de proporcionalidad; o como aquel contenido iusfundamental protegido directamente por la Constitución que permite la procedencia del amparo, entre otros usos.
5. Asimismo, y si se revisa atentamente la variada jurisprudencia emitida en esta sede, esta noción de “contenido esencial” en realidad no aporta mucho más que

la noción de “contenido de los derechos”, a secas, o a aquella expresión, utilizada por el Código Procesal Constitucional, del “contenido constitucionalmente protegido” de los derechos.

6. Por el contrario, lo que suele generar es confusión, por ejemplo: cuando el Tribunal establece una lista cerrada de lo que es el “contenido esencial” de un derecho, pero luego debe incorporar otros contenidos de este, que también merecen tutela a través del amparo; o cuando, al no definirse la teoría del contenido de los derechos de la que parte, no se sabe cómo determinar correctamente este contenido ni si cabe realizar la ponderación entre bienes protegidos. Esto debe tomarse en cuenta, además de las discrepancias de enorme calado que muchas veces están detrás de las diferentes concepciones sobre este ámbito protegido.
7. En el caso de autos, por ejemplo, se presenta en el proyecto un supuesto “contenido esencial” del derecho a la pluralidad de instancias, del siguiente modo:

“En el caso del derecho a la pluralidad de la instancia, el Tribunal hace notar que una parte de su contenido constitucionalmente irreductible y de no libre disponibilidad del legislador está representado por tareas de organización que este demanda. Su mínimo constitucionalmente *necesario* exige del legislador que, al conformar legalmente el contenido del derecho, prevea, cuando menos, que los órganos jurisdiccionales se encuentren organizados de tal forma que lo resuelto por uno de ellos pueda ser revisado por un tribunal superior. La Constitución no establece un número determinado de instancias que deba institucionalizarse. Solo exige que esta sea ‘plural’, con lo cual el mínimo constitucionalmente debido queda satisfecho asegurándose la organización de una *doble* instancia”.

8. Nótese que en este párrafo, el contenido “irreductible y de no libre disponibilidad” del mencionado derecho aparece conformado por las “tareas de organización que este demanda” (lo cual no alude en realidad a alguno de los ámbitos que busca protegerse) y por la existencia de, cuando menos, una segunda instancia o grado en la estructura de los órganos jurisdiccionales, porque la Constitución usa la palabra “pluralidad” y esta se cumple mínimamente con la existencia de dos instancias o grados, conclusión a la que definitivamente podría haberse llegado sin hacer referencia a la noción de “contenido esencial”.
9. Es más, esta idea de contenido “esencial” (“irreductible”, “intangibile”, “indisponible” o “núcleo duro”) no solamente no sirve para dar certidumbre sobre sus alcances en derechos de estructura compleja o compuesta (como el debido proceso, que a su vez recoge varios derechos que pueden ser comprendidos de forma autónoma).

Tampoco parece tener en cuenta que la Constitución es una norma compleja, sin contenidos absolutos, fijos o predeterminados. En este caso, por ejemplo, tenemos que, a pesar de que la propia Constitución usa la palabra “pluralidad”, reconoce asimismo diferentes formas de impartir justicia que pueden tener una solo grado o instancia jurisdiccional, o en las que intervienen varios órganos con capacidad de revisión pero sin que participen realmente como “instancias” o “grados”. Este Tribunal, por ejemplo, resuelve los procesos de inconstitucionalidad como instancia única, sin que con ello afecte el supuesto “contenido esencial” del derecho a la pluralidad de instancia de los justiciables. Lo que existen, pues, son ámbitos inicialmente protegidos de los derechos, los que son delimitados atendiendo a las circunstancias de los casos concretos. En ese tenor debería, por ejemplo, entenderse la comprensión de la expresión “contenido constitucionalmente protegido, recogida por el Código Procesal Constitucional peruano.

10. Por otra parte, también considero necesario referirme al trato que esta Corte Constitucional brinda a los niños, niñas y adolescentes, tanto al referirse a ellos como a la protección que se les debe. Al respecto, cabe precisar que la protección especial brindada a niños, niñas y adolescentes no significa, de alguna forma, que les pueda considerar como un mero *objeto de protección*, sino más bien como auténticos *sujetos de derechos*. En este sentido, la protección que se les brinda no debe basarse únicamente en su situación de debilidad o vulnerabilidad, y menos aun tenérselos por incapaces o “menores en situación irregular” (como lo sugiere la doctrina de la “minoridad” o de la “situación irregular”). Por el contrario, su protección parte de reconocerlas como personas y está encaminada a la construcción y al fortalecimiento progresivo de su autonomía, así como a la asunción de responsabilidades como futuro ciudadano (doctrina de la “protección integral”). De este modo, la protección especial a favor de niñas, niños y adolescentes está encaminada a fortalecer y permitir el despliegue de sus capacidades, así como a promover su bienestar, y jamás a su anulación o subordinación. A esto, por cierto, no ayuda el uso del término “menor” para hacer referencia a niñas, niños y adolescentes. Por ende, considero que se trata de una expresión debe ser erradicada de las decisiones de este órgano colegiado.
11. En cuanto al principio de interés superior del niño¹, conviene anotar que este se encuentra reconocido por el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño y el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescen-

1 Debo aclarar que, cuando por economía del lenguaje, me refiero aquí al “interés superior del niño”, aludo en realidad al interés superior de la niña, el niño y los adolescentes.

tes. En este último se señala que “toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos”.

12. Asimismo, el Comité de los Derechos del Niño ha indicado, acertadamente, que el interés superior del niño puede concebirse tanto como un derecho sustantivo, como un principio interpretativo y como una norma de procedimiento². Así, ha señalado que es un concepto triple, pudiendo ser:

“a) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales.

b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo.

c) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha

2 Comité de los Derechos del Niño. Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1). CRC/C/GC/14, párr. 6.

basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos.”

13. De manera similar a lo sostenido por el Comité sobre el interés superior del niño como principio *jurídico interpretativo fundamental*, en el proyecto de sentencia se indica que el principio de interés superior del niño, en el ámbito interpretativo, consiste en el “principio interpretativo pro infante”, cuyo alcance ha sido expresado de modo similar al del “principio pro persona” (interpretación más favorable a la persona y aplicación de la disposición más favorable a la persona).
14. Ahora bien, en primer lugar, considero que será mejor utilizar la expresión “criterio” de interpretación y no “principio”. Busco con ello evitar la tremenda confusión que se genera debido al uso variado que se hace de la palabra “principio” en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional (que también usa el término “principio” para hacer referencia a la estructura de las normas o a su carácter objetivo), y reconducirlo en una sentido que técnica y epistemológicamente no se preste a equívocas comprensiones.
15. En segundo lugar, y a diferencia del criterio *pro homine*, considero que el criterio pro infante implicaría además una preferencia o prevalencia interpretativa a favor de los derechos de las niñas, los niños y los adolescentes, incluso frente a los derechos de los adultos o también frente a otros bienes constitucionales valiosos³. Ahora bien, de esto no se desprende inmediatamente que esta prevalencia interpretativa (o mayor peso abstracto) a favor de los niños implique, siempre y en todo los casos, que los derechos de estos vencerán a los bienes con los que se enfrentan: se trata de una priorización *prima facie* que deberá ser determinada caso por caso⁴ (o también, como indica el proyecto de sentencia, este criterio “predispone al juzgador, *prima facie*, la obligación de brindar prevalencia a los derechos e interés de los menores (sic), a no ser que existan razones poderosísimas y absolutamente necesarias en una sociedad democrática, que justifiquen el establecimiento de una regla de precedencia en sentido inverso”⁵).
16. Por último, y en cuanto a la comprensión del principio de interés superior del niño *como norma de procedimiento*, volviendo a lo indicado por el Comité de los

3 Vide STC Exp. N° 02132-2008-AA, f. j. 10; STC Exp. N° 2079-2009-HC, f. j. 13; STC Exp. N° 02132-2008-AA, f. j. 10.

4 Cfr. Voto singular de los magistrados Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera en la STC Exp. N° 08439-2013-HC, f. j. 28.

5 Como aparece en el f. j. 21 de la presente sentencia, STC Exp. N° 01665-2014-HC.

Derechos del Niño al respecto, conviene tener presente que este Tribunal tiene establecido que interés superior del niño implica, además de lo indicado *supra*, la atención preferente y especial de los infantes que participen en procesos judiciales⁶. Ello ocurre tanto para el caso de quienes son víctimas (cuyo testimonio debe ser tomado en cuenta como prueba especialmente relevante⁷) como para los supuestos que involucran a quienes son procesados (por ejemplo, cuyos procesos no deben ser céleres⁸ y con restricciones excepcionales a su libertad personal⁹). Incluso puede añadirse que, conforme a lo dispuesto en el precedente constitucional establecido en la STC Exp. N° 02383-2013-AA (caso Elgo Ríos), la protección especial a la niñez sería uno de los supuestos claros de urgencia “por la magnitud del bien involucrado”, en los que queda excepcionalmente habilitada la vía del amparo, pese a existir una vía igualmente satisfactoria desde una perspectiva objetiva.

Lima, 28 de setiembre de 2015

S.
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

6 STC Exp. N° 03744-2007-HC, f. j. 5,

7 Voto singular de los magistrados Ledesma Narváz y Espinosa-Saldaña Barrera en la STC Exp. N° 08439-2013-HC, f. j. 26. Cfr., además, las sentencias T-078 de 2010 y T-554/03 de la Corte Constitucional de Colombia.

8 STC Exp. N° 00325-2012-HC 5; cfr. la sentencia de la Corte IDH en el caso Fornerón e hija vs. Argentina, de 27 de abril de 2012.

9 Ídem; cfr., la sentencia de la Corte IDH en el caso Bulacio vs. Argentina, de 18 de septiembre de 2003.

Sentencia 05811-2015-HC/TC

Proceso de hábeas corpus interpuesto por Nadine Heredia Alarcón. El Tribunal desestimó la demanda, validando la reapertura de la investigación fiscal contra la recurrente.

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 20 de octubre del 2015

Resumen: El Tribunal declaró infundada la demanda interpuesta por la recurrente, en relación a que se disponga la nulidad de la resolución que apertura una nueva investigación por la presunta comisión del delito de lavado de activos, y de la nulidad de todo tipo de resolución fiscal o judicial emitida en la carpeta de investigación fiscal correspondiente y, como consecuencia, se disponga el archivamiento de dicha investigación preliminar. La recurrente señaló que la misma reabra de manera irracional y arbitraria una nueva investigación penal en su contra por la presunta comisión del delito de lavado de activos sobre hechos que ya han sido materia de investigación en una carpeta fiscal anterior, razón por la cual solicitó se proteja su derecho a la tutela procesal efectiva. También consideró vulnerados el principio del *ne bis in idem* y el derecho a la cosa decidida en sede fiscal.

957

El Tribunal reafirmó que, en aplicación del artículo 201 y la interpretación sistemática del artículo 202 de la Constitución, y conforme a los fundamentos desarrollados en la sentencia, es competente para revisar, vía recurso de agravio constitucional, sentencias estimatorias de segunda instancia o grado en los siguientes supuestos excepcionales: (i) tráfico ilícito de drogas; (ii) lavado de activos; y, (iii) terrorismo.

En el caso específico de una investigación por la presunta comisión de lavado de activos, el Tribunal señaló que los bienes constitucionales afectados serían: la credibilidad y transparencia del sistema financiero, la libre competencia, la estabilidad y seguridad jurídica del Estado, el sistema democrático y la administración de justicia.

El Tribunal analizó las reglas sobre reconversión del proceso y, luego de verificar que se cumplieran los requisitos establecidos en su jurisprudencia, reconvirtió el proceso a uno de amparo, por considerar que la investigación fiscal no configura un agravio di-

recto y concreto del derecho materia de tutela de hábeas corpus, pues las actuaciones fiscales son postulatorias y no decisorias.

De esta manera, el Tribunal determinó que cabía pronunciarse sobre la presunta afectación del principio *ne bis in idem*, confirmando que resulta constitucionalmente legítimo el ejercicio de las facultades de investigación del Ministerio Público, pese a existir un archivamiento primigenio, en dos supuestos: (i) cuando existan elementos probatorios nuevos no conocidos con anterioridad por la autoridad; y, (ii) cuando se aprecia de manera objetiva que la primera investigación, proceso o procedimiento ha sido deficientemente realizado. Así, el Tribunal consideró que en el presente caso la investigación fiscal anterior fue deficiente, por lo que no adquirió la calidad de inamovible, y que ello, sumado a la existencia de nuevos hechos y nuevos sujetos, permite reabrir la investigación fiscal contra la demandante al no lesionarse el principio de *ne bis in idem*.

Temas Claves: Investigación fiscal — *ne bis in idem* — procedencia del recurso de agravio constitucional — reconversión del proceso.

EXP. N.º 05811-2015-PHC
LIMA
NADINE HEREDIA ALARCÓN

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 20 días del mes de octubre de 2015, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Urviola Hani, Presidente; Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada, Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, con los fundamentos de voto de los magistrados Ramos Núñez, Sardón de Taboada, Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera, que se agregan.

ASUNTO

Recursos de agravio constitucional interpuestos por el procurador público a cargo de la defensa jurídica del Ministerio Público y el Fiscal Provincial de la Primera Fiscalía Supraprovincial Corporativa Especializada en delito de lavado de activos y pérdida de dominio, contra la sentencia de fojas 1407, de fecha 14 de agosto de 2015, emitida por la Sexta Sala Penal para procesos con reos libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró fundada la demanda de hábeas corpus de autos.

959

ANTECEDENTES

Con fecha 16 de febrero de 2015, doña Nadine Heredia Alarcón interpuso demanda de hábeas corpus contra el Fiscal Titular de la Primera Fiscalía Supraprovincial Corporativa especializada en delitos de lavado de activos y pérdida de dominio del Ministerio Público, solicitando que se declare nula y sin efecto legal la Resolución N.º 1 del 29 de enero de ese año, emitida en la carpeta de investigación fiscal 480-2014, y como consecuencia de ello, se disponga la nulidad de todo tipo de resolución fiscal o judicial emitida en la carpeta de investigación fiscal 480-2014, y el archivamiento de dicha investigación preliminar.

Se alega que a través de la resolución cuestionada, el Ministerio Público reabre, en su opinión, de manera irracional y arbitraria una nueva investigación penal en su contra por la presunta comisión del delito de lavado de activos, sobre hechos que ya han sido materia de investigación en la carpeta fiscal 122-2009, por la Segunda Fiscalía

Provincial Especializada en Criminalidad Organizada, razón por la cual solicita se tutele su derecho a la tutela procesal efectiva. Sostiene que el contenido principal de la presunción de inocencia comprende la interdicción constitucional de la sospecha permanente. De ahí que resulte irrazonable que una persona se halle en un estado permanente de investigación fiscal o judicial. Sin embargo, refiere que si bien es cierto que toda persona es susceptible de ser investigada, ello debe ser en concurrencia con la existencia de una causa probable y la búsqueda razonable de la comisión de un ilícito penal.

De otro lado, asegura que se ha vulnerado el principio del *ne bis in idem* y el derecho a la cosa decidida en sede fiscal, pues considera que las resoluciones que declaran no ha lugar a formalizar denuncia penal adquieren un estatus inamovible o cosa decidida, quedando abierta la posibilidad de reabrir la investigación solo si se presentan dos supuestos que se sustentan en el principio de seguridad jurídica: a) cuando existan nuevos elementos probatorios no conocidos con anterioridad por el Ministerio Público, o, b) cuando la investigación ha sido deficientemente realizada.

Agrega la demandante que a través de la carpeta fiscal 122-2009, el Ministerio Público la investigó a profundidad por los mismos hechos por los que hoy, nuevamente, se pretende investigarla a través de la carpeta fiscal 480-2014, pese a que en la primera investigación, luego de once meses y de la realización de todas las diligencias necesarias para el esclarecimiento del delito investigado, se dispuso su archivamiento por parte del Fiscal Superior competente, más aún cuando, en dicha oportunidad, la procuraduría pública no solicitó ningún tipo de acto de investigación u ofrecimiento de pruebas adicionales. Asimismo, refiere que en la carpeta fiscal 122-2009, sí se llegó a analizar el delito de lavado de activos, procediéndose a desestimar su existencia como tal. Y que en la carpeta fiscal 480-2014, no se evidencia la existencia de un hecho nuevo que amerite una nueva investigación penal.

El procurador público a cargo de la Defensa Jurídica del Ministerio Público contestó la demanda y solicitó que sea declarada improcedente, por estimar que la pretensión demandada carece de contenido constitucionalmente protegido, y que no existe ni afectación ni amenaza al derecho a la libertad individual en la medida en que los actuados aún se encuentran en sede fiscal. Asimismo, sostiene que la demandante pretende evitar que se le investigue por la presunta comisión del delito de lavado de activos. Refiere que no existe inminencia de lesión de su derecho a la libertad individual, ni certeza del acto vulnerador de su derecho invocado, pues la demandante solo presume que el fiscal demandado, al instaurar investigación preliminar en su contra, la va a encontrar responsable de la comisión del delito de lavado de activos, sacando conclusiones por adelantado sin que hayan culminado las investigaciones al respecto.

Señala que la investigación preliminar en la carpeta fiscal 480-2014 nace a partir de la denuncia de parte del 24 de noviembre de 2014, efectuada por el ciudadano Carlos Huerta Escate, tomando en cuenta los hechos nuevos puestos a conocimiento del despacho del fiscal emplazado, razón por la cual era necesario determinar o desvirtuar la existencia de incremento patrimonial injustificado de la demandante y su entorno familiar. Finalmente, manifiesta que la demanda ha sido planteada a fin de que se tutele el derecho al debido proceso de la recurrente, sin que exista conexidad de dicho derecho con la libertad personal, y que la decisión adoptada en la carpeta fiscal 122-2009 no constituye cosa decidida, dado que fue deficientemente desarrollada, pues no se efectuó una pericia contable que permitiese verificar si existía o no un desbalance patrimonial en los sujetos sometidos a investigación; ni se efectuó una investigación que abarque el origen de los fondos con los que se habrían efectuado los depósitos en las cuentas bancarias de Nadine Heredia Alarcón.

El Cuadragésimo Tercer Juzgado Penal de Lima, mediante sentencia de fecha 8 de junio de 2015, declaró fundada en parte la demanda por afectación del derecho al debido proceso (*ne bis in idem*) en el extremo referido al inicio de investigación preliminar contra la demandante con el propósito de determinar la procedencia y destino de los ingresos analizados en la investigación 122-2009; en consecuencia, nula la Resolución N.º 1 del 29 de enero de 2015, emitida en la carpeta fiscal 480-2014, y nulos todos los actos posteriores que se deriven de la referida investigación fiscal. Por otro lado, ordenó al Ministerio Público que se abstenga de continuar investigando sobre los hechos que ya han merecido investigación en la carpeta fiscal 122-2009, entre el periodo del 20 de octubre de 2005 al 5 de marzo de 2009; y declaró infundada la demanda en lo demás que contiene. A consideración del juez constitucional de primer grado, la investigación llevada a cabo a través de la carpeta fiscal 122-2009 y su resultado ostentan la condición de cosa decidida, dado que fue revisada en dos instancias que llegaron a la misma conclusión de declarar no ha lugar a formular denuncia penal en contra de la demandante; y que existe triple identidad entre las investigaciones realizadas en las carpetas fiscales 122-2009 y 480-2014. Argumenta que no resulta aplicable al caso el criterio establecido en la STC 02725-2008-PHC/TC, dado que este solo es permitido cuando las resoluciones fiscales no se pronuncien sobre la ilicitud de los hechos denunciados, puesto que a través de la carpeta fiscal 122-2009 se archivó la investigación por haberse acreditado el origen lícito de las transferencias de dinero hacia doña Nadine Heredia Alarcón entre el 20 de octubre de 2005 y el 5 de marzo de 2009.

La Sala superior competente confirmó la apelada en el extremo referido a la inviabilidad de la prosecución de indagaciones efectuadas en la carpeta fiscal 122-2009; la revocó en el extremo que declaró infundada la demanda, y, reformándola, declaró

fundada la pretensión accesoria. En consecuencia, declararon nula la Resolución N.º 1 del 29 de enero de 2015, emitida en la carpeta fiscal 480-2014, e insubsistente todo lo actuado en sede fiscal, ordenando el archivo definitivo de dicha carpeta fiscal para todos sus efectos. El *ad quem* sostiene que, aunque resulta cierto que no hay un escrupuloso examen de algunas vertientes argumentativas expresadas por la fiscalía en la carpeta fiscal 122-2009, ello es irrelevante, toda vez que el grueso de los yerros en la reapertura de la investigación y la propia carpeta 480-2014 afectarían el derecho de defensa y resultarían irregulares, dado que la investigación efectuada por el fiscal emplazado no indica a qué delito se encontrarían vinculados los fondos considerados ilícitos, además de carecer de indicios concurrentes como lo exige el Decreto Legislativo 986.

Mediante resolución de fecha 4 de setiembre de 2015, la Sala superior aclara la sentencia de vista en el extremo resolutivo, en el sentido de que el archivo definitivo de la carpeta fiscal 480-2014 comprende tanto a doña Nadine Heredia Alarcón como a los demás investigados en dicha carpeta.

El procurador público a cargo de la defensa jurídica del Ministerio Público y el Fiscal emplazado interponen por separado recursos de agravio constitucional, invocando el supuesto excepcional de procedencia regulado por la STC 2748-2010-PHC/TC, a fin de que se revoque la sentencia de vista en todos sus extremos.

962

FUNDAMENTOS

Sobre la procedencia del recurso de agravio constitucional excepcional por vulneración del orden constitucional

1. A través de la STC 02748-2010-HC/TC y la STC 01711-2014-HC/TC, el Tribunal Constitucional estableció como doctrina jurisprudencial vinculante la procedencia del recurso de agravio constitucional a fin de que esta instancia revise, en forma excepcional, la sentencia estimatoria emitida en un proceso constitucional destinado a la revisión judicial de procesos penales sobre lavado de activos, entre otros casos.
2. Sobre el particular, cabe mencionar que la responsabilidad principal de un Tribunal Constitucional es asegurar una interpretación del ordenamiento jurídico conforme a la Constitución. Lo previsto en la Constitución y lo que se desprende razonablemente de ella es, sin duda alguna, el punto de partida y, a la vez, el parámetro a la labor de todo intérprete vinculante de la Constitución.
3. Ahora bien, lo señalado implica tener presente varios aspectos, entre ellos que la Constitución contiene un conjunto de disposiciones que no pueden ser com-

prendidas de manera aislada entre sí. Por lo mismo, las diferentes disposiciones constitucionales deben ser leídas de manera sistemática, ya sea con otras disposiciones constitucionales o con disposiciones recogidas en tratados de los cuales el Perú es parte.

4. En este sentido, conviene tener presente lo señalado en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, la cual obliga a desarrollar una comprensión de esta misma Constitución y del ordenamiento jurídico peruano de acuerdo con lo establecido en los tratados sobre derechos humanos de los cuales el Perú es parte. A ello debe añadirse como también cuenta en esta interpretación la jurisprudencia emitida por los organismos con interpretación vinculante de esos tratados, tal como bien lo señala el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.
5. En esa misma línea de pensamiento, existen pronunciamientos del Tribunal Constitucional donde incluso se ha dicho que una interpretación literal y aislada de una disposición constitucional puede más bien ser una alternativa inconstitucional. En ese tener lo resuelto en la STC 05854-2005-AA, caso Lizana Puellas. En esa sentencia este Tribunal Constitucional procede a realizar una interpretación sistemática de lo previsto en varias disposiciones constitucionales y de lo recogido a nivel convencional, para luego así habilitar una interpretación donde no se deja exenta de control de constitucionalidad la actuación del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral.
6. Precisamente, cuando este Tribunal afirmó (STC 02663-2009-HC/TC, fundamento 9) que “en aplicación del artículo 201 de la Constitución, más allá de los supuestos establecidos en el artículo 202 de la misma, es competente para revisar, vía RAC, las sentencias estimatorias que bajo el pretexto de proteger ciertos derechos fundamentales, convaliden la vulneración real de los mismos o constitucionalicen situaciones en las que se ha producido un abuso de derecho o la aplicación fraudulenta de la Constitución; todo ello, en abierta contravención de los dispositivos, principios y valores materiales de la Constitución”, realizó una interpretación del inciso 2 del artículo 202 según el principio de unidad de la Constitución.
7. De otro lado, no debe descartarse *ab initio* que una sentencia estimatoria de segundo grado pueda ser lesiva de otros bienes constitucionales. Su calidad de estimatoria no implica necesariamente que sea conforme a la Constitución. Su verificación está por tanto abierta al control por parte del Tribunal Constitucional a través del recurso de agravio constitucional; más aún, cuando se trata de preservar el orden constitucional. De acuerdo con la jurisprudencia de este

Tribunal, dicho recurso procede también, inclusive cuando se trate de sentencias estimatorias de segundo grado, de manera excepcional, en los siguientes casos: a) tráfico ilícito de drogas, b) lavado de activos, c) terrorismo (STC 01711-2014-PHC/TC, FJ 4).

8. Al respecto, en la STC 02748-2010-HC/TC (FJ 15) se ha afirmado que

los delitos de tráfico ilícito de drogas y lavado de activos, constituyen ilícitos de carácter pluriofensivo, en la medida que ponen en estado de alarma y peligro a las bases sociales y amenazan la propia existencia del Estado. Es por ello, que la obligación constitucional del Estado peruano, (...) ‘no debe agotarse en la mera descripción típica de las conductas delictivas en el Código Penal y en las leyes especiales, criminalizando el delito de tráfico ilícito de drogas [y sus derivaciones], con penas severas proporcionales a los bienes constitucionalmente protegidos que se afligen, sino que además para llegar a tal cometido debe procurarse el establecimiento de procedimientos de investigación eficientes, es decir, que objetivamente demuestren resultados cada vez más eficaces; lo contrario, significaría incurrir en una infracción constitucional por parte de las autoridades competentes para ello’ (...). En ese sentido, (...) en los procesos constitucionales en que se haya dictado sentencia estimatoria de segundo grado relacionados con el delito de tráfico ilícito de drogas y/o lavado de activos, excepcionalmente, la Procuraduría del Estado correspondiente se encuentra habilitada independientemente del plazo— para la interposición de un recurso de agravio constitucional especial, el mismo que deberá ser concedido por las instancias judiciales.

964

9. Esta doctrina jurisprudencial establecida en aplicación del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional se refiere no solo a casos de tráfico ilícito de drogas, sino también al delito de lavado de activos en tanto delito autónomo. Ello puede apreciarse en las consideraciones vertidas en los fundamentos 2, 8, 11, 15, 16, así como en los puntos 2 y 3 de la parte resolutive de la sentencia citada. De tales argumentos se desprende que el Tribunal Constitucional ha considerado al delito de lavado de activos también como un delito autónomo. Por ello, en la sentencia se alude al “tráfico ilícito de drogas y/o lavado de activos”, y lo hizo “consciente de la problemática del país y de la política de interés nacional de lucha contra el tráfico ilícito de drogas y la criminalidad organizada”. Es decir, por su gravedad no solo para el orden jurídico, sino también para la sociedad.
10. En el caso concreto se trata de un proceso de hábeas corpus relacionado con una investigación fiscal por la presunta comisión del delito de lavado de activos. La comisión de este delito ha sido considerado por el Tribunal Constitucional como

pluriofensivo, dado que afecta diferentes y específicos bienes constitucionales como los siguientes:

- La *credibilidad y transparencia del sistema financiero* (artículo 84 de la Constitución): los capitales financieros se colocan ahí donde el sistema mismo es fiable y transparente, y no en aquellos donde existe inseguridad y sospecha sobre la procedencia de los activos que ingresan al sistema económico a través de los instrumentos financieros legales.
- La *libre competencia* (artículo 61 de la Constitución): ningún agente económico del sistema financiero que obtiene sus activos de manera legal y leal, puede competir en igualdad de condiciones con aquellos agentes que cuentan con activos originados en ilícitos.
- La *estabilidad y seguridad del Estado* (artículo 44 de la Constitución): la sofisticación cada vez más creciente de las formas de “legalizar” dinero proveniente de actividades ilícitas de un particular o de organizaciones criminales nacionales o internacionales, desestabiliza y genera inseguridad en el Estados y en la sociedad.
- El *sistema democrático* (artículo 43 de la Constitución): toda democracia se asienta no solo en la libertad, igualdad y propiedad, sino también en la estimulación permanente de creación de riqueza como señala el artículo 59 de la Constitución; sin embargo, la creación de riqueza a la que se alude es aquella que se genera mediante instrumentos y actividades permitidas legalmente, mas no aquellas que provienen de actividades ilícitas.
- La *administración de justicia* (artículo 139 de la Constitución), por cuanto el delito de lavado de activos dificulta y obstaculiza ostensiblemente el proceso de investigación llevado a cabo por las autoridades competentes.

11. Por ello, este Tribunal considera que, en aplicación del artículo 201, de una interpretación sistemática del artículo 202 de la Constitución y conforme a lo expuesto en los párrafos precedentes, es competente para revisar, vía recurso de agravio constitucional, específicas sentencias estimatorias en los siguientes casos: a) tráfico ilícito de drogas, b) lavado de activos; y, c) terrorismo.
 12. De otro lado, la investigación de lavado de activos iniciada contra la demandante debe dilucidar si se ha afectado el artículo 35 de la Constitución, que establece como bien tutelado, en lo que le resulte aplicable, “la transparencia en cuanto al origen de (los) recursos económicos (de las organizaciones políticas)”;
- disposición constitucional que es desarrollada por la Ley 28094, Ley de Partidos Políticos.

13. Por ello, este Tribunal considera que, en aplicación del artículo 201, de una interpretación sistemática del artículo 202 de la Constitución y conforme a lo expuesto en los párrafos precedentes, es competente para revisar, vía recurso de agravio constitucional, específicas sentencias estimatorias en los siguientes casos: a) tráfico ilícito de drogas, b) lavado de activos; y, c) terrorismo.

Delimitación de la pretensión materia de los recursos de agravio constitucional interpuestos contra la sentencia de segunda instancia

14. El procurador público a cargo de la defensa jurídica del Ministerio Público sostiene que la sentencia de vista:
- Contiene una motivación aparente al haber expresado erróneamente que la investigación recaída en la carpeta fiscal 480-2014, vulnera el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libertad personal.
 - No ha tomado en consideración que las actuaciones del Ministerio Público son postulatorias y en ningún caso decisorias, por lo que no existe amenaza o violación del derecho a la libertad personal.
 - No motiva las razones por las que estima la demanda de hábeas corpus.
 - Desconoce la legislación y doctrina nacional, así como las sentencias del Tribunal Constitucional sobre la flexibilidad del principio de imputación necesaria en la investigación o diligencias preliminares en el delito de lavado de activos y la autonomía del delito previo en relación con este delito.
 - Desconoce las excepciones establecidas por el Tribunal Constitucional sobre la institución de la cosa decidida.
15. Por su parte, el fiscal emplazado sostiene, entre otros argumentos, que la sentencia de vista no hace un adecuado análisis para verificar la existencia o no de los tres elementos que constituyen la cosa decidida y el *ne bis in idem*, pues: a) no se distingue ni diferencian los hechos investigados en cada carpeta fiscal; b) en la carpeta 122-2009 no existen pericias contables que permitan sostener que ha existido una investigación seria y objetiva de todas las transacciones económicas de la demandante; c) no se distingue la temporalidad concreta de los hechos entre las dos investigaciones fiscales seguidas contra doña Nadine Heredia Alarcón; y, d) no se ha considerado que las personas comprendidas en ambas investigaciones no son exactamente las mismas.
16. Teniendo en cuenta los argumentos presentados en los recursos de agravio constitucional, se aprecia que la pretensión de la parte emplazada está destinada a que se revise la sentencia de vista y se verifique si se encuentra o no debidamente motivada, conforme a la Constitución, la ley y la jurisprudencia.

Análisis de la controversia

Sobre la procedencia de la demanda

17. De los argumentos planteados en los recursos de agravio constitucional, se aprecia que son varias las objeciones que se alegan con relación a la regularidad de la emisión de la sentencia de segundo grado, principalmente vinculadas con la justificación brindada para estimar la demanda de hábeas corpus.
18. Por ello, es importante recalcar la línea jurisprudencial de larga data que este Tribunal Constitucional tiene con relación a la procedibilidad del hábeas corpus, como proceso constitucional de tutela del derecho a la libertad individual y que se desprende del propio Texto Constitucional. Así,

el artículo 200, inciso 1, de la Constitución establece expresamente que el hábeas corpus procede cuando se vulnera o amenaza la libertad personal o los derechos constitucionales conexos a ella. No obstante, no cualquier reclamo formulado por una presunta afectación del derecho a la libertad individual o de sus derechos conexos puede dar lugar al análisis del fondo de la materia cuestionada mediante el hábeas corpus, pues para que ello ocurra el hecho denunciado necesariamente debe redundar en un agravio del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la libertad personal. Por ello, el artículo 5, inciso 1, del Código Procesal Constitucional prevé que “*no proceden los procesos constitucionales cuando: (...) los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado.*”

Que respecto a la procedencia del hábeas corpus, este Tribunal, en reiterada jurisprudencia, ha precisado que si bien el juez constitucional puede pronunciarse sobre la eventual violación o amenaza de violación a los derechos constitucionales conexos, tales como los derechos al debido proceso, de defensa, a la tutela procesal efectiva, etc., ello ha de ser posible siempre que exista conexión entre estos derechos y el derecho a la libertad personal, de modo que la amenaza o violación al derecho constitucional conexo incida también, en cada caso, en una afectación directa y concreta en el derecho a la libertad individual”. (ATC 02293-2014-HC/TC, este criterio ha sido también ampliamente recogido en otros pronunciamientos: Cfr. 00520-2014-HC/TC, STC 01524-2014-HC/TC, STC 01608-2013-HC/TC, ATC 07716-2013-HC/TC, ATC 03034-2013-HC/TC, RTC 339-2014, RTC 00498-2014-PHC/TC, RTC 05323-2011-PHC/TC, RTC 04929-2011-PHC/TC, RTC 05309-2011-PHC/TC, RTC 03288-2012-PHC/TC, RTC 00001-2014-PHC/TC, RTC 00226-2014-PHC/TC, etc).

19. En tal sentido, para este Tribunal queda claro que la revisión de los procesos de hábeas corpus, necesariamente debe involucrar una amenaza o afectación del derecho a la libertad individual o de algún derecho que presente conexidad directa con este derecho, cuyo perjuicio recaiga en el beneficiario de dicho proceso.
20. En ese orden de ideas, cabe precisar que la sentencia de segundo grado emitida en los presentes autos ha justificado la procedencia de la demanda de la recurrente con la siguiente argumentación:

la pretensión encuadra dentro de los alcances del inciso 13 [del artículo 25 del Código Procesal Constitucional], pues se funda en la arbitrariedad del ente persecutor, si bien la norma específicamente se refiere a actos policiales, ello no excluye a cualquier ente persecutor que, tenga como fin, la apertura de una investigación penal, toda vez que la protección de la norma, entendemos, se sustenta en el artículo 1 de la Constitución en concordancia con el inciso 1 del artículo 2, en cuanto garantizan la dignidad, la integridad moral, física, como el bienestar de toda persona residente, nacional o no, en el país. (...) (sic, f. 1408).

- 968
21. Como es de verse, la justificación aludida aparenta razonabilidad en términos jurídicos, dado que la Sala Penal para procesos con reos libres de la Corte Superior de Justicia de Lima efectúa una interpretación extensiva del supuesto contenido en el inciso 13 del artículo 25 del Código Procesal Constitucional, con relación a la tutela que se pudiese brindar a través del proceso de hábeas corpus, entendiendo que dicho supuesto incluye al Ministerio Público en su calidad de titular de la acción penal, persecutor del crimen. Sin embargo, es importante recordar que la procedibilidad de una demanda constitucional no se encuentra sujeta solo al ejercicio del derecho de acción, pues su especial naturaleza tuitiva requiere de la exposición y meritoria acreditación de hechos cuya presunta amenaza o lesión recaiga directamente en el contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado, cuya tutela resulte urgente. Por ello,

Este Tribunal en reiterada jurisprudencia ha precisado que si bien la actividad del Ministerio Público en la investigación preliminar del delito, al abrir investigación y emitir dictámenes se encuentra vinculadas al principio de interdicción de la arbitrariedad y al debido proceso, tales actos no configuran un agravio directo y concreto del derecho materia de tutela de hábeas corpus. Las actuaciones del Ministerio Público (...) son postulatorias y en ningún caso decisorias sobre lo que la judicatura resuelva” (STC 00270-2013-HC/TC, fundamento 2).

22. En tal sentido, aun cuando la interpretación efectuada por la Sala revisora pareciera razonable en términos jurídicos, ello no termina por justificar la procedibilidad de la demanda de hábeas corpus de autos, pues su finalidad es cuestionar la ampliación de investigaciones dispuestas por un fiscal en el ejercicio de sus funciones constitucionales y legales, sin justificar, suficientemente, la existencia de alguna amenaza o afectación de su derecho a la libertad individual, o algún derecho conexo con ella que, en términos reales, incida en tal derecho. Ocurre todo lo contrario: la propia recurrente admite a fojas 14 de la demanda que la actuación fiscal que denuncia no incide de manera negativa en su libertad personal; hecho que a todas luces demuestra que su pretensión no se encuentra referida en forma directa al contenido constitucionalmente protegido de su derecho a la libertad individual y/o sus derechos conexos.
23. Lo expuesto constituiría razón suficiente para declarar la improcedencia de la demanda de *habeas corpus*. Sin embargo, pese a cuán discutible resulta que la accionante, al interponer la demanda de *habeas corpus*, en lugar de un amparo, conviene verificar, dada la naturaleza del presente caso, si se presentan los presupuestos para reconvertir el proceso en uno de amparo y así emitir pronunciamiento de fondo sobre si se ha afectado o no el principio *ne bis in idem* en agravio de la demandante.
24. Al respecto, cabe mencionar que algunos de los principios que sustentan la excepcional figura de la reconversión son los de suplencia de queja deficiente o el de adecuación de las formalidades al logro de los fines de los procesos constitucionales. En concreto, la suplencia de queja es la facultad de los jueces constitucionales para adecuar las pretensiones de los quejosos cuando se advierta un error o una omisión en el petitorio de su demanda y se sustenta en el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, que exige al juez constitucional la relativización de las formalidades, presupuestos y requisitos cuando así lo justifique el cumplimiento de los fines de los procesos constitucionales.
25. En este sentido, conviene observar que, en principio, más que hacer frente a una amenaza cierta e inminente al derecho a la libertad personal, nos encontramos ante la alegación de la vulneración del principio-derecho *ne bis in idem* a través de la apertura de una segunda investigación fiscal por lavado de activos a doña Nadine Heredia Alarcón. Siendo ese el derecho invocado y la investigación el supuesto acto lesivo, estamos, pues, ante una pretensión que en puridad debería abordarse mediante el proceso de amparo, siempre y cuando cumpla con las reglas establecidas por mismo Tribunal para la reconversión de procesos.

26. Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la reconversión debe guiarse por las siguientes reglas: i) no es obligatoria para los jueces constitucionales de primera instancia, mas sí para los de segunda y última instancia; ii) deberá observar que el plazo de prescripción de la demanda no haya vencido; iii) deberá verificar la legitimidad para obrar del demandante; iv) en ningún caso se podrá variar el petitorio ni la fundamentación fáctica de la demanda; v) ha de existir riesgo de irreparabilidad del derecho; vi) solo si existe una necesidad apremiante de evitar la ocurrencia de un daño irreparable en los derechos fundamentales involucrados; y, vii) deberá preservar el derecho de defensa del demandado.
27. En el caso que se analiza, el proceso se encuentra en sede del Tribunal Constitucional. A su vez, la demanda de *habeas corpus* se interpuso el 16 de febrero de 2015 contra la Resolución 1 del 29 de enero de 2015, en la que se abre una nueva investigación fiscal contra la accionante. En el amparo contra resoluciones judiciales, el plazo para interponer una demanda es de 30 días hábiles (artículo 44 del Código Procesal Constitucional), de modo que la demandante también habría cumplido con el requisito de presentar su demanda dentro del plazo fijado para interponer la demanda de amparo. De otro lado, en la medida en que el *habeas corpus* ha sido interpuesto por la propia accionante, tampoco existe cuestionamiento respecto de su legitimidad para obrar.
28. De igual modo, no existe variación del petitorio o fundamentación fáctica del caso. En cuanto a la irreparabilidad del derecho y/o a la urgencia del caso, cabe precisar que la definición respecto del cuestionamiento de una doble apertura de investigación fiscal a la demandante (*ne bis in idem* en el ámbito fiscal), así como el interés público que supone dicha investigación, dado el presunto enriquecimiento patrimonial aparentemente producto de lavado de activos, justifica la mayor celeridad y el examen urgente del Tribunal Constitucional. Finalmente, cabe destacar que los emplazados se han apersonado al proceso y ejercido plenamente su derecho de defensa. En consecuencia, habiéndose cumplido los requisitos para proceder a la reconversión del presente proceso, toca ahora examinar si en el presente caso se ha vulnerado o no el principio *ne bis in idem* en perjuicio de la accionante.

Análisis extraordinario de la pretensión: principio ne bis in idem y las investigaciones fiscales materia de cuestionamiento

29. El análisis que corresponde efectuar sobre los actuados se centra en determinar si es legítimo en términos constitucionales investigar por segunda vez a la demandante respecto a los hechos vinculados a presuntos depósitos dinerarios que ha venido recibiendo en sus cuentas bancarias, dado que, según ha sostenido

a lo largo del presente proceso, estos hechos ya han investigados a través de la carpeta fiscal 122-2009, en la que luego de once meses y de la realización de todas las diligencias necesarias para el esclarecimiento del delito investigado, se dispuso su archivamiento por parte del Fiscal Superior competente, sin que en dicha oportunidad la procuraduría pública solicitara algún acto de investigación u ofrecimiento de pruebas adicionales.

30. Al respecto, cabe precisar que este Tribunal ha establecido que la decisión fiscal de *no ha lugar a formalizar denuncia penal* genera un estatus inamovible, por dos razones:

a) La posición constitucional del Ministerio Público, lo encumbra como el único órgano persecutor autorizado a promover el ejercicio público de la acción penal, es decir, ostenta el monopolio acusatorio que le asigna el artículo 159° de la Constitución Política, en otras palabras, es el fiscal quien decide qué persona debe ser llevada ante los tribunales por la presunta comisión de un delito; b) Si bien las resoluciones de archivo del Ministerio Público no están revestidas de la calidad de la cosa juzgada, sin embargo, tienen la naturaleza de *cosa decidida* que las hace plausibles de seguridad jurídica. Este Tribunal ha señalado en precedente sentencia (Exp. N° 0413-2000-AA/TC. FJ. 3. Caso: Ingrid del Rosario Peña Alvarado), que el principio de *cosa decidida* forma parte del derecho fundamental al debido proceso en sede administrativa, por lo que, frente a su transgresión o amenaza, necesariamente se impone el otorgamiento de la tutela constitucional correspondiente. Es necesario acotar que, el fiscal no es una simple autoridad administrativa, pues su actividad se orienta a la legalidad y no a los intereses administrativos o de los administrados.

Se trata, entonces, de una decisión discrecional que implica una valoración de hechos e interpretación de disposiciones en mérito de la cual se decide si se está técnicamente en condiciones de ejercer la acción penal y cuál es el modo más adecuado de hacerlo, pero sin soslayar que, los actos del Ministerio Público, no se legitiman, ‘desde la perspectiva constitucional, en sí misma, sino a partir del respeto pleno del conjunto de valores, principios constitucionales y de los derechos fundamentales de la persona, de conformidad con el artículo 1° de la Constitución’”. (STC 2725-2008-PHC/TC, fundamentos 16 y 17).

31. Sin embargo, dicho estatus se adquiere únicamente si la investigación fiscal ha cumplido, en términos razonables, con agotar la actividad necesaria para definir la atipicidad del hecho investigado. Por ello, es posible afirmar que resulta cons-

titucionalmente legítimo el ejercicio de las facultades de investigación del Ministerio Público, pese a existir un archivamiento primigenio, en dos supuestos:

a) *Cuando existan elementos probatorios nuevos no conocidos con anterioridad por la autoridad.* [La justificación de una nueva investigación del Ministerio Público debe sustentarse en la existencia de nuevos medios probatorios cuya falta de conocimiento en la primera investigación, hubieran permitido variar el sentido de la primera decisión]. De este modo, una segunda investigación, proceso o procedimiento solo puede estar justificada si existen elementos probatorios nuevos no conocidos con anterioridad por la autoridad y que hagan posible o que revelen la necesidad de una nueva investigación de la conducta ilícita. Por tanto, la nueva investigación, proceso o procedimiento no puede estar sustentada en los mismos elementos de prueba que dieron lugar a la primera decisión y que tiene la calidad de cosa juzgada o cosa decidida. [...].

b) *Cuando se aprecia de manera objetiva que la primera investigación, proceso o procedimiento ha sido deficientemente realizado.* [Una segunda investigación encuentra] su justificación en la necesidad de que la primera decisión sea obtenida en el marco de una investigación, proceso o procedimiento jurídicamente válido. Es decir, corresponde verificar de manera objetiva si la primera investigación, proceso o procedimiento ha sido realizado observando los derechos y principios constitucionales, los procedimientos establecidos y las diligencias y actuaciones necesarias y relevantes para el esclarecimiento de la [presunta] conducta ilícita, a fin de que la decisión definida y definitiva válidamente produzca la calidad de cosa juzgada o cosa decidida. Por tanto, una primera decisión obtenida en el marco de una investigación, proceso o procedimiento objetiva y razonablemente deficiente queda claro que no puede ser considerado como jurídicamente válido". (Cfr. 2493-2012-PA/TC, fundamento 6).

972

32. En el presente caso, corresponde evaluar cuáles fueron los términos del archivamiento de la investigación desarrollada en la carpeta fiscal 122-2009, a fin de verificar si existe o no lesión al principio *ne bis in idem* y, por lo tanto, si es o no posible una segunda investigación por parte del Ministerio Público.
33. Cabe recordar que en reiterada jurisprudencia, este Tribunal ha manifestado que el *ne bis in idem* es un principio que informa la potestad sancionadora del Estado, el cual impide, que una persona sea sancionada o procesada dos veces por una misma infracción pese a la existencia de *identidad de sujeto*,

hecho y fundamento. Con ello se impide, por un lado, la dualidad de sanciones como de procedimientos cuando concurra la referida triple identidad entre ambos procesos” (Cfr. STC 10192-2006-HC/TC y STC 1604-2013-HC/TC).

34. En el caso de autos, el Fiscal Provincial de la Segunda Fiscalía Especializada en Criminalidad Organizada, don Eduardo Octavio Castañeda Garay, mediante Disposición Fiscal de fecha 22 de abril de 2010, declaró no ha lugar a la formalización de denuncia penal contra doña Nadine Heredia Alarcón, por considerar que las diversas operaciones bancarias efectuadas a su favor, entre el 20 de octubre de 2005 y el 5 de marzo del 2009, se encontraban debidamente justificadas con los contratos, recibos por honorarios, declaraciones juradas anuales de impuesto a la renta presentadas durante la investigación y las declaraciones de los investigados (Cfr. considerando segundo, f. 1078 y 1079). Asimismo, el referido fiscal, pese a verificar la existencia de antecedentes judiciales de los investigados Ilan Paul Heredia Alarcón (investigación archivada por lavado de activos) y Arturo José Belaúnde Guzmán (denuncias por delitos de estafa y falsedad genérica, falsificación documentaria, falsedad ideológica, fe pública y receptación), consideró lo siguiente:

precisando la Ley 27765 –Ley de Lavado de Activos– que el origen ilícito referido debe guardar correspondencia con los delitos tráfico ilícito de drogas, terrorismo, delitos contra la administración pública, secuestro, extorsión, proxenetismo, trata de personas, tráfico ilícito de migrantes, defraudación tributaria, contra el patrimonio en su forma agravada, delitos aduaneros u otros similares que generen ganancias ilegales –siendo los criterios de similitud la complejidad de las conductas ilícitas y la forma organizada de criminalidad– no se encuentra en la información analizada en el presente caso, respecto del investigado Belaunde Guzmán, vinculación ninguna con los ilícitos a los que se refiere la norma acotada a efectos de considerarse como delito precedente de Lavado de Activos, por lo que, en atención al principio de legalidad establecido en nuestra Constitución Política, las conductas desarrolladas por éste resultan atípicas.

Cuarto: Por las consideraciones antes expuestas, resulta acreditado el origen lícito de las transferencias de dinero que, por su modalidad, motivaron la presente investigación siendo que las actividades desarrolladas por los investigados no se encuadran en las formas típicas de conversión, transferencia, adquisición, utilización, guarda, custodia, recepción, ocultamiento o tenencia de dinero, bienes, efectos y ganancias de origen ilícito propias

del delito de Lavado de Activos; en consecuencia esta Fiscalía Especializada, en uso de sus atribuciones conferidas en el Decreto Legislativo 052 –Ley Orgánica del Ministerio Público–”.

35. Contra dicha decisión, la Procuradora Pública Especializada en Delitos de Lavado de Activos y Procesos de Pérdida de Dominio, doña Amelia Julia Príncipe Trujillo, promovió una queja de Derecho, la cual fue resuelta por el Fiscal Superior Penal de Lima, don Mateo G. Castañeda Segovia, mediante Disposición Fiscal de fecha 5 de julio de 2010, que confirmó la decisión del Fiscal Provincial, por las siguientes consideraciones:

En cuanto a que ‘*no se ha efectuado una adecuada investigación de los hechos*’ y a que ‘*si bien es cierto la investigada ha presentado supuestos contratos y recibos por honorarios profesionales, ello no significa que esté actuando necesariamente dentro del marco de legalidad*’, esta Fiscalía Superior considera que la investigación preliminar en el presente caso ha cumplido con los estándares y estrategias del FECOR en la investigación de delitos lavado de activos, investigaciones delicadas en las cuales resulta muy importante determinar cual es el delito precedente o delito fuente y asimismo precisar durante la investigación y especialmente al final de ella cual es la conducta concreta del lavado de activos cometidos dentro del amplio repertorio de conductas previstas en la Ley.

974

En lo referente a que ‘*no se ha realizado una pericia contable a fin de verificar si estos dineros han salido o no de las empresas para las que supuestamente prestó servicios profesionales la investigada, pudiendo tratarse de empresas fachada*’, esta Fiscalía Superior considera que el Fiscal Provincial decide su estrategia de la investigación y dentro de ella y de acuerdo a sus avances puede disponer la realización de pericias contables decidiendo también el objeto de ellas, es él quien debe decidirlo; no se deciden pericias de fórmula o de ritual investigativo, sino cuando resulta necesario y útil al éxito de la investigación, en el presente caso, no existe delito precedente ni la precisión de una imputación concreta en torno a alguna conducta de lavado de activos [...] es absolutamente prescindible la pericia reclamada por la Procuraduría Pública del Estado.

En cuanto al extremo [de no haberse solicitado vía carta rogatoria las declaraciones de los representantes de las empresas a las que prestó servicios la investigada], tenemos que en los actuados existe reiterada actividad por parte del Fiscal provincial mediante cartas rogatorias solicitando información y recibir la declaración de los representantes de las empresas aludidas,

sin embargo en el caso de Venezuela existen serios problemas con la cooperación judicial internacional y no contestan ninguno de los pedidos realizados. Esta situación no puede mantenerse en forma indefinida y habiendo transcurrido un tiempo suficientemente razonables el Fiscal Provincial debía resolver la investigación, como así lo hizo.

[...] [Respecto de las denuncias en contra de Arturo Belaunde Guzmán por delitos de estafa, falsedad genérica, falsificación de documentos, falsedad ideológica y fe pública] constituirían delito precedente que exige el delito de lavado de activos debido a que el tipo penal indica como delitos precedentes a *'otros similares que generen ganancias'* Esta interpretación no es de recibo, pues [...] [cuando el artículo 6 de la Ley 27765] se refiere a otros delitos similares se debe interpretar similares en gravedad y además que generen ganancias patrimoniales ilícitas. Por esta razón se excluyen los delitos que pretende la quejosa sean considerados como delitos precedente [...] En los actuados de la investigación preliminar no encontramos elementos ni información de delitos precedentes o delitos fuente del delito de lavado de activos.

SEXTO: Finalmente, en cuanto al argumento que no se habría *'tenido en cuenta su escrito presentado el 28 de abril de 2010, donde solicitó abondar las investigaciones respecto de lo publicado el 05 de abril en el diario el Correo bajo el título Cónyuge de Ollanta Humala recibió dinero desde una firma venezolana fantasma'*, [...] esta Fiscalía Superior considera que resulta sorprendente que se presenten escritos cuando las investigaciones ya concluyeron e incluso existía resolución y además resulta extraño que se presente una publicación periodística luego de 23 días de conocida; sin embargo, entramos a merituarlo, se trata de un recorte periodístico se escribe que *'Nadine Heredia recibió en su cuenta bancaria 7,962 dólares de parte de VENEVAL el 30 de marzo de 2007, seis años después de la cancelación formal de las operaciones de esta compañía'*, esta información periodística no afecta la investigación realizada ni sus resultados, es una situación que en todo caso debe ser aclarada por The Daily Journal, pero por sí sola carece de mérito suficiente para significar la comisión del delito de lavado de activos por parte de Nadine Heredia Alarcón.

SETIMO: Que del estudio de los actuados del presente recurso de queja y contrastados sus argumentos con los actuados y los fundamentos de la resolución impugnada de la 2ª Fiscalía Provincial FECOR, se llega a la conclusión que el recurso debe desestimarse; que no encontramos indicio

ni evidencia objetiva concreta que sirva para formalizar la correspondiente acción penal –ni causa probable para continuar la investigación preliminar– no habiéndose llegado a evidenciar con medios probatorios idóneos que los investigados hayan materializado en algún momento las conductas prohibidas de conversión, transferencia, adquisición, utilización, guarda, custodia, recepción, ocultamiento o tenencia de dinero, bienes, efectos y ganancias provenientes de actividades ilícitas como el Tráfico Ilícito de Drogas u otro delito precedente taxativamente indicado en la Ley 27765 vigente” (sic, f. 490).

36. Como es de verse, la conclusión a la que llegaron el Fiscal Provincial y el Fiscal Superior a cargo de las investigaciones de la carpeta fiscal 122-2009 evidencia dos razones importantes por las que, luego de once meses, se declaró *no ha lugar a formalizar denuncia penal* en contra de la hoy demandante y los otros investigados: la falta de material probatorio que le permitiese determinar con claridad la ilicitud de los hechos investigados y la falta de investigación de un hecho que podría haber coadyuvado a esclarecer definitivamente los presuntos hechos ilícitos materia de dicha primera investigación. Al respecto, si bien resulta cierto que el Fiscal Provincial opinó a favor de no formular denuncia en contra de doña Nadine Heredia Alarcón y los otros ciudadanos investigados, no se evidencia que ello sea consecuencia clara y directa de haber determinado la licitud de los movimientos financieros de la investigada, pues su decisión se justifica únicamente en vincular el delito de lavado de activos a conductas típicas que podrían evidenciar la existencia de delitos fuente como lo son los “delitos tráfico ilícito de drogas, terrorismo, delitos contra la administración pública, secuestro, extorsión, proxenetismo, trata de personas, tráfico ilícito de migrantes, defraudación tributaria, contra el patrimonio en su forma agravada, delitos aduaneros u otros similares que generen ganancias ilegales”, lo que no termina por identificar la regularidad y licitud de las transferencias dinerarias a favor de doña Nadine Heredia Alarcón, más aún cuando la procuraduría solicitó una pericia contable, a fin de aclarar sus ingresos económicos, que no llegó a ser realizada.
37. Asimismo, se aprecia que la conclusión a la que arribó el Fiscal Superior evidencia, por un lado, una falta de identificación de un delito fuente en la investigación, y por otro lado, no justifica las razones por las que no evalúa el pedido de la procuraduría respecto de investigar un depósito bancario efectuado a favor de doña Nadine Heredia Alarcón por una empresa venezolana que presuntamente, para el 30 de marzo de 2007, ya no operaba; motivación que a todas luces evitó aclarar la licitud o ilicitud de los ingresos de la demandante.

38. En tal sentido, se aprecia que la investigación desarrollada en la carpeta fiscal 122-2009 fue deficiente y, por lo tanto, no pudo adquirir la calidad de inamovible, pues se decidió su archivamiento sin ponderar, entre otros elementos, la complejidad que implica este tipo de indagaciones, el número de investigados y la necesidad de esclarecer la licitud o ilicitud de transferencias bancarias que vienen ingresando al sistema financiero a favor de la hoy demandante; hechos que necesariamente requieren de una investigación exhaustiva, pues es necesario determinar el origen de dicho ingreso económico, a fin de cumplir con nuestras obligaciones internacionales devenidas de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional¹, la Convención Interamericana contra la Corrupción, las Reglas y Prácticas de Control de las Operaciones Bancarias, elaboradas por el Comité de Basilea, y las recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional para Sudamérica, en cuanto sean aplicables, que exigen de los países firmantes el establecimiento de medidas para combatir el blanqueo de dinero.
39. Por ello, este Tribunal considera que la segunda investigación desarrollada en la carpeta fiscal 480-2014 no afecta el principio *ne bis in idem*, dado que el Fiscal emplazado dispuso la ampliación de la investigación, identificando nuevos hechos y material probatorio que no fueron materia de investigación en la carpeta fiscal 122-2009 (reporte UIF 025-2015-DAO-UIF-SBS y otras transferencias bancarias), y ha identificado también otros sujetos. Así, la Carpeta Fiscal 122-2009: Nadine Heredia Alarcón, Ilan Paúl Heredia Alarcón, Antonia Alarcón Cubas de Heredia, Lino Gregorio Bejarano Miranda, Arturo José Belaunde Guzmán, Eladio Mego Guevara, María Esther Zúñiga Loayza, Rocío del Carmen Calderón Vinatea y Victoria del Rosario Morales Erroch. Y la Carpeta Fiscal 480-2014: Nadine Heredia Alarcón, Ilan Paúl Heredia Alarcón, Antonia Alarcón Cubas de Heredia, Lino Gregorio Bejarano Miranda, Giuliana del Carmen Belaunde Lossio, Arturo José Belaunde Guzmán, Eladio Mego Guevara, María Esther Zúñiga Loayza, Rocío del Carmen Calderón Vinatea, Victoria del Rosario Morales Erroch, Susana Lourdes Vinatea Milla Vda. de Calderón, Santiago Gastañadi Ramírez, Maribel Amelita Vela Arévalo, Todo Grapf S.A.C., Instituto para la promoción de la identidad y el desarrollo nacional, Carlos Gabriel Arenas Gómez Sánchez, Martín Antonio Belaunde Lossio y Jorge Chang Soto.
40. En suma, este Tribunal advierte que la segunda investigación, desarrollada en la carpeta fiscal 480-2014, no lesiona el principio *ne bis in idem*, ni otro derecho

1 Ratificado por el Perú mediante Resolución Legislativa 27527, del 8 de octubre de 2001. La Convención y sus protocolos adicionales entraron en vigencia el 29 de setiembre de 2003.

fundamental, dada la existencia de nuevos hechos y nuevos sujetos que, independientemente de cierta identidad de fundamento, permite justificar reabrir la investigación fiscal en contra de la demandante, razón por cual corresponde desestimar la demanda.

Sobre el ejercicio de las facultades de investigación del Ministerio Público

41. De acuerdo con el artículo 159 de la Constitución, corresponde al Ministerio Público conducir desde su inicio la investigación del delito, así como ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte. El contenido normativo de esta disposición en el marco del Estado Constitucional alude a la existencia de una verdadera obligación constitucional de los representantes del Ministerio Público de asumir desde el inicio la conducción y/o dirección de la investigación del delito, y ejercitar la acción penal pública de oficio o a petición de parte. Esta exigencia constitucional debe ser realizada, como es evidente, con la debida diligencia y responsabilidad, a fin de que las conductas ilícitas no queden impunes. En efecto, siendo el Ministerio Público el que por mandato constitucional posee la prerrogativa de la investigación, le corresponde practicar o hacer practicar todas las diligencias y actuaciones que sean necesarias para el esclarecimiento de los hechos delictivos, es decir, le corresponde reunir y examinar los elementos de juicio que revelen la existencia del delito y la vinculación de los imputados con los hechos delictivos, y esta actividad termina cuando la causa está tan aclarada que el fiscal puede decidir si debe o no formalizar la denuncia o la investigación preparatoria. Lo aquí señalado permite además cumplir con la disposición constitucional que exige la protección de los bienes jurídicos de los ciudadanos y de la sociedad (artículo 44 de la Constitución), en los plazos señalados por ley.
42. Sin embargo, el Ministerio Público no goza de discrecionalidad absoluta o ilimitada en el cumplimiento de su obligación constitucional, sino que le es exigible que despliegue sus actividades dentro de los mandatos normativos (expresos e implícitos) contenidos en la Constitución y en el marco de los principios de razonabilidad e interdicción de la arbitrariedad que informan todo proceso, procedimiento o investigación, tanto respecto del imputado cuanto también en beneficio de la parte agraviada. Por ello, los representantes del Ministerio Público en sus actuaciones y/o decisiones deben observar atentamente el contenido de los derechos y principios constitucionales. Esta obligación de todos los poderes públicos (que incluye al Ministerio Público) viene a ser la denominada eficacia vertical de los derechos fundamentales.

Tal eficacia no es sino consecuencia de la naturaleza preestatal de los derechos fundamentales y, por tanto, del carácter servicial del Estado para con

ellos, en tanto que la persona humana se proyecta en él como el fin supremo (art. 1 de la Constitución).

En ese sentido, tenemos dicho que dentro de estos sujetos obligados para con el respeto y protección de los derechos fundamentales se encuentran todos los poderes públicos, es decir, los entes que forman parte del Estado, independientemente de su condición de órgano constitucional, legal o administrativo, y los grados e intensidad de autonomía que para con ellos el ordenamiento haya podido prever. [...]” (STC 03179-2004-PA/TC, fundamento 17).

43. Teniendo en cuenta lo anterior, es pertinente recalcar que el ejercicio de las funciones del Ministerio Público no puede ni debe validar la existencia de investigaciones permanentes en el tiempo, pues ello implicaría un uso excesivo de sus funciones y el sometimiento constante de la persona investigada a sospecha, producto de una ineficiente o inconclusa investigación. Por ello, es necesario que una investigación fiscal cumpla con márgenes razonables que permitan eliminar la presunción de ilicitud de un hecho investigado, con el objeto de dar por finalizado el ejercicio constitucional de este tipo de facultades. Así, por ejemplo, una investigación de lavado de activos requiere del fiscal a cargo, de un especial celo y particular ejercicio de sus funciones, que puede partir del prolijo acopio de indicios razonables que identifiquen un irregular ingreso de dinero al sistema financiero sin justificación aparente; sin que ello signifique que toda la prueba se circunscriba a indicios, pues es necesaria la recolección de mayores elementos de prueba que permitan dilucidar la licitud o ilicitud de dicho patrimonio; siendo esta parte de la investigación una etapa importante para que con el pleno respeto de los derechos fundamentales y de los principios constitucionales, se indague con profundidad y se reúnan los elementos indiciarios y probatorios respectivos, pues es menester que la investigación de delitos complejos determine con claridad si existe o no un hecho punible.
44. Así, aun cuando en el presente caso el ejercicio de las funciones del fiscal emplazado no lesione el derecho y principio invocado, ello no impide verificar que una segunda investigación por la presunta existencia de hechos ilícitos pudo haberse evitado si en la carpeta fiscal 122-2009 se hubiera llegado, mediante la pericia contable, a determinar con certeza la procedencia (lícita o ilícita) del dinero depositado a favor de doña Nadine Heredia Alarcón, lo cual hubiera permitido definir su situación jurídica. Por ello, a juicio de este Tribunal, es necesario notificar al Órgano de Control Interno del Ministerio Público con la presente sentencia a fin de que realice una investigación sobre la conducta funcional de los fiscales

que tuvieron a su cargo la carpeta fiscal 122-2009 y determine si existió o no omisión de funciones al encarar dicha investigación.

Los efectos colectivos de la sentencia del hábeas corpus

45. Finalmente, un punto importante a tratar también viene a ser el alcance de los efectos de una sentencia constitucional, a propósito de la resolución aclaratoria de fecha 4 de setiembre de 2015, emitida por la Sexta Sala Penal para procesos con reos libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, que dispuso el archivo definitivo de la carpeta fiscal 480-2014, comprendiendo tanto a doña Nadine Heredia Alarcón como a los demás investigados en ella.
46. Cabe formularse la pregunta de si los efectos de una sentencia que declara fundada una demanda de hábeas corpus pueden ser extendidos a otras personas que no han demandado en el proceso.
47. En principio, las sentencias judiciales en general, característica que comparten los procesos constitucionales de la libertad, tienen efectos interpartes. Bajo esta idea es que el Tribunal Constitucional, en alguna ocasión, ha denegado un pedido para que se extiendan los efectos de una sentencia constitucional¹.
48. No obstante, podemos afirmar que dicha regla general admite supuestos de excepción, en los que determinado acto afecte de manera homogénea a otros sujetos distintos del demandante. Al respecto, podemos utilizar como referencia la sentencia del caso Arellano Serquén (Exp. No 2579-2003-HD) en la cual este Tribunal Constitucional introdujo en la justicia constitucional peruana el concepto de “Estado de cosas inconstitucionales”, el cual había sido anteriormente adoptado por la justicia constitucional colombiana. Según este concepto, existen circunstancias estructurales que constituyen una violación de un número plural y significativo de personas, de modo tal que el acto lesivo materia de demanda no solo viola los derechos de quienes fueron demandantes, sino de otras muchas personas que se encuentran en las mismas circunstancias que el actor².

2 Así lo consideró el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente 1969-2011-PHC/TC que corresponde a un hábeas corpus interpuesto contra el auto de apertura de instrucción que se dictó para el procesamiento penal de los hechos relacionados con los sucesos del penal de la isla El Frontón ocurridos en 1986. El recurrente solicitaba que se aplique de manera automática a todos los coprocesados lo resuelto en favor de otro procesado (Teodorico Bernabé Montoya) en otro proceso de habeas corpus, en el que el Poder Judicial a través de sentencia fundada de segunda instancia dispuso el archivamiento de la causa en su favor.

Cfr Botero Marino, Catalina. La acción de tutela en el ordenamiento constitucional colombiano. Bogotá, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2006 p. 175.

49. El Tribunal Constitucional decretó en la referida sentencia que al declararse el “estado de cosas inconstitucionales” se debe efectuar un requerimiento específico o genérico a un (o unos) órgano(s) público(s), a fin de que realicen o dejen de realizar una acción u omisión, *per se*, violatoria de derechos fundamentales que repercute en la esfera subjetiva de personas ajenas al proceso constitucional en el cual se origina la declaración. De este modo, se extienden 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 (Cfr. Exp 2579-2003-PHD, f 19).
50. En el caso que motivó la adopción del “estado de cosas inconstitucionales”, el Tribunal Constitucional identificó como acto violatorio de los derechos de la recurrente (y de otras personas situadas en la misma situación), la negativa del Consejo Nacional de la Magistratura de entregar a los jueces que se encontraban sujetos a proceso de ratificación ante el citado órgano copia del Informe de la Comisión Permanente de Evaluación y Ratificación, referente a su conducta e idoneidad en el cargo, copia del acta de la entrevista personal y copia del video de la referida entrevista personal, lo que derivaba de la aplicación de un reglamento inconstitucional.
51. En el caso descrito, la situación calificada como inconstitucional por el TC, afectaba no solo a la demandante, sino a todos los que se encontraban en la misma situación. Conforme al criterio reseñado, el Tribunal Constitucional podría extender los efectos de sus sentencias constitucionales siempre que se trate de un determinado acto que resulte igualmente inconstitucional para otros sujetos aunque estos no hayan sido parte en el proceso. Así, por ejemplo, si en la sentencia de un *habeas corpus* correctivo se establece que las condiciones de reclusión de un determinado establecimiento penitenciario no cumplen los estándares mínimos, la sentencia podrá ser extensiva para todos los demás internos de dicho penal.
52. En el caso de procesos constitucionales incoados contra procesos judiciales o investigaciones fiscales podría ser aplicado este criterio siempre que se trate de una violación constitucional que afecte por igual a todos los coprocesados. Así, por ejemplo, si en la sentencia de *habeas corpus* se determina que el órgano jurisdiccional atenta contra el propio del juez predeterminado por ley, resulta evidente que ello no solo afectará al demandante, sino a todas las partes de dicho proceso judicial. Hay muchos otros supuestos, en cambio, en los que la violación al derecho constitucional de un procesado no significa necesariamente que los demás procesados se encuentren en la misma situación. Por ejemplo, si se determina que ha habido una violación del plazo razonable

del proceso, esta difícilmente podría ser extendida a los demás procesados, en tanto la determinación de la presunta violación de este derecho exige evaluar la conducta de cada procesado.

53. En el caso de autos se aprecia que ante un pedido de aclaración de la sentencia de segundo grado del Procurador Público a cargo de la defensa jurídica del Ministerio Público, el *Ad quem* decide expedir la Resolución de fecha 4 de setiembre de 2015 (f. 1481), precisando lo siguiente:

Segundo: que, ante tal pedido, resulta pertinente precisar que, si bien la demanda fue planteada solo por la favorecida Nadine Heredia Alarcón, no es menos cierto que, este Colegiado, al emitir la sentencia de fecha 14 de Agosto del presente año, ha tenido en cuenta no solo los perjuicios denunciados por la favorecida, sino también, la validez de la citada carpeta fiscal, ya que, desde una perspectiva constitucional, está afectada de nulidad insalvable; **Tercero.-** Que por ende, el archivo definitivo de la Carpeta Fiscal N° 480-2014, inevitablemente, comprende tanto a la demandante Nadine Heredia Alarcón como a los demás investigados en la misma, pudiendo ello desprenderse del extremo resolutivo de la Resolución N° 1097, en cuanto ordena: “(...) **archivar, definitivamente y para todos sus efectos, la carpeta fiscal 480-14 en donde corresponda...**”, y así también de las consideraciones expuestas a continuación por los señores jueces superiores Súmar Calmet y Vigo Zevallos; por ende, a fin de evitar confusiones posteriores, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 406° del Código Procesal Civil, aplicable supletoriamente al caso de autos: **ACLARARON que el archivo definitivo de la Carpeta Fiscal N° 480-2014 comprende tanto a la demandante Nadine Heredia Alarcón como a los demás investigados en ella (...)**” (sic) (el subrayado es nuestro).

54. Como es de verse, el *Ad quem* procede a ampliar los efectos de la sentencia constitucional que emitió con fecha 14 de agosto de 2015 a favor de los otros investigados en la carpeta fiscal 480-2014, justificando su decisión en la existencia de un vicio de nulidad insalvable en dicha investigación, la cual supuestamente se encontraría sustentada en la sentencia que emitió; sin embargo, se aprecia que la motivación que expuso se encuentra destinada a restar validez a las investigaciones desarrolladas por el fiscal emplazado en la carpeta fiscal 480-2014, pues, según sostiene,

que el D.L 1106 le da autonomía al llamado delito de ‘Lavado de Activos’, empero consideramos que ello solo meramente declarativo toda vez que la autonomía (que se le reconoce) no se condice con lo que origina el delito

de Lavado de activos: otro delito, y consecuentemente en no tener claro el delito fuente (o de origen) torna la investigación en inocua o vacía, ya que la propia Ley da un catálogo definido de los delitos que se pueden relacionar con los capitales ilícitos que se insertan en la economía regular y lícita. (sic, f. 1410).

[...] la información proporcionada por el ciudadano [denunciante]: es solo una noticia, no una investigación periodística y, consecuentemente, no reporta elementos, indicios o datos de mínima consistencia como para aperturar investigación alguna; en ese sentido el proceder serio de un autoridad es, recibida una *notitia criminis* indagar sobre la sostenibilidad de la imputación (en este caso) periodística, y si se trata de una investigación periodística la que se recoge: verificar la sostenibilidad de la imputación, cosa que no ha efectuado el Fiscal encargado del caso;

Recibido el reclamo de la hoy beneficiaria [el fiscal emplazado] procede a analizar las decisiones de su superior, respecto al archivamiento de tal proceso (carpeta fiscal 122-09), califica los argumentos de este y, siguiendo los criterios según su parecer, de sentencia del Tribunal Constitucional (respecto al tema de la llamada 'Cosa Decidida Fiscal'): amplía la investigación a partir de lo que se aprecia como indicios de la comisión de evento criminoso;

983

Por aplicación del artículo 5 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, el Sr. Fiscal Provincial: está impedido de revisar la decisión de un superior, en consecuencia ampliar o hacer investigación a partir de considerar impropio, por diversas razones, una conclusión de su superior jerárquico: violenta el estado de derecho, toda vez que le está vedado tal conducta por ministerio de la ley (por más que se afinque en sentencia del Tribunal Constitucional), si a ello se adiciona la endeblez de los medios en que se sustenta su decisión de investigar, aun cuando aparatoso y mediático resulten sus afirmaciones; este Colegiado debe agregar que la decisión del Sr. Fiscal: **no precisa ni establece cual es el delito fuente, no hay referencias sobre los indicios concurrentes que existirían entre los actos de movimiento dinerario descubierto, con alguno de los delitos del catálogo establecido por el artículo 10 del DL 1106, ni de su vinculación con los ciudadanos que implica** es decir no señala, y menos da razones, respecto a si investigará a partir del delito de narcotráfico, terrorismo o cualquier proveniente del catálogo fijado por la ley. [...]” (sic, f. 1411 revés y 1412).

55. Como es de verse, los argumentos principales para invalidar la investigación de la carpeta fiscal 480-2014 no contienen razones jurídicas objetivas sobre la labor del fiscal emplazado. Todo lo contrario, inician con una justificación subjetiva respecto de la autonomía del delito de lavado de activos, para luego restar validez a la investigación, pues, a su juicio, no resulta suficiente el acopio de información periodística, sino que necesariamente el fiscal debería determinar el delito fuente o delito previo.
56. Al respecto, este Tribunal considera oportuno precisar que, si bien es cierto que la carpeta fiscal 480-2014 se inició como consecuencia de una denuncia de parte y luego de tomar conocimiento de diversas noticias periodísticas, ello no resta la legitimidad a la apertura de la referida investigación fiscal, ni mucho menos vicia dicho procedimiento, pues conocida una *notitia criminis* por parte de un representante del Ministerio Público, este está obligado a promover el inicio de una investigación a fin de dilucidar si existe o no sospecha de haberse cometido un delito, en cumplimiento de sus funciones constitucionales y del principio de legalidad, más aún cuando, luego de efectuar diversas indagaciones al respecto, consideró pertinente disponer la ampliación de la investigación dada la existencia de indicios y hechos nuevos.
57. En el caso de doña Nadine Heredia Alarcón, la presunta violación del *ne bis in idem*, que en su momento la Sexta Sala Penal de Lima declaró a su favor, no constituye un asunto que pueda ser extendido de manera automática a todos los demás coprocesados, puesto que en cada caso deberá evaluarse si han sido también objeto de una segunda investigación, y además, si concurren los elementos conformantes del *ne bis in idem*: sujeto, hecho y fundamento. En tal sentido, no se aprecia que la justificación expuesta por el *Ad quem* permita evidenciar razonabilidad alguna para disponer la ampliación de los efectos de la sentencia de *habeas corpus* respecto de los otros investigados, razón por la cual corresponde también declarar su nulidad.

984

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

HA RESUELTO

1. **REVOCAR** la sentencia del 14 de agosto de 2015 y su resolución aclaratoria del 4 de setiembre de 2015, emitida por la Sexta Sala Penal para procesos con reos libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, así como la sentencia del 8 de junio de 2015, emitida por el Cuadragésimo Tercer Juzgado Penal de Lima, y, en consecuencia, **DECLARAR INFUNDADA** la demanda promovida por doña Nadine Heredia Alarcón, que debe ser entendida como una de amparo.

2. Notificar al Órgano de Control Interno del Ministerio Público con la presente sentencia a fin de que realice una investigación sobre la conducta funcional de los fiscales que tuvieron a su cargo la carpeta fiscal 122-2009, y determine si existió o no omisión de funciones en el desarrollo de dicha investigación.

Publíquese y notifíquese.

SS.

URVIOLA HANI

BLUME FORTINI

RAMOS NÚÑEZ

SARDÓN DE TABOADA

LEDESMA NARVÁEZ

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO RAMOS NÚÑEZ

Me hallo de acuerdo con el modo en que se ha resuelto el presente caso y con las razones que la justifican. Aún así, desearía formular algunas precisiones alrededor de la admisión del recurso de agravio constitucional.

La disposición constitucional que determina la competencia de este Tribunal para conocer de los procesos de tutela de derechos fundamentales reposa en el inciso 2 del artículo 202 de la Constitución, el cual establece que: “Corresponde al Tribunal Constitucional conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data, y acción de cumplimiento”.

Tras la sistematización de la legislación procesal constitucional, ocurrida hace poco más de diez años, el desarrollo de aquel precepto de la Ley Fundamental quedó plasmado en el artículo 18 del Código Procesal Constitucional, que, en lo aquí corresponde destacar, prevé: “Contra la resolución de segundo grado que declara infundada o improcedente la demanda, procede recurso de agravio constitucional ante el Tribunal Constitucional (...)”. Se habilitó al Tribunal Constitucional, así, a revisar integralmente las decisiones en las que se hayan declarado improcedentes o infundadas las pretensiones de tutela de derechos fundamentales.

986

Como se ha puesto en evidencia en la audiencia llevada a cabo esta comprensión legislativa de la expresión “resoluciones denegatorias” no es nueva. Se remonta a la vigencia de la Constitución de 1979, cuyo artículo 298.2 contemplaba una fórmula semejante a propósito de la procedencia del recurso de casación, que es el que abría (y también definía) la competencia del extinto Tribunal de Garantías Constitucionales.

Desde hace algún tiempo, sin embargo, se ha puesto en tela de juicio la adscripción de un significado con tales alcances. Tal vez la innovación más significativa en materia de los presupuestos de procedencia del RAC haya sido el criterio que se enunció en el precedente que contuvo la STC 4853-2004-PA/TC. Allí se expresó que

“El órgano judicial correspondiente deberá admitir de manera excepcional, vía recurso de agravio constitucional, la revisión por parte de este Colegiado de una decisión estimatoria de segundo grado cuando se pueda alegar, de manera irrefutable, que tal decisión ha sido dictada sin tomar en cuenta un precedente constitucional vinculante emitido por este Colegiado en el

marco de las competencias que establece el artículo VII del C.P.Const. En cualquier caso, el Tribunal tiene habilitada su competencia, ante la negativa del órgano judicial, a través del recurso de queja a que se contrae el artículo 19 del Código Procesal Constitucional” (Fund. N° 40).

Al parecer, la *ratio* subyacente de esta ampliación pretoriana de los supuestos de procedencia del RAC, estaba asociada a la necesidad de

“...restablecer la violación del orden jurídico constitucional producido a consecuencia de una sentencia estimatoria de segundo grado en el trámite de un proceso constitucional...”, siendo tarea del Tribunal restablecer “el orden constitucional que haya resultado violado con la decisión judicial y pronunciándose sobre el fondo de los derechos reclamados” (Fund. N° 40).

Las críticas, pese a la unanimidad con que el precedente antes citado fue aprobado por el Pleno del Tribunal no se hicieron esperar. La regla vinculante según la cual correspondía interponerse el recurso de agravio constitucional incluso contra sentencias que declaraban fundada la demanda, pronto fue dejada sin efecto por otro precedente [STC 3908-2007-PA/TC]. Lo curioso del *overruled* realizado fue que el Pleno del Tribunal que aprobó la STC 3908-2007-PA/TC nunca cuestionó la *ratio* en la que el precedente que dejaba sin efecto se inspiró. Antes bien, dándola por cierta, dispuso que el cuestionamiento de una sentencia que declaraba fundada la demanda no debía realizarla este Tribunal, mediante la interposición del RAC, sino en la propia justicia constitucional, con el ejercicio del derecho de acceso y, por tanto, mediante lo que se ha venido en denominar “amparo contra amparo”:

“... cuando se considere que una sentencia de segundo grado emitida en un proceso de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento ha sido emitida en contravención de un precedente vinculante establecido por este Tribunal, (corresponde la) interposición de un nuevo proceso constitucional y no la interposición del recurso de agravio constitucional, pues el constituyente en el inciso 2) del artículo 202.º de la Constitución y el legislador en el artículo 18.º del Código Procesal Constitucional han precisado que la expresión ‘resoluciones denegatorias’ sólo comprende las resoluciones de segundo grado que declaran infundada o improcedente la demanda de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento, y que por ende, solo contra ellas procede el recurso de agravio constitucional, mas no contra resoluciones estimatorias de segundo grado”.

El sosiego aparentemente alcanzado con la reforma pronto llegó a su fin. Solo un par de años después, una sentencia de habeas corpus a favor de una persona procesada por

el delito de tráfico ilícito de drogas, nuevamente reabrió el debate. La *ratio* que inspiró el precedente establecido en la STC 4853-2004-PA/TC –“evitar que por ‘defecto’, se terminen constitucionalizando situaciones que, aunque aparecen revestidas de un manto de “constitucionalidad”, en la práctica contienen, según se indica: “un uso fraudulento de la Constitución o bajo el manto protector de los derechos fundamentales, se pretenda convalidar la vulneración de aquellos o una situación en la que se ha configurado un abuso de derecho” [STC 2663-2009-PHC/TC, Fund. 6)]–, forzó a este Tribunal a remodelar los supuestos de procedencia del Recurso de Agravio Constitucional.

“...en aplicación del artículo 201º de la Constitución, más allá de los supuestos establecidos en el artículo 202º de la misma, es competente para revisar, vía RAC, las sentencias estimatorias que bajo el pretexto de proteger ciertos derechos fundamentales, convaliden la vulneración real de los mismos o constitucionalicen situaciones en las que se ha producido un abuso de derecho o la aplicación fraudulenta de la Constitución; todo ello, en abierta contravención de los dispositivos, principios y valores materiales de la Constitución” [Fund. N° 9, STC 2663-2009-PHC/TC].

988 La autocomprensión del Tribunal como órgano de control de la constitucionalidad del sistema, en base al artículo 201 de la Constitución –y no por efecto de una interpretación distinta del artículo 202.2 de la Ley Fundamental– lo impulsó afirmar que:

“Si corresponde al Tribunal Constitucional la protección del orden constitucional, este debe estar provisto de las herramientas e instrumentos procesales idóneos para tal efecto, para evitar que por “defecto”, se terminen constitucionalizando situaciones que, aunque aparecen revestidas de un manto de “constitucionalidad”, en la práctica contienen un uso fraudulento de la Constitución o bajo el manto protector de los derechos fundamentales, se pretenda convalidar la vulneración de aquellos o una situación en la que se ha configurado un abuso de derecho” .

Y, luego, concluir:

“Por ello, independientemente del contenido de la sentencia dictada en segunda instancia, en aplicación del artículo 201º de la Constitución, este Tribunal Constitucional entiende que es competente para conocer el caso de autos, entendiendo que el RAC presentado en autos, es uno de naturaleza excepcional, ante la vulneración del orden constitucional, en particular, de lo dispuesto en el artículo 8º de la Constitución, lo cual incluso tiene su correlato en las obligaciones que el Estado Peruano ha asumido en relación

al combate del Tráfico Ilícito de Drogas en particular, y del crimen organizado transnacional, en general”.

Poco tiempo después a esta excepción se agregó otra. En la STC 2748-2010-PA/TC, el Tribunal volvió a insistir que, excepcionalmente, correspondía interponer el RAC contra sentencias estimatorias de segunda instancia en los casos relacionados con la lucha estatal contra el tráfico ilícito de drogas, agregando a este el delito de lavado de activos.

Al igual que en la STC 2663-2009-PHC, la incorporación de ambos delitos –expresaría el Tribunal– obedecía a la necesidad “... de concretizar esta obligación constitucional de prevenir y sancionar eficazmente el tráfico ilícito de drogas y sus derivaciones (art. 8 de la Constitución)” [cf. también la STC 04750-2007-PHC/TC]. Y para que en lo sucesivo se tuviera en cuenta, este criterio fue revestido de la condición de “doctrina jurisprudencial”, para que deba “ser observada, respetada y aplicada de manera inmediata por todos los jueces de la República, conforme al artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional” [punto resolutivo N° 2, STC 2748-2010-PA/TC].

En fin, a estos dos supuestos de excepción -tráfico ilícito de drogas y/o lavado de activos-, mediante la STC 1711-2014-PHC/TC el Tribunal añadió una excepción más. También declaró que correspondía conocer del RAC interpuestos contra sentencias estimatorias dictadas en casos relacionados con el terrorismo, pues también el Estado tenía “... obligaciones constitucionales de lucha frontal contra el terrorismo”, así como “obligaciones internacionales contraídas por el Estado Peruano mediante la ratificación de tratados, como la Convención Internacional para la represión del financiamiento del terrorismo [Cfr. STC 2748-2010-HC/TC, fundamento 16].

Se podrá, hasta aquí, ya visibilizar el sinuoso camino transitado por el RAC. También los recovecos que justificaban las excepciones al artículo 18 del Código Procesal Constitucional. En mi opinión, todos estos problemas podrían ser superados si volviéramos a tomarnos en serio el artículo 202.2 de la Constitución y discutiéramos sus alcances.

Abogo, si ese fuera el caso, por no apegarnos a una interpretación constitucional originalista –cualquiera sean sus variantes: textualismo, contextualismo, subjetivismo–, y me inclino más bien en dilucidar los alcances del artículo 202.2 de la Ley Fundamental en clave *actual*, es decir, que entienda a la *Constitución como un documento vivo*. La Constitución es, lo sabe todo estudiante de Derecho, un texto dotado de fuerza normativa al que es inmanente una pretensión de vigencia indeterminada y, por eso mismo, de vivencia actualizada, a partir de la cual aspira a regir de manera efectiva la vida comunitaria, en acomodo a los valores y principios que ella solemnemente proclama. Ha de ser interpretada, pues, como una Constitución viva –*a living*

Constitution, ein lebende Verfassung, Costituzione vivente— y postulados acomodados a la evolución cultural y social de nuestra comunidad política, cuya civilizada y armónica convivencia aspira a regir¹.

No niego que el originalismo sea persuasivo y detrás de él subyazca una mayor certeza del derecho. Pero es la certeza de la inamovilidad social —como expresara el Juez norteamericano Holmes—, la seguridad alrededor de una concepción de la justicia petrificada y, en la medida que es capaz de periclitarse en sus propósitos, coqueta con las aventuras revolucionarias. Como nuevamente recuerda el Juez Holmes, la Constitución no puede caracterizarse por ser una fuerza opresora o el intento autocrático del pasado para encadenar el futuro. En una sociedad de seres racionales, el compromiso previo que está detrás de cada acto constituyente, no puede justificarse porque condene a sus miembros a la esclavitud, sino porque es capaz de liberarlos en la afirmación de su propio destino. Las reglas fijadas por las generaciones pasadas no han sido hechas para gobernar a los vivos, sino para facilitar que los vivos se gobiernen a sí mismos².

Interpretar a la Constitución como un documento que contiene los poros necesarios y suficientes para que sus contenidos sean oxigenados, no contiene las venas que habiliten cualquier tipo de cambio, ni alberga la aventura de que sus intérpretes terminen imponiéndonos sus preferencias o valores personales. Requiere la exposición de razones —las mejores razones posibles—, a partir del conjunto de principios y valores que la Constitución contiene, para recrear el marco en el que se desarrolla nuestra convivencia. Una base sustancial de argumentación constitucional que impida que se favorezca la transformación de la interpretación constitucional en puros juegos retóricos³. Una interpretación, por tanto, que sea capaz de hallar el sentido de lo constitucionalmente “correcto” —que no es exactamente lo que es demostrable, sino la existencia de razones que resulten explicables, convincentes y hasta cierto punto previsibles—, a través de un procedimiento racional y controlable, que fundamente los resultados de modo igualmente racional y controlable, creando, de este modo, certeza y previsibilidad jurídicas, y no acaso, la sensación de que se trata de una decisión por decisión⁴.

1 FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. “Los Tribunales Constitucionales, de legisladores negativos a positivos”. En *La Evolución de la Justicia Constitucional*, p. 1337.

2 HOLMES, Stephen. “El precompromiso y la paradoja de la Democracia”. Tomado de ELSTER, Jon y SLAGSTAD, Rune. *Constitucionalismo y democracia*. México: Fondo de Cultura Económica, 1999. pp. 217-262.

3 Entre otros, CHIASSONI, Pierluigi y TRIBE, Laurence. *Una Cuestión de interpretación. Los tribunales federales y el derecho*. Lima, 2015: Editorial Palestra.

4 HESSE, Konrad. “La Interpretación constitucional”. En *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012. Traducción de CRUZ VILLALÓN, Pedro y AZPITARTE SÁNCHEZ, Miguel. p. 58.

Se trata, en definitiva, dejar de estigmatizar que los órganos de la jurisdicción constitucional empleen la *interpretación mutativa*, pues como se afirmó en el Caso Rhodes v. Chapman (1981), el significado de la Constitución cambia con el objeto de reflejar “la evolución de los estándares de decencia que marcan el progreso de una sociedad en proceso de maduración”.

No voy a incidir, en este caso, sobre este asunto, pues me demandaría más tiempo del que reglamentariamente dispongo. Solo dejaré anotado que una interpretación del artículo 202.2 de la Constitución, en los términos que se formuló en el precedente que contuvo la STC 4853-2004-PA/TC, rompe ciertamente con la tradición legislativa y la *opinio juris* de nuestra comunidad jurídica, pero no es incompatible con el marco de posibilidades interpretativas que su contenido textual ofrece.

También quisiera indicar, con independencia de lo hasta ahora dicho, que el marco de las excepciones al artículo 18 del Código Procesal Constitucional, formuladas en aplicación del artículo 201 de la Ley Fundamental, no puede ni debe considerarse cerrada. Las obligaciones constitucionales de represión de cierto tipo de criminalidad no se circunscribe al tráfico ilícito de drogas, terrorismo o lavado de activos. La persecución penal de otros ilícitos, derivados, por ejemplo de la violación de de derechos humanos, conforme al artículo 44 de la Constitución, podría ser una de ellas.

991

**

Sobre la reapertura del procedimiento de investigación fiscal y su incidencia en el derecho a no ser perseguido o sancionado dos veces, quisiera indicar que si bien la Constitución no reconoce expresamente este derecho, tal omisión no implica que este no se encuentre tutelado constitucionalmente. Dos son las razones de ello: La primera, como lo ha recordado reiteradamente la jurisprudencia del Tribunal, se trata de un contenido implícito del derecho al debido proceso, y que se puede derivar de los principios de legalidad y proporcionalidad⁵. La segunda, pues su salvaguarda se sustenta en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, que dispone que en la interpretación de los derechos que la Constitución reconoce, debemos acudir al Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Y el artículo 8.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, recuerda que una de las garantías procesales de todo “(...) inculpaado absuelto por una sentencia firme [es que] no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos”.

5 STC 03517-2011-PHC/TC, fundamento 2.

Es sugestiva la explicación que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dado sobre los alcances de lo que es una decisión “definitiva”. Esta se adquiere si, “de acuerdo con la expresión tradicional, ha adquirido la calidad de cosa juzgada. Este es el caso cuando dicha decisión sea irrevocable, es decir, cuando no hay recursos ordinarios adicionales que estén disponibles o cuando las partes han agotado dichos recursos o han permitido que el plazo para su vencimiento expire sin que hagan uso de ellos”⁶.

En nuestro Continente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, órgano responsable de la interpretación y aplicación de la Convención Americana, ha precisado que este derecho no es de carácter absoluto. No se afecta su contenido, según la jurisprudencia del tribunal interamericano, cuando:

- i) La actuación del tribunal que conoció el caso y decidió sobreseer o absolver al responsable de una violación a los derechos humanos o al derecho internacional obedeció al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal;
- ii) El procedimiento no fue instruido independiente o imparcialmente de conformidad con las debidas garantías procesales, o
- iii) Cuando no hubo la intención real de someter al responsable a la acción de la justicia. Una sentencia pronunciada en las circunstancias indicadas produce una cosa juzgada “aparente” o “fraudulenta”. Por otro lado, esta Corte considera que si aparecen nuevos hechos o pruebas que puedan permitir la determinación de los responsables de violaciones a los derechos humanos, y más aún, de los responsables de crímenes de lesa humanidad, pueden ser reabiertas las investigaciones, incluso si existe una sentencia absolutoria en calidad de cosa juzgada, puesto que las exigencias de la justicia, los derechos de las víctimas y la letra y espíritu de la Convención Americana desplaza la protección del *ne bis in idem*⁷.

992

Al análisis de la Corte también han llegado casos en los que la reapertura del proceso ha estado asociada a la falta de pruebas al momento en que se realizó la investigación en el marco del proceso. La necesidad de armonizar el ejercicio de este derecho a no ser enjuiciado más de una vez se ha fundamentado en el hecho que existen otros bienes jurídicos cuya optimización se persigue mediante la investigación. Así, por ejemplo, en materia de investigación de graves violaciones a los derechos humanos, la Corte ha sostenido que

6 TEDH. Caso *Sergey Zolotukhin vs. Russia*. Sentencia de 10 de febrero de 2009, párrafo 107.

7 Corte IDH. Caso *Almonacid Arellano vs. Chile*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrafo 154.

“si aparecen nuevos hechos o pruebas que puedan permitir la determinación de los responsables de violaciones a los derechos humanos, y más aún, de los responsables de crímenes de lesa humanidad, pueden ser reabiertas las investigaciones, incluso si existe un sentencia absolutoria en calidad de cosa juzgada, puesto que las exigencias de la justicia, los derechos de las víctimas y la letra y espíritu de la Convención Americana desplaza la protección del *ne bis in idem*”⁸.

La regla que se infiere de este caso es, en mi opinión, que tenemos la obligación de ponderar los diversos bienes jurídicos que se encuentran presentes en el desarrollo del proceso. Un temperamento similar también ha acogido el sistema europeo de protección de derechos humanos, solo que en este caso la regulación de las excepciones a la prohibición de doble investigación se han contemplado en el artículo 4 del Protocolo 7, que complementa el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Allí se precisa:

1. Nadie podrá ser perseguido o condenado penalmente por los tribunales del mismo Estado, por una infracción por la que ya hubiera sido absuelto o condenado en virtud de sentencia firme conforme a la ley y al procedimiento penal de ese Estado.
2. Lo dispuesto en el párrafo anterior no impedirá la reapertura del proceso, conforme a la ley y al procedimiento penal del Estado interesado, cuando hechos nuevos o ulteriormente conocidos o un vicio esencial en el procedimiento anterior pudieran afectar a la sentencia dictada.

993

Así, pues, el derecho a no ser sometido a doble procedimiento persecutorio por los mismos hechos es un principio que se extiende a las decisiones judiciales firmes, pero que, por la necesidad de armonizar su ejercicio con el resguardo de otros bienes jurídicos⁹, admite ciertas limitaciones.

Por cierto, este derecho no solo garantiza la doble persecución judicial. Despliega también sus efectos en la etapa prejudicial de los procesos penales, en aquella fase del proceso penal en el cual al Ministerio Público le corresponde concretizar el mandato constitucional previsto en el artículo 159° de la Constitución¹⁰. Sus inmu-

8 *Ibidem*.

9 El Comité de Derechos Humanos, por ello, ha recordado que la mayoría de Estados diferencian entre lo que es la reanudación de un proceso penal por circunstancias excepcionales, y lo que resulta la incoación de un nuevo proceso, lo cual está prohibido por el Pacto Internacional. Ver: CDH. Observación General Número 13. Comentarios Generales sobre el artículo 14 del PIDCP. U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 154 (1984), párrafo 19.

10 STC 05228-2006-HC, fundamento 9.

nidades se prolongan, pues, *mutatis mutandis*, a los actos fiscales que disponen el archivo de un proceso.

La extensión del ámbito de protección de este derecho a los actos de la función fiscal se debe a que algunos de esos tienen carácter jurisdiccional. En particular, aquellas decisiones fiscales que resuelven no promover la acción penal a través de una denuncia o requerimiento de instrucción, en los supuestos que se estime que los hechos que se denunciaron no “constituyen delito”. Estas decisiones han sido consideradas como actos típicamente jurisdiccionales y, por tanto, son inmutables e irreductibles¹¹, criterio que este Tribunal ha compartido¹².

Ahora bien, el que se equiparen los efectos de las decisiones fiscales y judiciales, con el propósito de dispensarles de protección constitucional, no supone que se trate de actos de naturaleza análoga. De hecho, la jurisprudencia del Tribunal ha reconocido que los actos del Ministerio Público no generan la garantía de la cosa juzgada, pues ella es privativa de la función judicial. Sin embargo, el Tribunal ha reconocido que los actos fiscales gozan del status de inamovible o cosa decidida, siempre y cuando se estime en la resolución, que los hechos investigados no configuran ilícito penal¹³.

994

Sea como fuere, no se trata de un derecho absoluto. En nuestra jurisprudencia se ha precisado que no generará *cosa decidida* las resoluciones fiscales que no se pronuncien sobre la no ilicitud de los hechos denunciados, teniendo abierta la posibilidad de poder reabrir la investigación si es que se presentan los siguientes supuestos:

- a) Cuando existan nuevos elementos probatorios no conocidos con anterioridad por el Ministerio Público; o
- b) Cuando la investigación ha sido deficientemente realizada¹⁴.

De manera, pues, que la decisión fiscal de archivar una investigación no tiene una protección absoluta. Además de las razones ya indicadas, también tiene que ver con el hecho de que los actos del Ministerio Público son de carácter postulatorio. Esto supone que los actos fiscales, de formalizarse la denuncia, están sujetos a escrutinio judicial, correspondiéndole al juez penal ser el garante de la legalidad de la actuación fiscal. En esto radica una de sus peculiaridades.

11 CIDH. Informe N° 1/95, relativo al caso 11.006 del 7 de febrero de 1995.

12 STC 1887-2010-PHC/TC, fundamento 16.

13 STC 2725-2008-PHC/TC, fundamento 16.

14 STC 1887-2010-PHC/TC, fundamento 16.

Ese ha sido el contexto en el que se ha reabierto la investigación iniciada contra la favorecida del habeas corpus, conforme se describe en los fundamentos de la sentencia. Sin embargo, tras dicha reapertura de la investigación fiscal, quedan dos cosas pendientes que creo estamos en el deber de afrontar. La primera de ellas tiene que ver con el número de veces que, so pretexto de una deficiente investigación fiscal, esta puede ser reabierta; y la segunda, el plazo dentro del cual dicha reapertura pueda realizarse.

En ambos casos creo que no hay lugar a un *definitional balancing*. El contenido constitucionalmente protegido del derecho al *ne bis in idem*, en su dimensión procesal, condena la reapertura múltiple de investigaciones fiscales carentes de proporcionalidad. Parte del hecho que entre el papel monopólico del Ministerio Público en materia de investigación y los derechos de las personas, debe haber un cuidadoso equilibrio, que no deben dejarse influenciar ni por la presión política ni mediática. Y que su ámbito de protección tampoco puede quedar a merced de la negligencia fiscal, en cualquiera de sus niveles, perjudicando a los investigados al fomentar que se les mantenga en una situación indefinida de vulnerabilidad. Por ello, ha de observar un plazo razonable, que es uno de los pilares de los derechos de los investigados y una columna vertebral de un Estado Constitucional.

S.

RAMOS NÚÑEZ

EXP. N.º 05811-2015-PHC/TC
LIMA
NADINE HEREDIA ALARCÓN

**FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO SARDÓN DE
TABOADA**

Estoy de acuerdo con que la demanda es INFUNDADA, pero considero que no debió ser reconvertida en una de amparo sino mantenerse como una de hábeas corpus, en tanto el último párrafo del artículo 25 del Código Procesal Constitucional señala lo siguiente:

“También procede el hábeas corpus en defensa de los derechos constitucionales conexos con la libertad individual, especialmente cuando se trata del debido proceso (...)”.

996

SARDÓN DE TABOADA

EXP. N.º 05811-2015-PHC/TC
LIMA
NADINE HEREDIA ALARCÓN

FUNDAMENTO DE VOTO DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

Si bien coincido con los fundamentos y fallo de la sentencia, estimo que adicionalmente deben agregarse determinados argumentos sobre un asunto que ya pude advertir en mi voto singular del Exp. N.º 04617-2012-PA/TC (auto de fecha 18 de noviembre de 2014), como es la grave violación a la independencia judicial por algunas altas autoridades del Estado, representantes de partidos políticos y específicos medios de comunicación, entre otros, que reflejan una práctica no democrática y antijurídica de presionar a los jueces durante la tramitación de un proceso para que fallen en un determinado sentido.

997

Cuando los jueces decidimos cómo se resuelve un caso concreto, mediático o no, no lo hacemos porque una autoridad política nos amenaza con una acusación constitucional, porque lo exige un determinado partido político o porque así lo quiere un ciudadano, sino porque la Constitución y las leyes, aplicables a todos los peruanos por igual, ya han establecido en gran medida cuáles son los contenidos normativos que resultan aplicables en un caso y eso es lo que los jueces y juezas de este país debemos hacer respetar. Nuestra obligación jurídica y moral es defender el Derecho que parte desde la Constitución y de ninguna manera los puros intereses políticos de una persona o determinado grupo de personas. Lo que nuestras autoridades, representantes políticos, medios de comunicación y opinión pública en general deben hacer es fortalecer a una institución como el Tribunal Constitucional, tan importante en las modernas democracias, por ejemplo, mediante el respeto al proceso deliberativo previo una sentencia y, posteriormente, si se quiere, mediante la crítica objetiva de sus decisiones, una vez que estas se han publicado.

Seguidamente expresaré algunas consideraciones sobre: i) la importancia del respeto a la independencia judicial y su relación con derechos como a la crítica de las resoluciones judiciales y a la libertad de expresión; ii) las obligaciones constitucionales del Ministerio Público; y, iii) el principio *ne bis in idem* en el caso concreto.

i) *Independencia judicial “externa”, crítica de resoluciones y libertad de expresión*

1. Tiene dicho el Tribunal Constitucional (Exp. N.º 00004-2006-PI/TC FJ 18) que la dimensión externa de la independencia judicial, exige que la autoridad judicial, en el desarrollo de la función jurisdiccional, no pueda sujetarse a ningún interés que provenga de fuera de la organización judicial en conjunto, ni admitir presiones para resolver un caso en un determinado sentido. Las decisiones de la autoridad judicial no pueden depender de la voluntad de otros poderes públicos (Poder Ejecutivo o Poder Legislativo, por ejemplo), partidos políticos, medios de comunicación o particulares en general, sino tan solo de la Constitución y de la ley que sea acorde con ésta.
2. Ahora bien, la exigencia de que el juzgador, en el ejercicio de la función jurisdiccional, no admita la influencia de otros poderes o personas, sean públicos o privados, no implica que el juez goce de una discreción absoluta en cuanto a las decisiones que debe asumir, pues precisamente el principio de independencia judicial tiene como correlato que el juzgador solo se encuentre sometido a la Constitución y a la ley expedida conforme a ésta, tal como se desprende de los artículos 45 y 146, inciso 1), de la Constitución, que establecen lo siguiente: “El poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen (...)”; y “El Estado garantiza a los magistrados judiciales: 1. Su independencia. Sólo están sometidos a la Constitución y la ley”, respectivamente.
3. Lo expuesto no implica que la actuación de los jueces, en tanto que autoridades, no pueda ser sometida a crítica. Ello se desprende, de una parte, por lo establecido en el artículo 139, inciso 20, de la Constitución, que dispone que toda persona tiene derecho “de formular análisis y críticas de las resoluciones y sentencias judiciales, con las limitaciones de ley”, el mismo que, como es de público conocimiento, es ejercido plenamente mediante revistas y publicaciones especializadas, diversos medios de comunicación y doctrina nacional. Asimismo, tal derecho a la crítica se deduce del artículo 2, inciso 4, del mismo cuerpo normativo, según el cual toda persona tiene derecho a la libertad de opinión, expresión y difusión del pensamiento. Sin embargo, tales derechos tienen límites. Uno de ellos es precisamente que su ejercicio no pueda servir para orientar o inducir a una determinada actuación del juez, pues este solo se encuentra vinculado por la Constitución y la ley que sea conforme a esta.
4. En el presente caso, no cabe duda que por diversas circunstancias existe un alto componente mediático que ha generado la atención de la opinión pública en general, expresado en medios escritos, radiales, televisivos y de internet. Dicha cantidad de información y opinión sobre la actividad del Tribunal Constitucional y

de sus integrantes, tiene ciertamente una faceta positiva y otra negativa. Como lo recuerda Manuel Aragón,¹ la faceta positiva se refiere a que con dicha publicidad se robustece el control social que sobre el poder jurisdiccional, como todo poder público, debe realizarse en todo Estado democrático de Derecho, lo que “redunda, sin duda alguna, en beneficio de la misma justicia y, más específicamente, en un reforzamiento de la legitimación de los jueces”.² Lo positivo de la publicidad de un caso judicial mediático es que acerca la justicia constitucional a los ciudadanos de a pie, mostrándoles la forma de protección de sus derechos fundamentales, así como los límites que tienen y deben tener quienes administran justicia.

5. La fase negativa tiene que ver con que dicha afluencia de información y opinión sobre la actividad del Tribunal Constitucional pone en riesgo la independencia judicial o por lo menos, la imparcialidad judicial, pues algunas de dichas publicaciones pueden reflejar verdaderos “juicios paralelos”, es decir, juicios no jurisdiccionales en los que ya se ha “condenado” a una persona y se busca que los jueces actúen conforme a dichos juicios. Eso es precisamente lo que ha sucedido en el presente caso. Incluso antes de la respectiva audiencia pública, algunos congresistas ya habían “investigado”, “procesado” y “concluido” que la demanda de autos debía ser desfavorable a la accionante y que si los magistrados del Tribunal Constitucional resolvían en sentido contrario iban a ser objeto de un procedimiento de acusación constitucional. Esa es una conducta que constituye una clara afectación de la independencia judicial.
6. Si a algunos no les interesa preservar la independencia judicial, a nosotros, los magistrados del Tribunal Constitucional, si nos importa y mucho. Cuando se ejerce la función jurisdiccional con independencia y apego a la Constitución y a la ley se consolida un importante capital social: la legitimidad y autoridad de las decisiones de este órgano constitucional. En dicha legitimidad y autoridad resulta importante la confianza por parte de la opinión pública, pese a que, algunas veces, dicha opinión es frágil y voluble. Es por ello, que “la fe en la opinión pública debe alimentarse, cultivarse y sostenerse permanentemente. Es mucho más difícil conquistarla que perderla. Un patrimonio de respeto construido durante años puede ser perdido por un solo pronunciamiento infeliz que alimente las sospechas sobre la parcialidad política de quienes lo expidieron”.³

1 ARAGÓN, Manuel. “Independencia judicial y libertad de expresión”. *Derecho Privado y Constitución*. N.º 10, septiembre.diciembre, 1996, p. 259-267.

2 *Idem*. p. 260.

3 FIORILLO, Mario. “Corte Costituzionale e opinione pubblica”. En: *Corte Costituzionale e processi di decisione politica*. Atti del seminario di Otranto – Lecce svoltosi il 4-5 giugno 2004, p. 121.

7. Finalmente, es necesario mencionar que las críticas abusivas y sin fundamento a los jueces y juezas pueden lesionar su derecho fundamental al honor, que no lo han perdido por su desempeño judicial y, además, puede constituir “uno de los sutiles mecanismos destinados a ejercer una influencia ilícita en el ejercicio de su función jurisdiccional, especialmente evidente cuando la expresión y/o información afectan abiertamente al prestigio profesional del operador jurídico poniendo en cuestión su actuación independiente”.⁴

ii) *Las obligaciones constitucionales del Ministerio Público*

8. No cabe duda de la importancia que el Ministerio Público tiene en el Estado Constitucional. Conforme al artículo 159, incisos 1, 4 y 5 de la Norma Fundamental, 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”, “4. Conducir desde su inicio la investigación del delito (...)”; y, “Ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte”.

9. Al respecto, se ha sostenido que “el Ministerio Público se rige por dos grandes principios de actuación, el de legalidad, en cuya virtud los fiscales actúan con sujeción a la Constitución, a las leyes y a las demás normas del ordenamiento jurídico vigente; y el de imparcialidad en mérito al cual los fiscales actúan con plena objetividad e independencia en defensa de los intereses que le están encomendados”.⁵ Es por ello que el Ministerio Público debe ser visto desde una doble perspectiva: “(...) el Fiscal *formalmente* es parte, y como tal figura en el proceso promoviendo la acción penal, aportando pruebas, ejercitando los recursos, etc.; y, que *materialmente*, representa el interés público, no parcial, de la realización de la justicia”.⁶

10. De la revisión de autos, estimo que no está en tela de juicio la relevante intervención que actualmente viene desempeñando el Ministerio Público. Sin embargo, si apreciamos la actividad fiscal en su conjunto (investigaciones fiscales 122-2009 y 480-2014), es evidente que dicha actuación fiscal no ha sido uniforme. Es por ello, que el Tribunal Constitucional ha resuelto notificar con la presente sentencia al Órgano de Control del Ministerio Público a fin de que se realice una investigación sobre la conducta funcional de los fiscales que tuvieron a su cargo

1000

4 MARTINEZ ALARCÓN, María Luz. *La independencia judicial*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, p. 127.

5 CUBAS VILLANUEVA, Víctor. “Comentarios al artículo 158 de la Constitución”. En: *La Constitución comentada*. Lima, Gaceta Jurídica, Tomo III, 2013. p. 480.

6 SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho procesal penal*. Lima, Grijley, 2ª ed. 2006, p. 235.

la carpeta fiscal 122-2009 y se determine si existió o no omisión de funciones al realizar dicha investigación.

11. Cuando un fiscal asume la función de investigación, no adquiere un ámbito de libertad absoluto e ilimitado para que en cada caso sea su mera subjetividad la que oriente su actividad o que esta sea ilimitada en el tiempo. Los ciudadanos no pueden ser investigados *sine die* (sin plazo y sin fecha). De allí la importancia de que el trabajo fiscal sea realizado correctamente, mediante una escrupulosa investigación, una sola vez. Dicha regla general admite excepciones, pero el Ministerio Público debe tener claro que éstas son singularidades que raramente deben ocurrir cuando se ha evidenciado que una primera investigación fiscal fue defectuosa (con las graves sanciones que debe acarrear para el responsable de dichas deficiencias) o cuando, posteriormente a dicha investigación, han aparecido nuevos medios probatorios cuya obtención resultaba imposible al momento de tal investigación. Sólo así se pueden realizar una segunda investigación fiscal legítima.
12. Es por ello que el grado de discrecionalidad atribuido a un fiscal para que realice la investigación sobre la base de la cual determinará si existen elementos suficientes que justifiquen su denuncia ante el juez penal, se encuentra sometida a principios constitucionales que, como el de interdicción de la arbitrariedad, proscriben: a) actividades caprichosas, vagas e infundadas desde una perspectiva jurídica; b) decisiones despóticas, tiránicas y carentes de toda fuente de legitimidad; y c) lo que es contrario a los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica (Exp. N.º 06167-2005-PHC/TC FJ 30).

1001

iii) *El principio ne bis in idem en el caso concreto*

13. La acreditación de la vulneración del principio *ne bis in idem* en el ámbito fiscal, exige la verificación de una triple identidad entre dos investigaciones fiscales: mismas personas (y no grupos genéricos de personas), mismos hechos (minuciosamente detallados) y mismo fundamento jurídico.
14. En el presente caso, el Tribunal Constitucional ha considerado que la segunda investigación fiscal seguida contra la demandante (480-2014) no vulnera el principio *ne bis in idem*, en la medida que tal actuación, vista como una unidad (lo que incluye las respectivas ampliaciones), ha identificado nuevas personas, así como hechos nuevos y material probatorio que no fueron materia de análisis en la primera investigación fiscal (122-2009), como por ejemplo, el Reporte IUF N.º 025-2015-DAO-IUF-SBS de fecha 25 de mayo de 2015, más allá de haberse considerado también que la primera investigación fiscal fue deficientemente realizada.

15. Adicionalmente a lo ya expuesto, cabe destacar que a fojas 1246 de autos aparece el aludido Reporte IUF N.º 025-2015-DAO-IUF-SBS, expedido por la Unidad de Inteligencia Financiera de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, que concluye en lo siguiente:

“1. Respecto a la Cuenta de Ahorros Dólares (...) del BCP, a nombre de Nadine Heredia Alarcón, se conoce que en el periodo 20/10/2005 y 05/03/2009 recibió ingresos por un monto total de USD 216,062, sin embargo, la mencionada persona presentó como parte de su declaración indagatoria, realizada ante el Fiscal Provincial Titular de la Segunda FECOR, el sustento documentario solo por un monto de USD 168,700. Adicionalmente, se han identificado inconsistencias entre la numeración de algunos de los recibos de honorarios presentados y las fechas de los abonos en cuenta. El monto de los recibos que presentan inconsistencias es de USD 59,500.

2. El Crédito Hipotecario N.º (...) otorgado por el BCP favor de Nadine Heredia Alarcón habría sido cancelado en forma anticipada en un periodo de 06 años (...) aun cuando el contrato establecía hasta 15 años. Del monto total pagado, ascendente a USD 122,831, el 87% (USD 106,955) provino de los fondos ingresados en la cuenta de ahorros dólares (...) sobre los cuales se ha detectado ciertas inconsistencias en relación al sustento presentado durante su declaración indagatoria (...). Asimismo, se ha identificado que el 13% (USD 15,876) no tiene un origen conocido (...).

16. En suma, tales documentos que aparecen en autos no hacen sino acreditar la existencia de nuevos elementos de prueba que deberán ser meritados por el Ministerio Público conforme a sus competencias constitucionales y legales.

S.

LEDESMA NARVÁEZ

EXP. N.º 05811-2015-HC/TC
LIMA
NADINE HEREDIA ALARCÓN

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Comparto el sentido de la decisión adoptada por mis colegas en este caso, pero considero indispensable realizar algunas precisiones en torno a las razones que, desde mi punto de vista, sustentan esta decisión.

I. Sobre la competencia del Tribunal Constitucional y los alcances del recurso de agravio solicitado

Hoy la principal responsabilidad de un juez constitucional, como intérprete de cierre de la Constitución, es la concretización de los principios, valores y derechos recogidos en dicha Constitución, o, en su caso, de la lectura sistemática o convencionalizada de esa Constitución, o de lo que pueda inferir al respecto.

1003

Ahora bien, esta labor de concretización, y lo que se desarrolla dentro de este escenario (constitucionalización del Derecho, constitucionalización de la política, convencionalización del Derecho), se hace mediante el uso de diferentes instrumentos (diverso tipo de resoluciones, sentencias interpretativas “puras” o “simples”, sentencias interpretativas manipulativas, etcétera), y con atención a ciertos recaudos.

En esto último debemos ser claros: reconocer que incluso el quehacer político deba en un Estado Constitucional tenga que desarrollarse de acuerdo con parámetros constitucionales (constitucionalización de la política), ello no significa habilitar un impulso a una politización de la justicia, alternativa a través de la cual se intentaría dirigir la actuación de los juzgadores y juzgadas.

De otro lado, innegable es en el Estado Constitucional la relevancia de los medios de comunicación social, cuya cabal actuación hay que avalar, sin importar que ella involucre, entre otras cosas, una crítica a como se viene desarrollando la labor jurisdiccional de algunos jueces y juezas. Sin embargo, el capricho, la intención de efectuar juicios paralelos a los que compete realizar a los jueces, la voluntad de dirigir las

labores de una entidad o el interés de perjudicar la credibilidad ciudadana de alguna persona o entidad no pueden ser las motivaciones para presentar algo como hecho noticioso cuando en puridad no lo es.

Un elemento esencial dentro de todo Estado Constitucional que se precie de serlo, es el respeto a las instituciones y a las personas. Se puede discrepar con su quehacer, pero no se debe buscar cooptar o dirigir su labor. Menos aún, descalificar su quehacer, máxime si para ello se recurren a informaciones falsas o, por lo menos, obtenidas sin haber tenido una razonable diligencia en el manejo de las fuentes.

Querer mediatizar la independencia o la imparcialidad de los jueces es, máxime en ciertos contextos como los aquí descritos, debilitar la institucionalidad de un Estado en particular. Recurrir para ello a efectuar aseveraciones falsas o inexactas sobre un juzgador tiene además el efecto de injusta y abusivamente vulnerar su buena reputación. Corresponde entonces invocar a la clase política de todo país, así como a quienes dirigen los diferentes medios de comunicación, no perder de vista este tipo de consideraciones¹.

Y junto con estos recaudos, conviene tener presente que la labor de los jueces constitucionales admite límites, que van más allá de la propia restricción del juzgador. La tarea interpretativa de este tipo de jueces (zas) admite los límites asignados, en primer

1004

1 Lo expuesto, sin embargo, no excluye a que algún juzgador (a), en función a las características de cierto caso en particular, pueda, según cada ordenamiento jurídico específico, ser recusado o, lo que corresponde en el caso del Tribunal Constitucional peruano, abstenerse por decoro. Para ello debe tenerse en cuenta si estamos ante supuestos de afectación a la dimensión objetiva de la imparcialidad (vinculación con el objeto del proceso), a su dimensión subjetiva (relación con los sujetos del proceso), o a una necesaria apariencia de imparcialidad.

Conviene incidir sobre este último aspecto, el de la apariencia de imparcialidad, concepto desarrollado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en este sentido *Delcourt c. Bélgica* (1970), *Piersack c. Bélgica* (1984); *Hauschildt c. Dinamarca* (1989); entre otros), la Comisión Interamericana (desde sus informes sobre Cuba de 1983 o acerca de Chile de 1985), y la Corte Interamericana (*Genie Lacayo c. Nicaragua* (1997), *Tribunal Constitucional c. Perú* (2001), *Baruch Ivcher c. Perú* (2001); entre otros); así como por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano.

En estos casos, es fácil acreditar como en puridad no existe interés o vinculación entre los(as) juzgadores(as) y las partes o el objeto del proceso. Sin embargo, podrían afectar la actuación jurisdiccional de esos juzgadores(as) y, lo que es más grave, la credibilidad ciudadana en las labores de impartición de justicia.

Esta apariencia de imparcialidad, en mérito a que actualmente se encuentra completamente convencionalizada, habilita, muy a despecho de una lectura literal del artículo 33 inciso 3 del Código Procesal Constitucional, a que haya abstenciones por decoro en habeas corpus, justificables tanto por eventual vinculación de los juzgadores(as) con las partes o con sus abogados, pudiendo ser esa relación en mérito a consideraciones de amistad como de enemistad. Ello lamentablemente no fue reconocido en este proceso por nuestro Tribunal Constitucional, en mérito a una decisión que se definió con el voto decisorio de su presidente.

lugar, a quien es autoridad (racionalidad, razonabilidad, deber de motivación, corrección funcional). Aunado a ello, conviene tener en cuenta el carácter jurisdiccional de la labor de estas autoridades, y lo que ello involucra (negación de juicios de calidad u oportunidad, respeto a congruencia procesal, alcances de la convencionalización del Derecho, respeto a la especificidad técnica de algunas materias, reconocimiento del carácter difícil y hasta trágico de ciertos casos que deben resolver). Ahora bien, un límite de vital relevancia a esta labor interpretativa es, además de los ya aquí reseñados, el de lo que se busca interpretar: lo previsto en el texto de la Constitución, lo que puede inferirse razonablemente de dicho texto, o la que pueda deducirse de una interpretación sistemática o convencionalizada de dicha constitución.

En este punto, se hace necesario señalar que un recurso de agravio constitucional atípico como el planteado en este proceso se encuentra dentro de lo que un juez (a) constitucional puede realizar sin ir más allá de los límites al ejercicio de sus funciones.

Conviene entonces en este punto especificar que el Tribunal Constitucional ha admitido, de manera excepcional, la procedencia de recursos de agravio constitucional contra resoluciones de segundo grado que declaren fundada la demanda, en algunos supuestos específicos, teniendo para ello en consideración la existencia de ciertos mandatos convencionales y constitucionales que le habilitan a ello.

1005

Al respecto, es cierto que el artículo 202, inciso 2, de la Constitución establece la competencia del Tribunal Constitucional para “[c]onocer, en última y definitiva instancia, las *resoluciones denegatorias* de hábeas corpus, amparo, hábeas data, y acción de cumplimiento” (cursivas nuestras), entendiéndose por “resoluciones denegatorias” a aquellas en las que la judicatura constitucional ha declarado improcedente o infundada la demanda. Sin embargo, necesario es anotar cómo no cabe solamente realizar lecturas aisladas, meramente literales o reglamentarias de esta disposición, siempre y cuando, tal como ya se aclaró, existan otras disposiciones constitucionales y convencionales que también merecen ser tomadas en cuenta al perfilar las competencias del Tribunal Constitucional.

Efectivamente, como este órgano colegiado ha señalado:

“[E]l 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 com-

partimentos 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” (STC Exp. N° 0005-2003-AI; f. j. 23).

“[L]as 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” (STC Exp. N° 0008-2003-AI; f. j. 5).²

En esa misma línea, tal como se señala en la sentencia del presente caso, existen pronunciamientos del Tribunal Constitucional donde incluso se ha dicho que una interpretación literal y aislada de una disposición constitucional puede más bien ser una alternativa inconstitucional. En ese tener lo resuelto en la STC 5854-2005-AA, caso Lizana Puelles. En esa sentencia este Tribunal Constitucional procede a realizar una interpretación sistemática de lo previsto en varias disposiciones constitucionales y de lo recogido a nivel convencional, para luego así habilitar una interpretación donde no se deja exenta de control de constitucionalidad la actuación del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral.

1006

Al respecto, el artículo 201 de la Constitución peruana vigente señala que el Tribunal Constitucional es el intérprete vinculante final de nuestra Constitución (“órgano de control de la Constitución”), disposición que fundamenta de mejor forma las competencias del Tribunal Constitucional desarrolladas por la ley (Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y Código Procesal Constitucional).

Por ello mismo, puede afirmarse coherentemente que, desde una interpretación sistemática de la Constitución consigo misma, apelando al criterio interpretativo de “unidad de la Constitución”, así como en base a una comprensión de la Constitución conforme con ciertos tratados, el artículo 202 de la Constitución debe entenderse como el reconocimiento de un conjunto básico o elemental de competencias reconocidas al Tribunal Constitucional, enumeradas de manera expresa por el constituyente.

² En similar sentido, cfr. además las SSTC Exp. N° 02730-2006-PA/TC, f. j. 6; Exp. N° 1091-2002-HC/TC, f. j. 4; Exp. N° 05854-2005-AA/TC, ff. jj. 15 y 16, y Exp. N° 4587-2004-AA/TC, f. j. 70.b.

Ello se produce, sin perjuicio de otras que puedan ser otorgadas al Tribunal por el legislador orgánico, o que jurisprudencialmente encuentren fundamento en los demás artículos de la Constitución o en los tratados de derechos humanos (atendiendo así, desde luego, al fenómeno de la convencionalización de los ordenamientos jurídicos de cada Estado en particular).

Mi preocupación, destinada a que el Tribunal Constitucional peruano con su actual composición fije una posición con respecto a los llamados recursos de agravio atípicos ha sido reiterada. Así lo demuestran nuestros fundamentos de voto en las SSTC 0165-2013-PA, 3386-2013-PA, 4456-2012-PA, 0283-2013-PA, 2317-2013-PA, 2191-2012-PA, 4704-2013-PHD, 0893-2012-PA, 0342-2013-PA, 0765-2012-PA, 4545-2012-PHC, 2693-2011-PA, 7026-2013-PA, 2940-2013-PA, 7230-2013-AA, 3196-2014-AA, 0896-2014-AA, 0860-2013-AA, 0920-2012-AA, 1253-2013-HC, 6377-2013-AA y 6833-2013-PA; pero sobre todo en el informe que sobre el particular presenté al Pleno del Tribunal, en abril de 2015, el cual, lamentablemente, aún no se ha debatido. Allí, por cierto, se propone una justificación para consolidar la constitucionalidad y la legalidad de algunos de esos recursos de agravio atípicos, en base a consideraciones constitucionales y convencionales. Sobre esta base, conviene tener presente que, en nuestra opinión, por lo menos varios de los supuestos de recurso de agravio constitucional excepcionales contra sentencias fundadas de segundo grado que fueron reconocidos por el Tribunal Constitucional han tenido respaldo en mandatos constitucionales específicos o en convenciones sobre derechos humanos.

1007

En efecto, el recurso de agravio constitucional (RAC) a favor de la lucha contra el tráfico ilícito de drogas y/o el lavado de activos (STC Exp. N° 2748-2010-PHC) encontró su fundamento en el artículo 8 de la Constitución (“El Estado combate y sanciona el tráfico ilícito de drogas. Asimismo, regula el uso de los tóxicos sociales”), y en diversos tratados internacionales, tales como la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes, enmendada por el Protocolo de 1972; el Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas de 1971; la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988; y la Convención Internacional para la represión del financiamiento del terrorismo.

Por su parte, el RAC a favor de la lucha contra el terrorismo (STC Exp. N° 1711-2014-PHC) se sustentó en el artículo 44 de la Constitución (“Son deberes primordiales del Estado: [...] garantizar la plena vigencia de los derechos humanos [y] proteger a la población de las amenazas contra su seguridad”), así como en la Convención Americana contra el Terrorismo; la Convención Internacional para la represión del financiamiento del terrorismo, y también en previa jurisprudencia del propio Tribunal sobre la materia (STC Exp. N° 0010-2002-AI).

En el caso de autos, entonces, corresponde a este Tribunal determinar si tiene o no habilitación constitucional para entrar a conocer el fondo del recurso de agravio puesto a su consideración. Al respecto, se debe reconocer que si bien en la STC Exp. N° 2748-2010-PHC, ya antes citada, se reconoció inicialmente la posibilidad de presentar recursos de agravio a favor de la lucha contra el lavado de activos, el sustento que se ofreció estuvo relacionado con el delito de tráfico ilícito de drogas, como puede distinguirse sin dificultad al leer su fundamentación.

Siendo así, es necesario preguntarnos si la Constitución peruana vigente o algunos tratados ratificados por el Perú contienen algunos mandatos que, tal como ha ocurrido con los supuestos ya reconocidos de RAC excepcional, obliguen a este órgano colegiado a admitir el recurso de autos.

Al respecto, encuentro que, a partir de la Constitución y de diversas convenciones internacionales, existen mandatos claros que vinculan al Estado en su conjunto, y sin duda también al Tribunal Constitucional, a luchar enfática y decididamente contra la corrupción, contra el crimen organizado y, en este contexto, también contra el lavado de activos.

1008

Considero entonces que la Constitución establece con claridad, en el segundo párrafo del artículo 35 de la Carta de 1993, que la ley establece normas orientadas a asegurar el funcionamiento democrático de los partidos políticos, y la transparencia en cuanto al origen de sus recursos económicos. En esa misma línea se encuentra también lo regulado en la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción³³ y en la Convención Interamericana contra la corrupción⁴⁴, tratados ratificados por el Perú, los cuales también hacen referencia expresa a la lucha contra el lavado de activos. En este sentido, y en la línea de una comprensión convencionalizada de la Constitución peruana de 1993, conviene tomar en cuenta lo dispuesto, entre otros instrumentos internacionales, en la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción, y la Convención Interamericana contra la corrupción. Es más, y sobre el nefasto fenómeno de la corrupción, este Tribunal ya se ha pronunciado de manera expresa. Se ha referido a la lucha en su contra en sentido amplio y frontal, indicando lo siguiente:

3 Aprobada por el Congreso de la República, mediante Resolución Legislativa N° 28357, de 5 de octubre de 2004, ratificada por el Decreto Supremo N° 075-2004-RE.

4 Aprobada por el Congreso de la República, mediante Resolución Legislativa N° 26757, de 5 de marzo de 1997, ratificada por Decreto Supremo N° 012-97-RE.

“La corrupción es en sí misma un fenómeno social que, no puede soslayarse, se encuentra dentro y fuera de la administración del propio Estado, la política apuntada deberá establecer el nexo entre Estado y sociedad civil, en la medida que la defensa del “programa” constitucional, exige una actuación integral.

Precisamente, se debe partir por considerar que el ordenamiento constitucional, por su naturaleza, exige combatir toda forma de corrupción; en tal sentido, el constituyente ha establecido mecanismos de control político parlamentario (artículos 97 y 98 de la Constitución), el control judicial ordinario (artículo 139 de la Constitución), el control jurídico constitucional (artículo 200 de la Constitución), el control administrativo, entre otros.

El proceso de lucha contra cualquier forma de corrupción -tanto aquéllas vinculada al aparato estatal como las que coexisten en el ámbito de la sociedad civil- obliga a los clásicos poderes del Estado, a los cuales se suma el Tribunal Constitucional en el cumplimiento del deber de la jurisdicción constitucional concentrada y difusa, tomar medidas constitucionales concretas a fin de fortalecer las instituciones democráticas, evitando con ello, un directo atentando contra el Estado social y democrático de Derecho, así como contra el desarrollo integral del país.

1009

En ese sentido el Tribunal Constitucional, en tanto, supremo intérprete de la Constitución, le corresponde también instalarse en una posición de defensa y soporte de la misma, que permita la consolidación de un proyecto normativo de superación de cualquier forma de crisis de la convivencia social y política, de los distintos intereses de trascendencia pública, que posibiliten su gestión responsable y el restablecimiento de una ética social.

Proyecto que adquiere una dimensión jurídica propia en los principios constitucionales de transparencia y publicidad, cuya consolidación permitirá fundamentar un modelo de Estado y de sociedad, basado en una abierta cooperación entre el Estado y los distintos agentes sociales, en el cumplimiento del deber constitucional de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación (artículo 44º de la Constitución). Pues, sólo de esta forma se posibilitará la creación y consolidación de un entorno ético fundamental que rechace enérgicamente la tolerancia social con respecto a todas las formas posibles de corrupción y de irregularidad en la gestión de los intereses públicos” (STC Exp. N° 0009-2007-PI y 0010-2007-PI, ff. jj. 53-58).

Como puede apreciarse, existen elementos constitucionales y convencionales para justificar la competencia de este Tribunal Constitucional mediante un recurso de agravio constitucional atípico. Ahora bien, conviene tener presente como los Estados Constitucionales de todas partes del mundo hoy se enfrentan también a otras actividades delictivas, bien estructuradas y financiadas, que traspasan las fronteras nacionales y que inciden gravemente en los derechos más elementales de amplios sectores de la población, muchos de ellos en situación de vulnerabilidad. Frente a dicha perniciosa realidad, los Estados han acordado convenios y aprobado legislación específica que tiene por finalidad enfrentar, con los mejores medios posibles, estas conductas que afectan u ofenden a la humanidad entera, como son, por ejemplo, los delitos de trata de personas; de tráfico ilícito de migrantes; de pornografía infantil; de genocidio, desaparición forzada y tortura; de tráfico ilícito de armas; o de tráfico ilícito de drogas. También conviene destacar la existencia de delitos que vienen afectando a nuestro país de manera alarmante, como es el caso del ya mencionado tráfico ilícito de drogas, pero también el terrorismo, la minería ilegal, el proxenetismo, el secuestro, el sicariato, el marcaje o reglaje, los delitos contra la administración pública, etcétera.

1010

En todos estos casos, así como en otros similares, no solo estamos la vulneración o puesta en peligro de bienes del máximo valor, sino que existe un alto riesgo de que la criminalidad organizada se valga de medios antijurídicos para librarse de la persecución y la sanción criminal. Frente a ello, ni la comunidad internacional ni el Estado peruano deben quedarse impávidos. Por el contrario, puede constatarse como se han generado formas de colaboración y estrategias de lucha orgánica contra los grupos criminales, tal como lo evidencia, entre otras, algunas de las convenciones ya citadas sobre lucha contra el terrorismo y tráfico ilícito de drogas, así como diversos tratados y convenios que tienen como objetivo perseguir y enfrentar específicamente los delitos arriba mencionados, siendo especialmente destacable la existencia de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, aprobada por Resolución de la Asamblea General 55/25, 15 de noviembre de 2000⁵; así como, en el ámbito interno, la Ley contra el Crimen Organizado, Ley N° 30077; la Ley de Lavados de Activos, Ley N° 27765 (D), y el Decreto Legislativo de lucha eficaz contra el lavado de activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y crimen organizado, Decreto Legislativo N° 1106.

En atención a todo ello, este Tribunal Constitucional determina que, atendiendo y obedeciendo los mandatos constitucionales y convencionales antes señalados, se

5 Ratificada por el Estado peruano mediante R. Leg. N° 27527, del 8 de octubre de 2001, y vigente (junto a sus protocolos) desde el 29 de setiembre de 2003.

encuentra habilitado para conocer excepcionalmente los recursos de agravio constitucional a favor de la lucha contra la corrupción, a favor de la lucha contra el crimen organizado, y a favor de la lucha contra el lavado de activos, incluso frente a sentencias de segunda instancia o grado que hayan declarado fundada la demanda.

II. Sobre los alcances del control constitucional de las actuaciones del Ministerio Público

Las actuaciones fiscales, en tanto y en cuanto pueden incidir en el ejercicio de diversos derechos fundamentales (principalmente la libertad personal, pero también se puede incluir en esta relación a otros derechos, en los cuales destacan especialmente el debido proceso y la inviolabilidad de domicilio), son pasibles de control constitucional.

Ahora bien, y como punto de partida para la revisión de este tema, debe reconocerse que, como bien tiene dicho este Tribunal:

La Constitución ha asignado al Ministerio Público una serie de funciones constitucionales, entre las cuales destaca la facultad de ejercitar la acción penal ya sea de oficio o a pedido de parte, tal como dispone el artículo 159º, inciso 5, de la Constitución. Si bien es una facultad discrecional reconocida por el poder constituyente al Ministerio Público, **es obvio que esta facultad, en tanto que el Ministerio Público es un órgano constitucional constituido y por ende sometido a la Constitución, no puede ser ejercida, irrazonablemente, con desconocimiento de los principios y valores constitucionales, ni tampoco al margen del respeto de los derechos fundamentales**⁶.

1011

Sin embargo, si se habilitara la posibilidad de establecer un control irrestricto sobre los actos de los fiscales, se corre el riesgo de obstaculizar todas las investigaciones que entablen los miembros del Ministerio Público y, en consecuencia, se afectaría el cumplimiento de la labor que el mismo ordenamiento jurídico peruano les encomienda.

Es así que el Tribunal ha realizado el esfuerzo por postular algunos criterios que deben ordenar la labor del juez constitucional en estos casos, independientemente de los límites que el derecho en cuestión le pueda imponer.

Es oportuno anotar en este punto que el control de la actuación del Ministerio Público, como el de cualquier otro órgano constitucional autónomo, debe encontrarse claramente ceñida al criterio interpretativo de corrección funcional.

6 STC 02725-2008-PHC/TC, fj. 3.

Este Tribunal no puede invadir las competencias de los órganos constitucionales autónomos, tal como por ejemplo dejara sentado en la RTC 00791-2014-AA. Por ende, no puede decidir si corresponde abrir investigación fiscal o no hacerlo, en clave de oportunidad.

Corresponde poner de relieve que se han señalado como los principios que deben guiar la actividad de los fiscales a los de:

- a) interdicción de la arbitrariedad;
- b) legalidad en la función constitucional; y
- c) debido proceso y tutela jurisdiccional⁷.

En relación con el principio de interdicción de la arbitrariedad, este Tribunal ha señalado, en el caso Cantuarias Salaverry, que “(...) el grado de discrecionalidad atribuido al fiscal para que realice la investigación sobre la base de la cual determinará si existen elementos suficientes que justifiquen su denuncia ante el juez penal, se encuentra sometida a principios constitucionales que proscriben: a) actividades caprichosas, vagas e infundadas desde una perspectiva jurídica; b) decisiones despóticas, tiránicas y carentes de toda fuente de legitimidad; y c) lo que es contrario a los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica”⁸.

1012

Toda vez que la demandante ha recurrido a la vía del proceso de habeas corpus, y aunque aquí ya se ha optado en reconvertir esta controversia en un amparo, corresponde analizar aquí en primer lugar cómo ha sido tratada la alternativa del hábeas corpus contra actuaciones fiscales por parte el Tribunal Constitucional. Luego de ello, resulta necesario ver que se ha planteado al respecto en el plano del proceso de amparo.

Control de actuaciones fiscales por medio del hábeas corpus

En procesos de habeas corpus se ha dicho reiteradamente que las actividades del Ministerio Público son solo postulatorias y en ningún caso decisorias (Exps. N.os 4052-2007-PHC/TC; 5773-2007-PHC/TC; 2166-2008-PHC/TC, 07961-2006-PHC/TC, 5570-2007-PHC/TC, 0475-2010-PHC/TC, entre otros). Ello quiere decir que, de cara a la libertad personal, que es el derecho principalmente tutelado en este proceso constitucional, las actuaciones fiscales no suponen amenaza alguna y, en principio, estas demandas deben ser declaradas improcedentes.

7 STC 06167-2005-PHC/TC, fj. 29 a 32.

8 STC 06167-2005-PHC/TC, fj. 30.

Bajo este punto de vista, no es que no se habilite el control, sino que, y por regla general, no corresponde ejercerlo por la vía del proceso constitucional. Se tiene dicho también que excepcionalmente podrá hacerse mediante un proceso de *habeas corpus* en cuanto se vulnere o se configure una afectación a la libertad personal o se afecte un derecho conexo, en la línea del artículo 25 del Código Procesal Constitucional, para lo cual se exige conexidad entre la alegada vulneración del debido proceso (u otro derecho conexo) y la amenaza a la libertad personal, amenaza que tendrá que ser cierta e inminente. El resultado de este razonamiento es que son muy pocos los casos de *habeas corpus* o amparos contra actuaciones fiscales que se conocen por el fondo en sede constitucional.

Ahora bien, esta postura que apunta, en principio, a que no exista control de actuaciones fiscales en sede procesal constitucional, ha sido matizada por el propio Tribunal, recurriendo para ello a exigir siempre la aplicación de determinados principios. El control de la actuación fiscal se sustenta, básicamente, en dos tipos de argumentación:

- a) una primera, que incide sobre la conexidad entre debido proceso y libertad personal; y
- b) otra que incide sobre el debido proceso y descarta la vinculación con la libertad personal.

1013

En la primera de ellas se parte de reconocer que los actos del fiscal son, sobre todo, actos de una autoridad y, por lo tanto, pueden incurrir en arbitrariedad, que corresponde ser controlada por el juez constitucional. Establecida la procedencia excepcional del *habeas corpus* frente a actos arbitrarios del Ministerio Público (STC 06167-2005-HC/TC y 02725-2008-PHC/TC, entre otras), se han reconocido tres criterios que deben seguir los fiscales en su actuación. Estos son los criterios de interdicción de la arbitrariedad, legalidad en la función constitucional y respeto del debido proceso y la tutela jurisdiccional (STC 06167-2005-HC/TC).

Otra forma de entender la conexidad que habilita la procedencia del *habeas corpus*, aunque no se desprende claramente del Código o de la jurisprudencia, es la de considerar que la eventual conexidad existente no debe darse en las vulneraciones concretas sino en los derechos⁹. Dicho con otras palabras, bastaría que en abstracto se comprenda que se compromete el ejercicio de algunos derechos, manifestaciones del debido proceso por ejemplo, que naturalmente se vinculan a la libertad personal.

9 GARCÍA CAVERO, Percy. La relación de conexidad en el *habeas corpus* conexo. En: Anuario de Derecho Penal 2008. Fondo Editorial PUCP, 2009.

Así entendido el problema, en aquellos casos no se requeriría mayor acreditación de conexidad, sin negarla necesariamente, para habilitar en esas situaciones el ejercicio de hábeas corpus contra actuaciones fiscales.

Sin embargo, una tesis de esta naturaleza enfrenta el problema de que las vulneraciones al derecho de defensa se pueden vincular claramente con la libertad personal, pero también puede no ser así, como sucede en el caso de que se vulnere ese derecho en el contexto de un proceso civil o uno contencioso administrativo, por citar unos ejemplos.

La segunda respuesta a este problema parte de una crítica a la argumentación en torno a la “influencia en la decisión judicial”, crítica que se formula en el caso Mejía Valenzuela (01887-2010-PHC/TC). Allí se intentó superar esta forma de entender la conexidad inicialmente invocada, buscando generar una construcción distinta que habilite el control de actuaciones fiscales en el hábeas corpus.

En dicho caso el Tribunal Constitucional partió asumiendo que le corresponde realizar un control “estrictamente constitucional, más no funcional” de la actividad fiscal. En esa línea, señaló que el respeto a un debido proceso se extiende a la labor de los fiscales, aun cuando se trate de supuestos pre-jurisdiccionales, y que las arbitrariedades que se presenten en dicho contexto podían ser objeto de su control.

1014

Sin embargo, al momento de establecer el parámetro de conexidad, se señaló que podían controlarse actos que vulneren o amenacen la libertad personal o sus derechos conexos. Luego, según este criterio, era posible optar entre alegar libertad personal o un derecho conexo al momento de interponer un habeas corpus contra actuación fiscal, sin necesidad de acreditar la conexidad entre ambos que exige el Código.

Control de actuaciones fiscales en el proceso de amparo

Como resulta evidente, el proceso de amparo es el medio procesal por el cual, en principio, debieran verse todas las violaciones o amenazas de violación al debido proceso que no se vinculen con la libertad personal. Tenemos pues que existen casos relacionados a actuaciones fiscales donde se produce una vulneración del debido proceso, mas no siempre puede acreditarse una conexidad con la libertad personal, o donde ya, por ejemplo, no puede acreditarse la subsistencia de siquiera una amenaza a la libertad personal. Ante aquellos casos, el proceso de amparo es idóneo para otorgar tutela adecuada ante la posible arbitrariedad de los miembros del Ministerio Público con la vulneración de algún aspecto del debido proceso, destacando entre ellos el *non bis in idem* (de, por ejemplo, la apertura de una investigación, el plazo razonable de la investigación y la motivación).

En la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional, es el escenario que se han dado en casos como Vázquez Paulo (STC 02493-2012-PA/TC), donde ha quedado establecido que en el amparo frente a actuaciones fiscales no se requiere acreditar algún tipo de conexidad, pues la tutela se da directamente sobre afectaciones al debido proceso, sin tomar en cuenta alegaciones a la libertad personal.

Cabe aclarar, en todo caso, que la arbitrariedad, entendida como actuación de autoridad carente de justificación objetiva, se vincula de forma especial al debido proceso, mas no necesariamente serán solamente derechos de orden procesal los que puedan ser vulnerados por una actuación fiscal. De afectarse otros derechos, no incluidos dentro de lo considerado por el artículo 25 del Código Procesal Constitucional, el amparo también será el proceso idóneo para dilucidar si existe o no una afectación a esos derechos fundamentales.

Ahora bien, y con respecto del *non bis in idem*, para poder acreditar su violación o amenaza de violación debe partirse necesariamente de reconocer el carácter de cosa decidida de la investigación fiscal primigenia, en tanto se haya presentado una decisión por la cual el fiscal a cargo de la investigación haya valorado que “no ha lugar a formular la denuncia penal”. Sin embargo, no podrá hablarse de cosa decidida si estamos ante una investigación incompleta o viciada.

1015

Cierto y necesario es afirmar que una persona no puede ser objeto de múltiples persecuciones, citaciones, tomas de declaraciones u ofrecimientos de prueba por los mismos hechos una y otra vez sin que pueda hablarse de una actuación arbitraria por parte del Ministerio Público. Ahora bien, y como ya se señalara, aquello no implica que el Ministerio Público no pueda abrir una nueva investigación frente a evidencias relevantes no tomadas en cuenta en el archivamiento de la primera investigación o cuando la misma haya resultado manifiestamente arbitraria o incurra en graves vicios que afectan sustancialmente su validez.

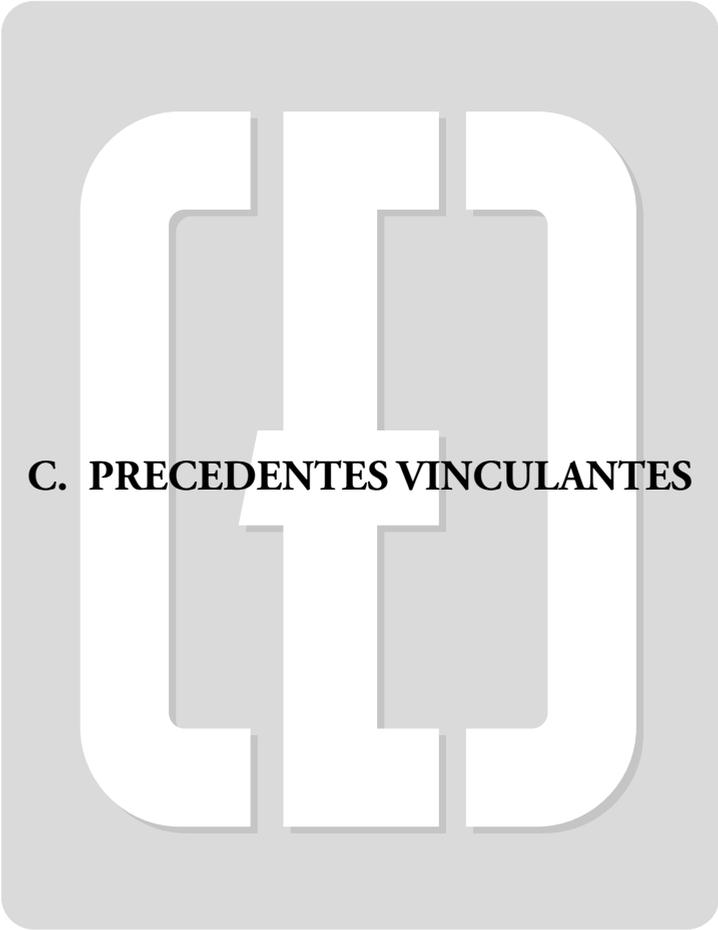
En tanto y en cuanto nos encontremos ante un caso que acredita la existencia de hechos nuevos, o se justifique incluso desde el mismo Ministerio Público una actuación deficiente de los fiscales que siguieron la primera investigación, parece razonable iniciar una nueva investigación que no sea idéntica a la anterior, o que no tenga los vicios que a esta se le imputa. Ello debe hacerse, claro está, tomando los recaudos necesarios para evitar que una investigación fiscal se mantenga indefinidamente abierta sin hechos nuevos o vicios que justifiquen esta situación.

III. Sobre la reconversión del proceso de Amparo

Tomando en cuenta los alcances del presente caso, bien puede constatarse que, antes que encontrarnos ante la violación o amenaza de violación a la libertad personal, estamos aquí ante la alegación de una vulneración del ejercicio del derecho al *non bis in idem*. Ello tendría como acto lesivo el inicio de una segunda investigación a la señora Nadine Heredia.

En aplicación del principio, clave en el ámbito procesal constitucional, de suplencia de la queja deficiente, y tomando en cuenta el derecho que en rigor se va a tutelar, procede pasar a reconvertir esta pretensión para así habilitar su resolución en sede de Amparo, siempre y cuando se cumplan con las reglas que este Tribunal ha establecido al respecto. En tanto y en cuanto considero que aquí esas reglas se han cumplido a cabalidad, resulta conveniente y atendible la reconsideración planteada, salvo mejor parecer.

Estas son pues las razones que justifican mi coincidencia con el sentido de la presente sentencia.



C. PRECEDENTES VINCULANTES

Sentencia 00987-2014-PA/TC

Proceso de amparo interpuesto por Francisca Lilia Vásquez Romero. El Tribunal desestimó la demanda y estableció un precedente vinculante sobre la procedibilidad del recurso de agravio constitucional y las sentencias interlocutorias denegatorias.

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 26 de agosto de 2014

Resumen: El Tribunal Constitucional declaró infundada la demanda de la recurrente quien alegaba la vulneración de sus derechos al debido proceso, de petición, de defensa, de libre acceso al órgano jurisdiccional y a la tutela procesal. No obstante, el Tribunal advirtió que en la demanda no obraba medio probatorio alguno que acreditara tales alegatos o qué contenido específico de tales derechos fue ilegítimamente intervenido, señalando que demandas como esta obstaculizan el normal desenvolvimiento de la justicia constitucional.

1019

El Tribunal señaló que para que se conceda el recurso de agravio constitucional no basta con la desestimación de la demanda en segunda instancia o grado y el cumplimiento del plazo para la interposición del recurso, sino que a partir de la jurisprudencia y las disposiciones del Código Procesal Constitucional mencionadas, puede inferirse que el contenido constitucionalmente protegido de los derechos es un requisito de procedencia de la demanda, pero también del recurso de agravio constitucional, tal como se señaló en el precedente contenido en la Sentencia 02877-2005-HC/TC.

En dicho precedente se señaló además que el recurso planteado debe estar directamente relacionado con el ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental; que no sea manifiestamente infundado; y que no esté inmerso en una causal de negativa de tutela claramente establecida por el Tribunal. Sin embargo, a pesar de la claridad del precedente y su obligatoriedad general, se repiten casos como el presente en el que se interpone un recurso manifiestamente infundado, que se limita a invocar formalmente derechos reconocidos por la Constitución, pero con una completa carencia de fundamento.

La atención de estos casos produce demoras que impiden atender oportuna y adecuadamente aquellos otros en los cuales verdaderamente existen vulneraciones que exigen una tutela urgente.

Por tanto, a fin de optimizar adecuadamente el derecho a la tutela procesal efectiva, el Tribunal consideró indispensable explicitar los supuestos en que, sin más trámite, emitirá sentencia interlocutoria denegatoria, a saber, cuando: (a) carezca de fundamentación la supuesta vulneración que se invoque; (b) la cuestión de derecho contenida en el recurso no sea de especial trascendencia constitucional; (c) la cuestión de Derecho invocada contradiga un precedente vinculante del Tribunal Constitucional; y, (d) se haya decidido de manera desestimatoria en casos sustancialmente iguales.

Temas: Precedentes — procedencia del recurso de agravio constitucional

EXP. N° 00987-2014-PA/TC
SANTA
FRANCISCA LILIA VÁSQUEZ ROMERO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 6 días del mes de agosto de 2014, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Urviola Hani, Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada, Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera pronuncia la siguiente sentencia:

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Francisca Lilia Vásquez Romero contra la resolución de fojas 278, de fecha 14 de noviembre de 2013, expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Santa, que declaró improcedente la demanda de autos

1021

ANTECEDENTES

Con fecha 12 de marzo de 2013, la recurrente interpone demanda de amparo contra los integrantes de la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Santa, de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República y de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, así como contra el Presidente y el Procurador Público del Poder Judicial, solicitando que se declare la nulidad de todo lo actuado en el proceso de tercería preferente de pago correspondiente al Exp. N° 1460-2006 desde la Resolución N° 38, de fecha 4 de diciembre de 2009 hasta el Decreto N° 5, de fecha 25 de enero de 2013, por haberse vulnerado sus derechos “al debido proceso, de petición, de defensa, de libre acceso al órgano jurisdiccional y a la tutela procesal efectiva”.

Refiere que en el proceso de ejecución de garantías seguido en su contra por el Banco Wiese Sudameris (ahora Scotiabank), hasta la fecha no se le ha notificado la ejecutoria suprema que resolvió su recurso de casación, ni el Decreto N° 40, de fecha 19 de octubre de 2011. Sostiene, igualmente, que la Sala Civil Suprema emplazada ha actuado en forma ilegal porque el proceso de tercería preferente de pago que es civil lo transformó en constitucional y, “cambiando de jurisdicción”, lo remitió a la Sala

Constitucional Suprema emplazada; y que los jueces del Cuarto Juzgado Civil de Chimbote y los vocales de la Sala Superior emplazada han tramitado con fraude el Exp. N° 1460-2006.

El Tercer Juzgado Civil de Chimbote, con fecha 26 de marzo de 2013, declaró improcedente la demanda, por considerar que los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido de los derechos invocados, porque la recurrente pretende replantear la controversia pese a que ha sido debidamente resuelta por los órganos jurisdiccionales emplazados; y en razón a que ha vencido el plazo de prescripción para interponer la demanda, por cuanto la Resolución N° 40 le fue notificada el 26 de octubre de 2011.

La Sala revisora confirmó la apelada, por estimar que entre la fecha de notificación de la Resolución N° 40 y la de interposición de la demanda ha transcurrido en exceso el plazo de prescripción.

FUNDAMENTOS

§ Procedencia de la demanda

1022

1. Antes de dilucidar la controversia, el Tribunal Constitucional estima necesario pronunciarse respecto a la declaración de improcedencia liminar de la demanda.
2. El Tercer Juzgado Civil de Chimbote declaró improcedente la demanda, por considerar que los hechos y el petitorio no estaban referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido de los derechos invocados, toda vez que la actora pretende replantear una controversia debidamente resuelta por los órganos jurisdiccionales emplazados. En consecuencia, se estimó de aplicación el inciso 1) del artículo 5° del Código Procesal Constitucional. Considera, además, que ha vencido el plazo de prescripción para interponer la demanda, lo cual supone –aunque no haya sido expresamente citada– la aplicación de la causal de improcedencia prevista en el inciso 10) del numeral 5° del mismo cuerpo legal.
3. Por su parte, la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Santa confirmó dicho pronunciamiento por considerar que el plazo de prescripción transcurrió en exceso, siendo de aplicación el inciso 10) del artículo 5° del Código Procesal Constitucional.
4. Debe tenerse presente que sólo cabe acudir al rechazo liminar de la demanda de amparo cuando no exista margen de duda respecto de su improcedencia. Dicho con otras palabras, cuando de una manera manifiesta se configure una causal de improcedencia específicamente prevista en el Código Procesal Constitucional.

5. En ese sentido, corresponde analizar ambos pronunciamientos a efectos de verificar si la demanda se subsume, o no, en alguno de los supuestos de improcedencia previstos en el artículo 5° del Código Procesal Constitucional, conforme lo dispone, además, el numeral 47° del mismo.
6. Respecto a la configuración de la causal de improcedencia prevista en el inciso 1) del artículo 5° del Código Procesal Constitucional, debe precisarse que la demandante ha alegado que no se le han notificado resoluciones y que se alteró el trámite procesal de su pretensión ante la Corte Suprema; supuestas vulneraciones que pueden ser interpretadas como conexas con el contenido del derecho al debido proceso.
7. En cuanto al cómputo del plazo de prescripción, conviene tener presente que el inciso 5) del artículo 44° del Código Procesal Constitucional, prescribe que “Si el agravio consiste en una omisión, el plazo no transcurrirá mientras ella subsista”.
8. Al respecto, la demandante aduce que hasta la fecha no se le ha notificado la ejecutoria suprema que resolvió su recurso de casación, ni el Decreto N° 40, de fecha 19 de octubre de 2011, de modo tal que el agravio invocado consistiría en una omisión, razón por la cual no habría transcurrido el plazo de prescripción para interponer la demanda y por ello no cabría aplicar la causal de improcedencia prevista en el inciso 10) del artículo 5° del Código Procesal Constitucional.
9. El Tribunal Constitucional entiende que esta alegación de hechos se encuadra, *prima facie*, dentro del contenido constitucionalmente protegido del derecho al debido proceso.
10. Sin embargo, conviene enfatizar que el análisis propuesto respecto de si las cuestionadas resoluciones afectan o no los derechos invocados supone un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia y debe realizarse luego de trabada la litis.

§ El Recurso de Agravio Constitucional planteado en autos

11. Establecido lo anterior, cabe decidir si en todos los casos en los que la demanda ha sido declarada improcedente *in limine*, y el Tribunal Constitucional entiende que debe emitirse un pronunciamiento sustantivo, corresponde ordenar que el Juez del Proceso la admita a trámite.
12. El inciso 2° del artículo 202 de la Constitución establece que corresponde al Tribunal Constitucional:

“... 2. Conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data, y acción de cumplimiento”.

13. Por ende, la competencia de este Tribunal se habilita frente a aquellos casos en los que se haya declarado improcedente o infundada la demanda.
14. En el contexto de este diseño normativo, cabría preguntarse cómo proceder cuando se trata de pretensiones carentes por completo de fundamento, como la que sostiene que los jueces demandados incurrieron con su resolución en delito de lesa humanidad.
15. En el Recurso de Agravio Constitucional se afirma que:
 - a. “... advirtiendo que es una falsedad y un fraude, el Auto N° 38 del 4-12-2009 expedido por los vocales Walter Ramos Herrera, Angela Graciela Cárdenas Salcedo y Jesus Sebastián Murillo Domínguez para hacer cobrar a Scotiabank Perú SAA la falsa deuda de los 3 pagarés que no están firmados por los recurrentes” (Fojas 300 de autos)
 - b. “... resolviendo una cosa por otra y como litigantes y juez y parte contra la agraviada, sin desvirtuar la infracción a mis derechos humanos y sin precisar la ley que les faculte hacer a Scotiabank que cobre deuda falsa” (Fojas 301 de autos); y
 - c. “... Agravio Moral: Se ha causado y sigue causando una inmensa tortura moral y psicológica que consume la intimidad de la agraviada al producir preocupaciones, pena, estrés, depresión, insomnios, melancolía y otros sufrimientos” (Fojas 314 de autos).
16. Si bien la demanda se refería, *prima facie*, al debido proceso, como se ha señalado, los planteos de la demandante carecen por completo de fundamentación constitucional. Sin embargo, el Tribunal Constitucional entiende que en casos como este, podría emitirse, extraordinariamente, un pronunciamiento sustantivo.
17. Tal posición se sustenta en diferentes principios relacionados con la naturaleza y fines de los procesos constitucionales y, particularmente, para efectos del presente caso, en los de economía e informalidad. [Cfr. STC 04587-2004-PA/TC, fundamentos 16 a 19].
18. Por lo que hace al principio de economía procesal, este Tribunal ha establecido que si de los actuados existen los suficientes elementos de juicio como para emitir un pronunciamiento sobre el fondo pese al rechazo liminar de la demanda, resulta innecesario obligar a las partes a reiniciar el proceso, no obstante todo el tiempo transcurrido. Con ello, no sólo se posterga la resolución del conflicto innecesariamente, sino que, a la par, se sobrecarga innecesariamente la labor de las instancias jurisdiccionales competentes.

19. En cuanto al principio de informalidad, este Tribunal ha precisado que si en el caso concreto existen todos los elementos como para emitir un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia, éste se expedirá respetándose el derecho de las partes a ser oídas por un juez o tribunal, de manera que una declaración de nulidad de todo lo actuado, por el sólo hecho de servir a la ley, y no porque se justifique en la protección de algún bien constitucionalmente relevante, devendría en un exceso de ritualismo procesal incompatible con el “(...) logro de los fines de los procesos constitucionales”, como ahora establece el tercer párrafo del artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

§ Justificación del pronunciamiento sobre el fondo en el presente caso

20. Un pronunciamiento sustantivo en el presente caso no afectará el derecho de defensa de todas las partes emplazadas, como así lo demuestran las instrumentales que obran en autos y lo confirma la línea jurisprudencial asumida por este Tribunal ante supuestos análogos. En efecto, y en lo que se refiere a los órganos judiciales demandados, conviene recordar que el Tribunal Constitucional peruano, tratándose de supuestos de amparo contra resoluciones judiciales, como ocurre en el caso de autos, ha considerado que, ante afectaciones al debido proceso, es posible condicionar la intervención de las partes, no requiriéndose la participación de los órganos judiciales demandados, al tratarse de cuestiones de puro derecho [Cf: Sentencia recaída en el Expediente N° 05580-2009-PA/TC, fundamento 4].
21. En el caso concreto, la pretensión incoada se circunscribe a cuestionar determinadas resoluciones judiciales, razón por la cual, para este Tribunal, la falta de participación de los órganos judiciales emplazados en el presente proceso no constituye razón suficiente para declarar la nulidad de todo lo actuado. Este Tribunal Constitucional entiende que en autos existen suficientes elementos de juicio como para emitir un pronunciamiento de fondo, resultando innecesario condenar a las partes a transitar nuevamente por la vía judicial para llegar a un destino que ahora puede dilucidarse.
22. En todo caso, de autos se verifica que los emplazados han sido notificados en diversas oportunidades con cada uno de los diferentes actos procesales posteriores al concesorio del recurso de apelación, conforme consta a fojas 168, 169, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 194, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 212, 233, 234, 235, 236, 239, 241, 243, 251, 253, 255, 262, 263, 264, 266, 268, 270, 272, 273, 275, 277, 282, 283, 285, 287, 289, 290, 292, 294, 296, 317, 318, 319, 320, 322, 324, 326, 328,

330 y 332, con lo cual su derecho de defensa no se ha visto afectado en tanto han tenido conocimiento oportuno de la existencia del presente proceso. Por lo expuesto, para este Tribunal queda claro que el derecho de defensa de los emplazados ha quedado plenamente garantizado en la presente causa, toda vez que tuvieron la oportunidad de hacer ejercicio de él.

23. En consecuencia, el Tribunal Constitucional estima que si bien es cierto la demanda de amparo de autos no se admitió a trámite, sin embargo, una evaluación de los actuados evidencia:
- a) En atención al principio de economía procesal, que en autos existen suficientes recaudos y elementos de juicio como para emitir un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia; y,
 - b) Por lo que hace al principio de informalidad, que el rechazo liminar de la demanda no ha afectado el derecho de defensa del emplazado Poder Judicial, quien fue debidamente notificado a partir del concesorio del recurso de apelación.
24. Por lo mismo, el Tribunal Constitucional considera que es competente para resolver el fondo de la controversia.

1026

§ Petitorio de la demanda y argumentos de la demandante

25. Conforme consta en los antecedentes de la presente sentencia, mediante la demanda de amparo de autos la recurrente persigue que se declare la nulidad de todo lo actuado en el proceso de tercería preferente de pago correspondiente al Expediente N° 1460-2006 desde la Resolución N° 38, de fecha 4 de diciembre de 2009, hasta el Decreto N° 5, de fecha 25 de enero de 2013, por haberse vulnerado, según alega, sus derechos al debido proceso, de petición, de defensa, de libre acceso al órgano jurisdiccional y a la tutela procesal efectiva.
26. La actora manifiesta que en el proceso de ejecución de garantías seguido en su contra por el Banco Wiese Sudameris (ahora Scotiabank), hasta la fecha no se le ha notificado la ejecutoria suprema que resolvió su recurso de casación, ni el Decreto N° 40, de fecha 19 de octubre de 2011. Agrega, asimismo, que la Sala Civil Suprema emplazada ha actuado en forma ilegal porque el proceso de tercería preferente de pago, que es de naturaleza civil, lo “transformó” en constitucional y, “cambiando de jurisdicción”, lo remitió a la Sala Constitucional Suprema emplazada. Añade, por último, que los jueces del Cuarto Juzgado Civil de Chimbote y los vocales de la Sala Superior emplazada han tramitado con fraude el Expediente N° 1460-2006.

27. En el momento de examinar el fondo de la cuestión, se advierte que la demanda se sustenta en afirmaciones como las que se indican a continuación:
- a) “(...) los jueces del 4º Juzgado Civil de la Corte Superior de Justicia del Santa – Chimbote en posta jurisdiccional indebida e ilegal, en complicidad con los auxiliares judiciales y evidentemente en acuerdo con los vocales supremos y los vocales de la Sala Civil de Chimbote tramitan con fraude el Expediente N° 1460-2006”. (fojas 70, énfasis agregado).
 - b) “(...) los magistrados demandados en confabulación han violado el texto expreso y claro del artículo 1º de la Ley N° 27682, la Constitución, las leyes, el debido proceso y en cadena a todos los demás derechos humanos de la recurrente, es claro que los trasgresores agresores con esa conducta disfuncional y con fraude y con ensañamiento, crueldad, crimen y delitos de lesa humanidad imprescriptibles han hecho víctima de cruel injusticia a la recurrente que tiene que ser corregida”. (fojas 72, énfasis agregado).
 - c) “(...) la fraudulenta demanda cambiada al número 1460-2006, está expresado y precisado hasta la saciedad que esa demanda está interpuesta, admitida y tramitada violada reiteradamente el debido proceso. Y siendo que el Poder Judicial con sus magistrados como juez y parte en su interés litigando en lugar del Banco y rehusándose escuchar, oír y entender el reclamo de la recurrente”. (fojas 97, énfasis agregado).

§ **Análisis de la controversia**

28. La recurrente alega que se han vulnerado sus derechos al debido proceso, de petición, de defensa, de libre acceso al órgano jurisdiccional y a la tutela procesal efectiva, porque los jueces del Cuarto Juzgado Civil de Chimbote, los jueces de la Sala Superior emplazada y los jueces de las Salas Supremas emplazadas se habrían confabulado para litigar en su contra y tramitar con fraude el proceso de tercería preferente de pago recaído en el Expediente N° 1460-2006 y favorecer al Banco Wiese Sudameris (hoy Scotiabank).
29. Sin embargo, de la revisión de los actuados este Tribunal advierte que no obra medio probatorio alguno que acredite tales alegatos. En efecto, de los actos procesales aportados no se evidencia la confabulación alegada, ni el fraude imputado, y también cabe enfatizar que ninguno de ellos prueba que a la recurrente se le haya imposibilitado o negado el libre acceso al órgano jurisdiccional.

30. En consecuencia, y respecto de este primer extremo, el Tribunal Constitucional estima que no se ha acreditado la violación de los derechos invocados *supra*.
31. De otro lado, la recurrente también alega que no se le ha notificado la ejecutoria suprema que resolvió su recurso de casación, ni el Decreto N° 40, de fecha 19 de octubre de 2011.
32. Sobre el particular, de la lectura del escrito de demanda se infiere que la recurrente conoce el contenido de los referidos actos procesales, toda vez que ha transcrito la parte considerativa del Decreto N° 40, lo cual permite presumir a éste Tribunal que éstos sí le fueron notificados, *máxime* cuando en autos no obran suficientes elementos de prueba que permitan arribar a la *convicción de que lo manifestado sea cierto*. En consecuencia, y respecto de este extremo, este Tribunal estima que no se encuentra probada la violación alegada.
33. En cuanto a la alegada violación del derecho a no ser sometido a procedimientos distintos de los previstos por ley, que en puridad se refiere al derecho a la jurisdicción predeterminada por ley, debe tenerse en cuenta que este Tribunal consideró que, eventualmente, dicho derecho podría haberse visto afectado en el presente caso (*Cfr.* Fundamento 9, *supra*). Al respecto conviene recordar que su contenido plantea dos exigencias muy concretas: en primer lugar, que quien juzgue sea un juez u órgano con potestad jurisdiccional, garantizándose así la interdicción de ser enjuiciado por un juez excepcional o por una comisión especial creada ex profesamente para desarrollar funciones jurisdiccionales, o que dicho juzgamiento pueda realizarse por comisión o delegación, o que cualquiera de los poderes públicos pueda avocarse al conocimiento de un asunto que debe ser ventilado ante un órgano jurisdiccional. Y, en segundo término, que la jurisdicción y competencia del juez sean predeterminadas por la ley [*Cfr.* Sentencia recaída en el Expediente N° 0290-2002-HC/TC].
34. Al respecto, cabe precisar que de la Resolución S/N, de fecha 9 de julio de 2010, emitida por la Sala Civil Suprema emplazada, y que corre a fojas 57 de autos, se desprende que la causa le fue remitida a la Sala Constitucional Suprema emplazada porque se solicitó “la tercería preferente de pago ante una posible ejecución de un predio rústico, constituido por la parcela de terreno N° 11283”. Tal es la justificación expresada por la Sala Civil Suprema emplazada para remitir la causa a la Sala Constitucional Suprema emplazada, la cual es conforme con el inciso 4) del artículo 35° del Decreto Supremo N° 017-93-JUS, que prescribe que la Sala de Derecho Constitucional y Social conoce “De los recursos de casación en materia de Derecho Laboral y Agrario cuando la ley expresamente lo señala”.

35. En consonancia con esta disposición, la Resolución Administrativa de Presidencia N° 006-2001-P-CS, de fecha 30 de abril de 2001, dispone en su artículo 1° que la referida Sala es la competente para conocer “de los recursos de nulidad y casaciones agrarias pares e impares (...)”.
36. En tal sentido, debe tenerse presente que la demandante no ha negado ni contradicho que la mencionada parcela de terreno sea un predio rústico, de manera que resulta claro que la Sala Constitucional Suprema emplazada se constituyó en el órgano jurisdiccional competente para conocer y resolver su recurso de casación, por cuanto la materia versó sobre un asunto de derecho agrario, como lo es la posible ejecución de un predio rústico. Por lo mismo, este Colegiado puede concluir que tampoco se ha lesionado el derecho a no ser sometido a procedimientos distintos de los previstos por ley.
37. Estando a lo expuesto y al no haberse acreditado los hechos que sustentan la pretensión, el Tribunal Constitucional estima que la presente demanda debe ser declarada infundada.
38. Al respecto, enfatiza que demandas de esta naturaleza mediante las cuales se invocan derechos fundamentales pero sin demostrar en modo alguno de qué modo habría ocurrido la vulneración o qué contenido específico del mismo fue ilegítimamente intervenido, obstaculizan el normal desenvolvimiento de la justicia constitucional.

§ Del examen del Recurso de Agravio Constitucional

39. Con fecha 9 de diciembre de 2013, la recurrente interpuso el recurso de agravio constitucional solicitando que este Tribunal Constitucional corrija, según afirma, “... el grave error y causales de nulidad del prevaricador, fraudulento, incongruente y nulo auto N° 13 con el cual los eternos prevaricadores y fraudulentos encubiertos por la OCMA y el CNM rechazaron la demanda”.
40. El artículo 18 del Código Procesal Constitucional ha delineado la procedencia del Recurso de Agravio Constitucional, estableciendo que tal recurso debe ser interpuesto contra la resolución de segundo grado que declare infundada o improcedente la demanda y presentado en el plazo de diez días contados desde el día siguiente de notificada la resolución.
41. Una lectura descontextualizada de dicha disposición podría conducir a creer que bastaría para que se conceda el recurso con la desestimación de la demanda y el cumplimiento del plazo para la interposición del recurso, pero este Tribunal Constitucional ya ha señalado, en la STC 02877-2005-HC/TC, que “a partir de

la jurisprudencia y las disposiciones del Código Procesal Constitucional mencionadas, puede inferirse que el contenido constitucionalmente protegido de los derechos es un requisito de procedencia de la demanda, pero también del RAC” (Fundamento Jurídico 27).

42. Aún más, en dicho expediente, y con carácter de precedente, se dejó sentado que:

“Aparte de los requisitos formales para su interposición, se requerirá que el RAC planteado esté directamente relacionado con el ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental; que no sea manifiestamente infundado; y que no esté inmerso en una causal de negativa de tutela claramente establecida por el TC” (Fundamento Jurídico 31).

43. Lamentablemente, y a pesar de la claridad del precedente y su obligatoriedad general, se repiten casos como el presente en el que se interpone un Recurso de Agravio Constitucional manifiestamente infundado, que se limita a invocar formalmente derechos reconocidos por la Constitución, pero con una completa carencia de fundamento.

1030 44. La atención de estos casos produce demoras que impiden atender oportuna y adecuadamente aquellos otros en los cuales verdaderamente existen vulneraciones que exigen una tutela urgente.

45. El Reglamento Normativo de este Tribunal Constitucional, que actualmente se encuentra vigente, aborda este problema en su artículo 11:

“Una de las Salas se encargará de calificar la procedencia de las causas que lleguen al Tribunal. La Sala determinará si, tras la presentación de los recursos de agravio constitucional, se debe ingresar a resolver sobre el fondo. Para realizar tal análisis, aparte de los criterios establecidos en el artículo 18 del Código Procesal Constitucional, la Sala declarará su improcedencia, a través de un Auto, en los siguientes supuestos: si el recurso no se refiere a la protección del contenido esencial del ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental; si el objeto del recurso, o de la demanda, es manifiestamente infundado, por ser fútil o inconsistente; o, si ya se ha decidido de manera desestimatoria en casos sustancialmente idénticos, pudiendo acumularse”.

46. Queda claro que el precedente y el Reglamento normativo se orientan en el mismo sentido, por lo que no deberían prosperar recursos que contengan pretensiones manifiestamente improcedentes o que resulten irrelevantes.

47. Este Colegiado ha sostenido que “resulta claro que la tutela jurisdiccional que no es efectiva no es tutela” (STC 04119-2005-AA, Fundamento jurídico 64, entre muchos otros) y por lo tanto debe concentrar sus recursos en la atención de reales vulneraciones que requieren tutela urgente.
48. A fin de optimizar adecuadamente el derecho a la tutela procesal efectiva, el Tribunal considera indispensable en esta ocasión explicitar los supuestos en que, sin más trámite, emitirá sentencia interlocutoria denegatoria, estableciendo el precedente vinculante que se desarrolla en el siguiente fundamento 49.

§ De la sentencia interlocutoria denegatoria

49. El Tribunal Constitucional emitirá sentencia interlocutoria denegatoria cuando:
- a) Carezca de fundamentación la supuesta vulneración que se invoque;
 - b) La cuestión de derecho contenida en el recurso no sea de especial trascendencia constitucional;
 - c) La cuestión de Derecho invocada contradiga un precedente vinculante del Tribunal Constitucional;
 - d) Se haya decidido de manera desestimatoria en casos sustancialmente iguales.

1031

La citada sentencia se dictará sin más trámite.

50. Existe una cuestión de especial trascendencia constitucional cuando la resolución resulta indispensable para solucionar un conflicto de relevancia o cuando se presente la urgencia de una revisión sobre el contenido de un derecho fundamental.
51. De este modo, el Tribunal Constitucional, a la luz de su jurisprudencia, cumplirá adecuada y oportunamente con su obligación de garantizar la supremacía de la Constitución y el efectivo respeto de los derechos fundamentales. Preservará, así, la autoridad que le ha confiado el pueblo a través del Congreso de la República.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional

HA RESUELTO

1. Declarar **INFUNDADA** la demanda al no acreditarse la vulneración de derecho constitucional alguno de la recurrente.
2. Establecer como **PRECEDENTE VINCULANTE**, conforme al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, la regla contenida en el fundamento 49 de esta sentencia.

Publíquese y notifíquese.

SS.

URVIOLA HANI

MIRANDA CANALES

BLUME FORTINI

RAMOS NUÑEZ

SARDÓN DE TABOADA

LEDESMA NARVÁEZ

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Sentencia 05057-2013-PA/TC

Proceso de amparo interpuesto por Rosalía Beatriz Huatuco Huatuco. El Tribunal rechazó la demanda y estableció un precedente vinculante en materia de contratación laboral pública.

Fecha de publicación de la sentencia en el Portal Oficial del TC:
1 de junio de 2015

Fecha de publicación del auto de aclaración en el Portal Oficial del TC:
9 de julio de 2015

Resumen: El Tribunal Constitucional declaró infundada la demanda de despido incausado contra el Poder Judicial, en la cual la recurrente solicitó se deje sin efecto el despido incausado y, en consecuencia, se disponga su reincorporación laboral en el puesto que venía desempeñando como secretaria judicial. Cabe destacar que la recurrente también alegó la desnaturalización de su contrato de trabajo sujeto a modalidad por servicio específico.

1033

El Tribunal concluyó que existen divergencias en asuntos de relevancia constitucional relacionados con la interpretación de las disposiciones constitucionales sobre la función pública que ameritan la emisión de un precedente vinculante que aclare si la desnaturalización del contrato temporal o civil genera: (i) convertirlo automáticamente en un contrato de duración indeterminada, sin que sea necesario el requisito de “ingreso por concurso público”; o (ii) si tratándose del empleo público, se exige el requisito de “ingreso por concurso público”.

Luego de analizar las posiciones interpretativas sobre la aplicación del régimen laboral privado en el ámbito de la contratación del Estado, las disposiciones constitucionales relevantes sobre funcionarios y servidores públicos, los diferentes supuestos de ingreso a la Administración Pública y la responsabilidad funcional en los supuestos que se detecte la desnaturalización del contrato temporal (laboral o civil) en la Administración Pública, el Tribunal estableció como precedente vinculante las reglas contenidas en los fundamentos 18, 20, 21, 22 y 23 sobre contratación laboral pública, conforme a las cuales solo procede la reposición cuando el demandante haya ingresado a la Adminis-

tración Pública mediante concurso público de méritos para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada. Por otro lado, se estableció que los funcionarios encargados de la elaboración de contratos desnaturalizados deberán ser sancionados.

Finalmente, el Tribunal declaró que a partir del día siguiente de la publicación de la sentencia en el diario oficial *El Peruano*, publicada el 5 de junio de 2015, las nuevas demandas de amparo cuya pretensión no cumpla con el criterio de procedibilidad de acreditar el ingreso a la Administración Pública mediante “concurso público de méritos para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada”, deben ser declaradas improcedentes, siendo estas reglas de obligatorio cumplimiento por todos, especialmente los órganos jurisdiccionales constitucionales y sólo en el ámbito de la contratación laboral del Estado, no siendo de aplicación en el régimen de contratación para el sector privado.

Una aclaración posterior desarrolló más ampliamente los efectos temporales del precedente vinculante aquí establecido.

Temas Claves: Contratación laboral pública — precedentes vinculantes — reposición laboral.

EXP. N.º 05057-2013-PA/TC
JUNÍN
ROSALÍA BEATRIZ HUATUCO HUATUCO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 16 días del mes de abril de 2015, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Urviola Hani, Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada, Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, con los fundamentos de voto de los magistrados Urviola Hani y Ramos Núñez, y los votos singulares de los magistrados Blume Fortini y Sardón de Taboada, que se agregan.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Rosalía Beatriz Huatuco Huatuco contra la sentencia de fojas 123, su fecha 20 de mayo de 2013, expedida por la Segunda Sala Mixta de Huancayo de la Corte Superior de Justicia de Junín, que declaró infundada la demanda de autos.

1035

ANTECEDENTES

Con fecha 6 de diciembre de 2011, la recurrente interpone demanda de amparo contra el Poder Judicial a fin de que se deje sin efecto su despido incausado; y que, en consecuencia, se disponga su reincorporación laboral en el puesto que venía desempeñando como secretaria judicial, más el pago de los costos del proceso. Manifiesta que prestó servicios desde el 1 de julio de 2010 hasta el 15 de noviembre de 2011, en virtud de contratos de trabajo sujetos a modalidad por servicio específico; que, sin embargo, al haber realizado labores de naturaleza permanente, sus contratos modales se han desnaturalizado y, por ende, deben ser considerados como uno de plazo indeterminado, por lo que solo podía ser despedida por una causa justa prevista en la ley, previo procedimiento establecido en el artículo 31 del Decreto Supremo N.º 003-97-TR. Alega la vulneración de su derecho al trabajo, a la protección adecuada contra el despido arbitrario y al debido proceso.

El procurador público adjunto a cargo de los asuntos judiciales del Poder Judicial, contesta la demanda y argumenta que el proceso de amparo no es la vía idónea para

dilucidar la pretensión planteada por su naturaleza restitutiva y no declarativa de derechos. Agrega que, “la demandante pretende que se declare el derecho (...) esto es de ser trabajadora a plazo indeterminado regulado por el Decreto Legislativo 728, sin haber ingresado a laborar mediante concurso público de méritos, sino a plazo fijo para lo cual se estableció fecha de inicio y término de la contratación, conforme se aprecia del copia del contrato que inició el 01.07.2010, así también del contrato que inició el 01.04.2011 y que concluyó indefectiblemente el día de la publicación de los resultados del proceso de selección de la Plaza 019503 del cargo de Secretaria Judicial, conforme a lo descrito y precisado en la cláusula primera del referido contrato, que en cuya virtud la referida contratación no constituye afectación constitucional al derecho al trabajo, en razón a que se ha dado en el marco del Decreto Legislativo 728”. Asimismo, manifiesta que “de acuerdo a la Ley del Presupuesto Anual para el Sector Público en materia de contratación de personal, el ingreso de éste se efectúa necesariamente por concurso público de méritos y sujetos a los documentos de gestión respectivos”.

El presidente de la Corte Superior de Justicia de Junín deduce la excepción de incompetencia por razón de territorio, y contesta la demanda alegando, entre otros argumentos que “la demandante solicita su reposición y/o restitución al puesto laboral que venía ocupando cuando se produjo la culminación de su contrato de trabajo, por vencimiento del plazo de vigencia del mismo, tal pedido no es sino, en buena cuenta, un requerimiento de nombramiento en este Poder del Estado por cuanto ambos tienen los mismos derechos y se tiene un vínculo laboral permanente con esta Corte Superior de Justicia de Junín. Dicho pedido no puede ser atendido por cuanto sólo se ingresa a una relación laboral de carácter permanente a esta Corte Superior (...) vía concurso público de méritos, algo que no ha ocurrido en el presente caso y por lo que no puede accederse a lo peticionado. Y es que la ley N.º 28175 es concluyente al determinar que ‘el acceso al empleo público se realiza mediante concurso público y abierto, por grupo ocupacional, en base a los méritos y capacidad de las personas, en un régimen de igualdad de oportunidades’ (...) el vínculo laboral indeterminado solo se consigue ganando una plaza en concurso interno o externo”. Finalmente, arguye que no se desnaturaliza el vínculo laboral cuando los contratos laborales indican la causa objetiva de la contratación, y que en el caso de la accionante el término de su contrato, el 16 de noviembre de 2011, obedeció a la extinción de la causa objetiva de la contratación.

1036

El Quinto Juzgado Especializado en lo Civil de Huancayo, con fecha 28 de mayo de 2012, declaró infundada la excepción y, con fecha 14 de setiembre de 2012, declaró fundada la demanda por considerar que con los medios probatorios adjuntados al proceso se ha acreditado la desnaturalización de los contratos modales no solo porque la actora desempeñó labores en otro Juzgado, sino también porque el cargo de secretaria judicial que ocupaba era de naturaleza permanente y no temporal.

La Sala superior revisora revocó la apelada y, reformándola, declaró infundada la demanda por estimar que en el presente caso no existe fraude o simulación a las normas de contratación, y que la accionante inició y finalizó labores en el Segundo Juzgado de Paz Letrado de Huancayo, por lo que no puede alegarse fraude en su contratación.

FUNDAMENTOS

§1. Delimitación del petitorio

1. La presente demanda tiene por objeto que se ordene la reposición de la demandante en el cargo que desempeñaba. Afirma que fue contratada por la Corte Superior de Justicia de Junín para trabajar como secretaria judicial, desde el 1 de julio de 2010 hasta el 15 de noviembre de 2011. Refiere que suscribió contratos sujetos a modalidad y en un “cargo que es ocupado de naturaleza permanente” (sic), de modo que al no haber sido despedida por una causa justa prevista en la ley, previo procedimiento establecido en el artículo 31 del TUO del Decreto Legislativo N.º 728, se ha desnaturalizado el respectivo contrato, por lo que tiene la condición de “personal permanente” (sic), vulnerándose así sus derechos al trabajo, a la protección adecuada contra el despido arbitrario y al debido proceso.

§2. Sobre la justificación para el dictado de un precedente vinculante

2. En las sentencias de los Expedientes N.º 00024-2003-AI/TC y 03741-2004, el Tribunal Constitucional estableció determinados supuestos que deben verificarse para la emisión de un precedente vinculante. Uno de ellos establece lo siguiente: “a) La constatación, a partir de un caso que ha sido sometido a la jurisdicción del Tribunal Constitucional, de la existencia de divergencias o contradicciones latentes en la interpretación de los derechos, principios o normas constitucionales, o de relevancia constitucional”.
3. En el presente caso, más allá de los argumentos de defensa de los emplazados (quienes alegan que el ingreso a la Administración Pública exige necesariamente un concurso público), se aprecia que tanto en la comunidad jurídica como en órganos jurisdiccionales del Poder Judicial e incluso en el Tribunal Constitucional, existen divergencias en asuntos de relevancia constitucional relacionados con la interpretación de las disposiciones constitucionales sobre la función pública, y que a nivel legal se manifiestan en la interpretación de los artículos 4.º y 77.º del TUO del Decreto Legislativo N.º 728 –cuyo ámbito de aplicación comprende a las empresas y trabajadores de la actividad privada– respecto de su aplicación a las instituciones y trabajadores de la actividad *pública*, específicamente, si la desnaturalización del contrato temporal o civil genera: i) convertirlo automáticamente

en un contrato de duración indeterminada, sin que sea necesario el requisito de “ingreso por concurso público”; o ii) si tratándose del *empleo público*, se exige el requisito de “ingreso por concurso público”, tal como lo prevé el artículo 5.º de la Ley N.º 28175, Marco del Empleo Público.

4. Teniendo en cuenta la relevancia de dicha interpretación en los derechos de los trabajadores, así como en la optimización de aquellos principios constitucionales que rigen la función pública y la “carrera administrativa” (expresión constitucional general cuyo análisis en esta sentencia no se circunscribe al desarrollo legislativo del Decreto Legislativo N.º 276, de bases de la carrera administrativa, que refleja sólo una de las actuales formas de contratación del Estado), es necesario que el Tribunal Constitucional examine dichas interpretaciones con la finalidad de fijar un precedente vinculante que resuelva las divergencias generadas, dejándose constancia de que sobre este asunto no existe un precedente vinculante anterior, sino jurisprudencia reiterada –expedida en mayoría– que sigue el primero de los criterios mencionados en el párrafo anterior.

§3. Posiciones interpretativas sobre la aplicación del régimen laboral privado en el ámbito de la contratación del Estado

1038

5. Analizando la jurisprudencia constitucional, se verifica que en casos de extrabajadores con contratos temporales o civiles en entidades *públicas* que contratan personal bajo el régimen laboral privado, se han estimado las respectivas demandas de amparo y ordenado su reposición en dichas entidades como trabajadores a plazo indeterminado. Al adoptar dicha posición es evidente que se ha optado por una *interpretación literal y aislada* de los artículos 4.º y 77.º del TUO del Decreto Legislativo N.º 728, a la que se ha llegado utilizando, en general, el siguiente razonamiento, a modo de ejemplo: i) *premisa normativa*: el aludido artículo 77.º establece que “los contratos de trabajo sujetos a modalidad se considerarán como de duración indeterminada: (...) d) cuando el trabajador demuestre la existencia de simulación o fraude a las normas establecidas en la presente ley (Decreto Legislativo N.º 728)”, y el artículo 4.º prevé que “en toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado”; ii) *premisa fáctica*: en el caso concreto del extrabajador X, se ha demostrado la existencia de simulación o fraude a las normas establecidas en dicha ley o que por aplicación del principio de primacía de la realidad se haya desnaturalizado la contratación civil; y iii) en *conclusión*, corresponde reincorporar al trabajador X mediante un contrato de duración indeterminada.
6. Por otra parte, se han identificado otras posiciones en las que se consideraba que dichas demandas de amparo debían ser desestimadas en la medida que el artículo

5° de la Ley N.° 28175, Marco del Empleo Público, establece que el acceso al empleo público se realiza mediante concurso público y abierto, sobre la base de los méritos y capacidades de las personas, de modo que los accionantes no podían ser reincorporados mediante un contrato a plazo indeterminado si es que no ingresaron por concurso público.

7. De la revisión de tales posiciones, el Tribunal Constitucional estima que a efectos de fijar una posición interpretativa sobre el particular es indispensable analizar previamente determinadas disposiciones constitucionales sobre la función pública y la carrera de la Administración Pública.

§4. Disposiciones constitucionales relevantes sobre funcionarios y servidores públicos

8. En el capítulo IV “De la función pública” de la Constitución (artículos 39.° a 42.°) se regulan determinadas disposiciones respecto de los funcionarios y servidores públicos. De la interpretación de dichas disposiciones y otras que resulten relevantes en función de lo discutido en el presente caso, se desprenden los siguientes contenidos de relevancia constitucional:

- a) *La función pública debe ser entendida como desempeño de funciones en las entidades públicas del Estado.* Sobre el particular, cabe mencionar que el Tribunal Constitucional ha sostenido que una interpretación *constitucionalmente adecuada* del concepto “función pública” exige entenderlo de manera amplia, esto es, desde el punto de vista material como el desempeño de funciones en las entidades públicas del Estado. La determinación de este aspecto ha de efectuarse casuísticamente. No obstante, en vía de principio, pueden ser considerados como tales cargos el de los servidores públicos, en general, de conformidad con la Ley de la materia, de los profesores universitarios, los profesores de los distintos niveles de formación escolar preuniversitaria, servidores de la salud, servidores del cuerpo diplomático y, ciertamente, jueces y fiscales (Expediente N.° 00025-2005-PI/TC y otro, FJ 52).

El concepto “función pública” en el derecho de acceso a la función pública comprende dos tipos de función que suele distinguirse: i) la función pública representativa; y, ii) la función pública no representativa. La función pública representativa está formada por funciones de representación política y la no representativa alude a la función pública profesionalizada. La función pública representativa –a la que se designa específicamente como “cargo”- ya se encuentra comprendida en nuestro ordenamiento de alguna forma en el derecho a ser elegido (art. 31°, Const.), es decir, en el denominado derecho de

sufragio pasivo. No obstante, ello no es óbice para que el derecho de acceso a la función pública comprenda también este tipo de función pública. Como ejemplos típicos de él se encuentran los cargos políticos desde las más altas magistraturas, como las de congresista o la de Presidente de la República, hasta las de alcalde o regidor de las municipalidades. En el caso de la función pública no representativa, son ejemplos típicos los servidores públicos de la administración estatal regional o municipal, y, desde luego, los de los poderes del Estado y, en general, de toda entidad pública. Tanto la función pública representativa como la no representativa deben ser interpretadas de la manera más amplia posible.

Conforme a lo expuesto, la condición de funcionario o servidor público no se identifica, por ejemplo, por un tipo de contrato o vínculo de un trabajador con la Administración Pública, sino por el desempeño de funciones públicas en las entidades del Estado.

- b) *La carrera administrativa constituye un bien jurídico constitucional.* Al respecto, el artículo 40.º de la Constitución reconoce la carrera administrativa como un bien jurídico constitucional, precisando que por ley se regularán el ingreso, los derechos, deberes y las responsabilidades de los servidores. Por tanto, en rigor, estamos frente a un bien jurídico garantizado por la Constitución cuyo desarrollo se delega al legislador. (Exp. N.º 00008-2005-PI/TC FJ 44).
- c) *Reserva de ley para la regulación de la carrera administrativa.* El artículo 40º de la Constitución establece que “La ley regula el ingreso a la carrera administrativa, y los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos”. Dicha disposición no hace sino reiterar que toda limitación de un derecho fundamental debe provenir de una ley. La exigencia de que las restricciones a los derechos fundamentales se realicen con respeto al principio de legalidad es también una exigencia que se deriva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Entre otros tratados internacionales en los que el Estado peruano es parte, ese es el sentido en el que debe entenderse el artículo 30.º de la Convención Americana de Derechos Humanos, según el cual “Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”.

En diversas oportunidades, este Tribunal ha sostenido que la satisfacción de las exigencias que demanda el principio de legalidad para el establecimiento

de los límites sobre los derechos fundamentales no incluye única y exclusivamente a la ley en sentido formal, esto es, a la expedida por el Congreso de la República como tal. Dicha reserva legal debía entenderse como una de “acto legislativo”, y que la misma no era omnicomprensiva para cualquier tipo de normas a las que el ordenamiento pueda haber conferido el rango de ley –como puede ser el caso de una ordenanza municipal por ejemplo–, pues se trata de un acto legislativo que garantiza que las restricciones y límites de los derechos constitucionales cuenten necesariamente con la intervención del Poder Legislativo, preservando, además, su carácter general y su conformidad con el principio de igualdad.

Del mismo criterio ha sido también la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual ha sostenido que “(...) no es posible interpretar la expresión leyes, utilizada en el artículo 30 (de la Convención Americana), como sinónimo de cualquier norma jurídica” (Opinión Consultiva 6/86, párrafo. 26), y que la “(...) expresión leyes (...) no puede tener otro sentido que el de ley formal, es decir, norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado” (párrafo 27). Sin embargo, ha admitido también que la exigencia de ley formal no “(...) se contradice forzosamente con la posibilidad de delegaciones legislativas en esta materia, siempre que tales delegaciones estén autorizadas por la propia Constitución, que se ejerzan dentro de los límites impuestos por ella y por la ley delegante, y que el ejercicio de la potestad legislativa esté sujeto a controles eficaces, de manera que no desvirtúe, ni pueda utilizarse para desvirtuar, el carácter fundamental de los derechos y libertades protegidos por la Convención” (párrafo 36).

- d) *Prohibición de deformar el régimen específico de los funcionarios y servidores públicos.* De una interpretación literal del capítulo IV de la Constitución, sobre la “función pública”, es evidente la voluntad del Poder Constituyente de crear un régimen específico para los funcionarios y servidores públicos, estableciendo sus objetivos principales (“que están al servicio de la Nación); que existe una carrera administrativa y que el ingreso a ésta, así como los derechos deberes y responsabilidades de los servidores públicos deben ser regulados mediante ley; quiénes no están comprendidos en dicha carrera administrativa; determinadas obligaciones de los funcionarios y servidores públicos; la exigencia de que por ley se establezcan las responsabilidades de los funcionarios y servidores públicos; y cuáles de éstos tienen limitados expresamente sus derechos de sindicación y huelga, entre otros asuntos.

Como lógica consecuencia de tal regulación constitucional se desprende la prohibición de deformar el régimen específico de los funcionarios y servidores públicos, convirtiéndolo en un régimen, por ejemplo, propio de la actividad privada. En efecto, si por autorización legal se posibilita que una determinada institución estatal se pueda regir por el régimen laboral de la actividad privada, ello no implica convertir a los funcionarios y servidores de dicha institución en trabajadores de la actividad privada, y, menos aún, que aquellos se encuentren desvinculados de su función pública. Por ello, mientras se produzca la mencionada autorización legal, ésta deberá ser interpretada en un sentido compatible con las disposiciones constitucionales del capítulo IV o con otras que resulten pertinentes.

- e) *Acceso a la función pública en condiciones de igualdad.* La Constitución no contiene enunciado en su catálogo de derechos el derecho de acceso a la función pública en condiciones de igualdad. No obstante, este derecho conforma nuestro ordenamiento constitucional y, concretamente, el sistema de derechos constitucionales, porque está reconocido por el *Derecho Internacional de los Derechos Humanos* de los que el Estado peruano es parte.

1042

El Tribunal Constitucional ha puntualizado que los contenidos del derecho de acceso a la función pública en condiciones de igualdad, son los siguientes: i) acceder o ingresar a la función pública; ii) ejercerla plenamente; iii) ascender en la función pública; y iv) condiciones iguales de acceso (Expediente N.º 00025-2005-PI/TC y otro, FJ 43). Asimismo, ha determinado que el derecho de acceso a la función pública tiene como principio consustancial el principio de mérito, el cual vincula plenamente al Estado y a toda entidad pública en general. Esto significa que este principio vincula positivamente al legislador a que la regulación sobre el acceso a toda función pública observe irrestrictamente el principio basilar del acceso por mérito; asimismo, que toda actuación de la administración del Estado y de toda entidad pública, en general, observe tal principio en todos sus actos en relación al acceso a la función pública de las personas (FJ 50).

§5. Fijación de posición interpretativa: la incorporación a la Administración Pública se realiza mediante “concurso público de méritos para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada”

9. Teniendo en cuenta lo expuesto acerca de los mencionados contenidos de relevancia constitucional sobre funcionarios y servidores públicos, específicamente que el aspecto relevante para identificar a un funcionario o servidor público es el desempeño de funciones en las entidades públicas del Estado; a que la carre-

ra administrativa constituye un bien jurídico constitucional; la prohibición de deformar el régimen específico de los funcionarios y servidores públicos; que el derecho de acceso a la función pública tiene como principio consustancial el principio de mérito; y que, conforme a sus competencias y a los mencionados contenidos constitucionales, el Poder Legislativo ha expedido la Ley N.º 28175, Marco del Empleo Público, en cuyo artículo 5º establece que el acceso al empleo público se realiza mediante concurso público y abierto, en base a los méritos y capacidad de las personas, el Tribunal Constitucional estima que existen suficientes y justificadas razones para asumir que *el ingreso a la administración pública mediante un contrato a plazo indeterminado exige necesariamente un previo concurso público de méritos para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada.*

10. En efecto, este Tribunal ha resaltado la importancia de la meritocracia (mérito personal y capacidad profesional) para el ingreso a la administración pública, estableciendo que ésta constituye un criterio objetivo fundamental en el ingreso y permanencia en la actividad estatal para la prestación de un servicio público (Expediente N.º 00020-2012-PI/TC FJ 56).
11. No deja ser importante resaltar que en la actualidad se viene implementando progresivamente la Ley N.º 30057, del Servicio Civil. En el numeral d) del artículo III de su Título Preliminar establece lo siguiente: “Meritocracia.- El Régimen del Servicio Civil, incluyendo el acceso, la permanencia, progresión, mejora en las compensaciones y movilidad, se basa en la aptitud, actitud, desempeño, capacidad y evaluación permanente para el puesto de los postulantes y servidores civiles”. Es decir que, en virtud de dicha norma legal, ingresarán al sector público únicamente aquellas personas que sean ganadoras de un concurso público de méritos abierto o transversal, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 67.º de la referida ley.
12. Asimismo, según lo previsto en la Ley N.º 30057, se busca garantizar que el principio del mérito esté presente tanto en el ingreso como en la permanencia del personal, por lo que el acceso a los puestos del referido régimen laboral se dará mediante concursos competitivos, la permanencia estará condicionada al buen desempeño y el ascenso también estará regido por concursos de méritos. Del mismo modo, en el Decreto Supremo N.º 040-2014-PCM, Reglamento de la Ley General del Servicio Civil, se regula el acceso al servicio civil mediante concurso público de méritos (artículos 161.º, 165.º y siguientes).
13. De lo expuesto se puede sostener que el ingreso del personal con vínculo laboral indeterminado, en la Administración Pública, necesariamente ha de efectuarse

a partir de criterios estrictamente meritocráticos, a través de un concurso público y abierto. Esto significará contar con personal que labore coadyuvando de la manera más efectiva, eficiente y con calidad en los diversos servicios que el Estado brinda a la sociedad, toda vez que la persona que resulte ganadora de un concurso público de méritos para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada, llevado a cabo con rigurosidad, debe ser idónea para realizar las funciones para las cuales será contratada, lo que, a su vez, repercutirá en beneficio de la población.

14. Los concursos públicos de méritos que lleven a cabo las entidades estatales no sólo deberán evaluar en los participantes : i) su capacidad; ii) méritos; iii) habilidades; iv) idoneidad para el cargo al que postula; y v) comportamiento ético, entre otras que se estime pertinente en función del cargo y especialidad por la que se concursa, sino también deberán caracterizarse por su transparencia y objetividad en la evaluación de los méritos de cada postulante, evitando actos que pongan en duda que en los concursos públicos para acceder al empleo en el Estado se está eligiendo a quienes por sus méritos merecen obtener determinada plaza.
15. En consecuencia, teniendo en cuenta lo expuesto en el fundamento 9 *supra*, cabe establecer que cuando los artículos 4.º y 77.º del TUO del Decreto Legislativo N.º 728, sean aplicados en el ámbito de la Administración Pública, deberán ser interpretados en el sentido de que el ingreso de nuevo personal o la “reincorporación” por mandato judicial, con una relación laboral de naturaleza indeterminada, en una entidad del Estado, para ocupar una plaza comprendida dentro del PAP o CAP, o del instrumento interno de gestión que haga sus veces, podrá efectuarse siempre que previamente la persona haya ganado un concurso público de méritos para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada.
16. En los procesos de amparo contra la Administración Pública en los que se haya verificado que los demandantes previamente han ganado un concurso público de méritos para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada, y además se haya acreditado la arbitrariedad del despido, debe proceder la respectiva reposición. En la etapa de ejecución de la sentencia de amparo, el juez deberá agotar todos los mecanismos judiciales previstos en la ley para que la parte demandante sea reincorporada en la plaza que le corresponda conforme a la sentencia que se expida para cada caso concreto. Lo antes expuesto no es de aplicación a los trabajadores de confianza, a quienes no les corresponde la reposición.

17. En esa perspectiva, este Tribunal, en su jurisprudencia, ha establecido que en los procesos de amparo en los cuales se demanda al Estado para que un ex trabajador sea reincorporado, cuando se interponga y admita una demanda debe registrarse como una posible contingencia económica que es necesario prever en el presupuesto, con la finalidad de que la plaza que ocupaba el demandante se mantenga presupuestada para, de ser el caso, actuar o ejecutar en forma inmediata la sentencia estimatoria (SSTC N.ºs 3470-2012-PA/TC, 00404-2013-PA/TC, 04763-2011-PA/TC, 01214-2012-PA/TC, 00276-2013-PA/TC, 04225-2012-PA/TC, entre otros), siempre y cuando se verifique que el demandante ha ingresado mediante concurso público de méritos y abierto para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada.

§6. Otro supuesto: cuando el demandante no ha ingresado a la Administración Pública mediante “concurso público de méritos para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada”

18. Siguiendo los lineamientos de protección contra el despido arbitrario y del derecho al trabajo, previstos en los artículos 27º y 22º de la Constitución, el Tribunal Constitucional estima que en los casos que se acredite la desnaturalización del contrato temporal o del contrato civil no podrá ordenarse la reposición a tiempo indeterminado, toda vez que esta modalidad del Decreto Legislativo 728, en el ámbito de la Administración Pública, exige la realización de un concurso público de méritos respecto de una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada. Esta regla se limita a los contratos que se realicen en el sector público y no resulta de aplicación en el régimen de contratación del Decreto Legislativo 728 para el sector privado.

1045

§7. Responsabilidad funcional en los supuestos que se detecte la desnaturalización del contrato temporal (laboral o civil) en la Administración Pública

19. Debe enfatizarse que las disposiciones constitucionales que regulan el régimen específico de los funcionarios y servidores públicos, así como el respeto de los derechos de los trabajadores, deben ser escrupulosamente observados y cumplidos por los respectivos funcionarios y servidores que están encargados y son responsables de la contratación de personal en cada entidad del Estado, pues de lo contrario deberá imponérseles las sanciones administrativas, civiles y/o penales a que hubiere lugar, teniendo en cuenta para ello lo dispuesto en el artículo 243.º de la Ley N.º 27444.
20. Por tal motivo, las entidades estatales deberán imponer las sanciones que correspondan a aquellos funcionarios y/o servidores que incumplan las formali-

dades señaladas en la Constitución, la ley y la presente sentencia, así como las disposiciones internas que cada entidad exige para la contratación del personal en el ámbito de la administración pública. A fin de determinar quiénes fueron los responsables de la contratación del personal que labora o presta servicios, se tendrá en cuenta, entre otros aspectos y documentos, el Manual de Organización y Funciones (MOF), el Reglamento de Organización y Funciones (ROF), el Reglamento Interno y demás normas internas pertinentes de cada entidad.

En efecto, con la finalidad de que se apliquen las sanciones que correspondan, la máxima autoridad de la institución deberá determinar quién o quienes tuvieron responsabilidad en la elaboración del contrato temporal que fue declarado desnaturalizado en un proceso judicial, para lo cual recurrirán a sus propios documentos internos y de gestión, luego de ello se procederá a proporcionar dicha información a conocimiento de la Oficina de Control Interno de la institución a fin de que se efectúen las investigaciones del caso, se lleve a cabo el procedimiento administrativo disciplinario del personal que incumplió las normas que regulan los requisitos para la contratación del personal en la administración pública, y se establezcan las sanciones pertinentes conforme a lo dispuesto en los artículos 46° y 47° Ley N.° 27785, Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, incorporados por la Ley N.° 29622, que modifica y amplía las facultades en el proceso para sancionar en materia de responsabilidad administrativa funcional. Una vez determinadas las respectivas responsabilidades, las sanciones que se impongan deberán ser consignadas en el Registro de Sanciones de Destitución y Despido (RSDD), artículo 50.° de la mencionada Ley N.° 27785.

1046

El jefe de la Oficina de Administración de cada entidad, o quien haga sus veces, es el funcionario responsable de la inscripción en el Registro de Sanciones de Destitución y de Despido (RSDD).

Al respecto, cabe precisar que conforme al artículo 11.° y la Novena Disposición Final de la Ley N.° 27785, los servidores y funcionarios públicos incurren en responsabilidad administrativa funcional cuando contravienen el ordenamiento jurídico administrativo y las normas internas de la entidad a la que pertenecen o cuando en el ejercicio de sus funciones hayan realizado una gestión deficiente. Se desprende que, a su vez, incurren en responsabilidad civil cuando, por su acción u omisión, hayan ocasionado un daño económico al Estado, siendo necesario que éste sea ocasionado por incumplir sus funciones, por dolo o culpa, sea ésta inexcusable o leve.

§8. Reglas procedimentales aplicables en materia de reposición como trabajadores de duración indeterminada en la Administración Pública

21. En cuanto a los efectos temporales de la presente sentencia, cabe precisar que las reglas establecidas por el Tribunal Constitucional como precedente vinculante (entre ellas la exigencia de que la incorporación o “reposición” a la administración pública sólo proceda cuando el ingreso del trabajador se haya realizado mediante concurso público y abierto para una plaza presupuestada, vacante de duración indeterminada) deben ser de aplicación inmediata a partir del día siguiente de su publicación en el diario oficial *El Peruano*, incluso a los procesos de amparo que se encuentren en trámite ante el Poder Judicial o el Tribunal Constitucional.
22. En el supuesto de que en un proceso de amparo el demandante no pueda ser reincorporado por no haber ingresado por concurso público de méritos para una plaza presupuestada, vacante de duración indeterminada, el juez reconducirá el proceso a la vía ordinaria laboral para que la parte demandante solicite la indemnización que corresponda, conforme a lo previsto en el artículo 38.º del TUO del Decreto Legislativo N.º 728. Dicha vía proseguirá el trámite conforme a la ley procesal de la materia y no podrá ser rechazada por la causal de extemporaneidad. Una vez que el juez laboral competente se avoque al conocimiento del caso, deberá entenderse presentada y admitida la demanda laboral, y 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 laboral. Transcurrido dicho plazo sin que el demandante realice la respectiva adecuación, procederá el archivo del proceso.
23. Asimismo, las demandas presentadas luego de la publicación del precedente de autos y que no acrediten el presupuesto de haber ingresado por concurso público de méritos a la Administración Pública para una plaza presupuestada y vacante a plazo indeterminado, deberán ser declaradas improcedentes, sin que opere la reconducción mencionada en el párrafo anterior.

1047

§9. Precedente vinculante

24. El artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional establece 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 (...)”.
25. Teniendo como punto de partida la naturaleza del caso concreto y con la finalidad de ordenar las diferentes posiciones interpretativas que operan en la

jurisprudencia constitucional, resulta necesario establecer de modo vinculante determinados parámetros para resolver procesos interpuestos por aquellas personas que, habiendo mantenido una relación contractual de carácter temporal o civil con alguna entidad del aparato estatal, reclaman la desnaturalización de sus contratos y exigen ser reincorporadas con una relación de trabajo de naturaleza indeterminada. En consecuencia, es indispensable, para ordenar la reposición en los términos que exige la parte demandante, que el juzgador analice y verifique que se cumplan determinadas reglas establecidas en la presente sentencia.

26. Por las consideraciones expuestas y de conformidad con lo dispuesto en el citado artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, las reglas contenidas en los fundamentos 18, 20, 21, 22 y 23 *supra*, constituyen precedente vinculante, siendo determinantes para resolver si a través de la vía del proceso constitucional de amparo, se ordenará o no la reincorporación de la parte demandante como trabajador con un contrato laboral a plazo indeterminado. Tales exigencias se ajustan y respetan la Constitución y demás normas legales vigentes que regulan la contratación de personal en el Estado.
27. El precedente establecido será de vinculación inmediata a partir del día siguiente de su publicación en el diario oficial *El Peruano*.

1048

§10. Análisis del caso concreto

Argumentos de la demandante

28. Afirma que ha sido víctima de un despido sin expresión de causa, violatorio de su derechos constitucionales al trabajo, a la protección adecuada contra el despido arbitrario y al debido proceso, por cuanto los contratos de trabajo para servicio específico suscritos con la entidad demandada se han desnaturalizado y, por tanto, y se han convertido en un contrato de trabajo a plazo indeterminado, motivo por el cual debe ser reincorporada en el cargo que ocupaba.

Argumentos de la parte demandada

29. Sostiene que celebró con la actora contratos de trabajo sujetos a modalidad, en los cuales se pactó su plazo de vigencia y se especificó que su permanencia estaba condicionada a que la plaza ocupada sea cubierta por el ganador de un concurso público, por lo que la recurrente era consciente de la temporalidad de su contrato desde el momento de su suscripción, no pudiendo pretender en el proceso de amparo, cuya naturaleza es restitutiva de derechos, que se declare el derecho reclamado, máxime si tiene una vía específica para ventilar su pretensión.

Consideraciones del Tribunal Constitucional

30. El artículo 63.º del TUO del Decreto Legislativo N.º 728 establece expresamente que “los contratos para obra determinada o servicio específico son aquellos celebrados entre un empleador y un trabajador, con objeto previamente establecido y de duración determinada”. Asimismo, el artículo 72.º del TUO del Decreto Legislativo N.º 728 establece que “los contratos de trabajo a que se refiere este Título necesariamente deberán constar por escrito y por triplicado, debiendo consignarse en forma expresa su duración y *las causas objetivas determinantes de la contratación*, así como las demás condiciones de la relación laboral”.
31. En el caso de autos, la demandante afirma haber sido objeto de un despido incausado en noviembre de 2011; por tanto, a fin de verificar si éste se produjo o no, se procederá a analizar el periodo contractual en el que habría ocurrido el supuesto despido. Para ello, es necesario determinar si los contratos modales suscritos entre la trabajadora y la parte demandada se desnaturalizaron, debiendo ser considerado este como un contrato de plazo indeterminado, en cuyo caso la parte demandante sólo podía ser despedida por causa relacionada con su conducta o capacidad laboral que lo justifique.
32. En la cláusula primera del contrato de trabajo para servicio específico, que obra a fojas 10, y en las cláusulas segunda y tercera del mismo, se ha cumplido con justificar la causa objetiva determinante de la contratación modal. Asimismo, se ha acreditado que la actora realizó las mismas funciones para las que fue contratada y que no trabajó luego del vencimiento del último contrato. En consecuencia, no se han desnaturalizado los contratos modales suscritos entre las partes.
33. Conforme al artículo 16, inciso c) del TUO del Decreto Legislativo 728, son causas de extinción de la relación laboral: la terminación de la obra o servicio, el cumplimiento de la condición resolutoria y el vencimiento del plazo en los contratos legalmente celebrados bajo modalidad. En este caso se puede afirmar que la conclusión del vínculo laboral obedece al libre albedrío de ambas partes, previamente pactado en un contrato de trabajo sujeto a plazo determinado. Siendo así, no tienen asidero las expresiones de la parte demandante en el sentido que habría sido despedida sin causa alguna. Por tanto, no habiéndose acreditado la vulneración de los derechos constitucionales relativos al trabajo, la demanda deber ser desestimada.

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

HA RESUELTO

1. Declarar **INFUNDADA** la demanda de amparo de autos.
2. Establecer como **PRECEDENTE VINCULANTE**, conforme al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, las reglas contenidas en los fundamentos 18, 20, 21, 22 y 23 de la presente sentencia.
3. Declarar que a partir del día siguiente de la publicación de la presente sentencia en el diario oficial *El Peruano*, los procesos de amparo en trámite, en el Poder Judicial y en el Tribunal Constitucional, deberán ser declarados improcedentes cuando se verifique que un demandante no pueda ser reincorporado por no haber ingresado por concurso público de méritos para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada. En tal caso, el juez reconducirá el proceso a la vía ordinaria laboral para que el demandante solicite la indemnización que corresponda.
4. Declarar que a partir del día siguiente de la publicación de la presente sentencia en el diario oficial *El Peruano*, las nuevas demandas de amparo cuya pretensión no cumpla con el criterio de procedibilidad de acreditar el ingreso a la Administración Pública mediante “concurso público de méritos para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada”, deben ser declaradas improcedentes.
5. Declarar que las reglas que constituyen precedente son de obligatorio cumplimiento por todos, especialmente los órganos jurisdiccionales constitucionales y sólo en el ámbito de la contratación laboral del Estado, no siendo de aplicación en el régimen de contratación para el sector privado.

1050

Publíquese y notifíquese.

SS.

URVIOLA HANI

MIRANDA CANALES

RAMOS NÚÑEZ

LEDESMA NARVÁEZ

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

EXP. N.º 05057-2013-PA/TC

JUNÍN

ROSALÍA BEATRIZ HUATUCO HUATUCO

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO URVIOLA HANI

Emito el presente fundamento de voto con el objeto de justificar las razones por las que considero necesario modificar la línea jurisprudencial que sobre la reposición laboral en la Administración Pública, ha seguido Tribunal Constitucional desde hace muchos años, incluso desde antes de ser designado como integrante del mismo.

1. En principio, estoy obligado a ser consistente con mis decisiones previas debido a que casos sustancialmente iguales deben ser resueltos de la misma manera. Sin embargo, al formar parte de un Colegiado que adopta sus decisiones, previa deliberación e intercambio de ideas entre sus miembros, tengo el ineludible deber de defender mis posturas, sin que ello signifique descartar, de antemano, la posibilidad que, al escuchar posiciones diferentes a las mías, considere que determinadas líneas jurisprudenciales que he compartido, deban ser rectificadas.
2. La tolerancia y la apertura de ideas para aceptar contraargumentos mejor razonados, o que respondan de mejor manera a los mandatos de la Constitución, son imprescindibles para cumplir con el deber de impartir justicia constitucional que me ha sido encomendado, más aún si las controversias que conocemos no se resuelven apelando a soluciones matemáticas, ni existen respuestas únicas a las mismas¹.
3. De ahí que cuando se justifique enmendar una línea jurisprudencial, estamos obligados a evaluarlo y, eventualmente, a proceder en ese sentido. Ni el principio de seguridad jurídica, ni el derecho a la igualdad, deben prevalecer a rajatabla frente a cualquier otra consideración jurídica² pues, tanto el ordenamiento jurí-

1051

1 URVIOLA HANI, Óscar. “El Deber de Ingratitud”. En: Revista Peruana de Derecho Constitucional. N.º 7, Nueva Época, 2014.

2 Aclaración de Voto del exmagistrado de la Corte Constitucional Colombiana, don Eduardo Cifuentes Muñoz en la Sentencia SU.337/98 recaída en el Expediente n.º T-149299.

dico, como la aplicación del mismo por parte de la judicatura, deben ir adaptándose a las transformaciones que experimente tanto la sociedad (que es dinámica) como el propio Estado (que viene siendo reformado).

4. Ahora bien, he llegado al convencimiento de que el criterio en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en lo que respecta a la reposición laboral en la Administración Pública debe ser modificado debido a que:

a. Paulatinamente se viene instaurando un nuevo régimen laboral único (Ley n.º 30057, Ley del Servicio Civil) basado en la meritocracia, optimizando, de este modo, los escasos recursos con los que cuenta el Estado para satisfacer necesidades colectivas.

Ahora bien, dado que el estado actual de la jurisprudencia se opone a lo dispuesto en dicha ley que, entre otras cosas, busca imponer de manera gradual un régimen laboral único en el Estado, para lo cual cierra el ingreso de personal bajo el ámbito de aplicación del Decreto Legislativo n.º 728, se hace imprescindible un viraje en la misma.

De otro lado, tampoco puede soslayarse que los derechos fundamentales no son ilimitados; es decir, pueden ser restringidos razonablemente en función de otros bienes constitucionales, como lo es una reforma integral en el régimen laboral de trabajadores estatales.

b. Con la modificación efectuada a la línea jurisprudencial se contribuirá a impedir que gestiones en la Administración Pública cuyo mandato está por concluir, desnaturalicen contratos con personas cuyas cualidades para el puesto no han sido transparentemente evaluadas.

Frente a ello, el Tribunal Constitucional no puede permanecer indiferente.

Este cambio en el ordenamiento jurídico, aunado a esta mala práctica que lamentablemente ha sido frecuente, justifican, en mi opinión, que varíe la posición que hasta la fecha uniformemente había suscrito.

Sr.
URVIOLA HANI

EXP.º 05057-2013-PA/TC

JUNÍN

ROSALÍA BEATRIZ HUATUCO HUATUCO

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO RAMOS NUÑEZ

Me hallo de acuerdo con el modo en el que se ha resuelto el caso, que concilia la necesidad de modernización del Estado con la conveniencia de fijar y consolidar una carrera que repose en el mérito. No obstante, en relación al precedente, manifiesto mi disconformidad con su aplicación inmediata. Cuando se alegue en las demandas de amparo la desnaturalización de su contrato, siempre que no se haya ingresado por concurso público, o también, no exista una plaza vacante, presupuestada y de duración indeterminada, las demandas deberán reconducirse a la vía laboral.

Puesto que las reglas que contiene un precedente innovan el ordenamiento jurídico casi de la misma manera que lo hacen los mandatos normativos, estimo que la variación de un criterio que comportará, a su vez, una reconducción del proceso a la vía ordinaria (y, con ella, una alteración de la pretensión), debería operar solo para aquellos casos que se inicien luego de que esta sentencia sea publicada en el diario oficial *El Peruano*.

Creo que un efecto de esta naturaleza no se deriva tanto de la aplicación forzada de la teoría de los derechos adquiridos –que tras la modificación del artículo 103 de la Constitución, que adoptó la teoría de los hechos cumplidos, no existe siquiera para las leyes o las normas jurídicas en general– sino, esencialmente, como consecuencia del deber de respetar y garantizar el derecho a no ser desviado de la jurisdicción predeterminedada por la ley (art. 139.3 de la Constitución).

En mi opinión, al momento de interponerse las demandas que ahora se reconducirán a la jurisdicción ordinaria, los jueces de amparo estaban legalmente predeterminedados para conocer de pretensiones que aspiraban a obtener la reposición. Tras la aplicación inmediata del precedente, por vía de una decisión jurisdiccional y no legal, ahora estos jueces carecen de competencia material. Y si bien la justicia laboral no está integrada por jueces de excepción o por funcionarios que juzgan por delegación o comisión, sí me parece que la decisión de “reconducir” los procesos que se encuentran en trámite

ante el Poder Judicial o el Tribunal Constitucional significara para los justiciables un “desvío” de la jurisdicción constitucional que se encontraba predeterminada por ley. No por un acto de voluntad del justiciable, sino por efectos de una decisión autoritativa de este Tribunal.

Tampoco puedo dejar de advertir que, tal y como se encuentra formulado, el precedente generará un alto nivel de inseguridad jurídica para el justiciable. Nuestra jurisprudencia ha sido pacífica en reconocer que la predecibilidad de las conductas, sobre todo de aquellas realizadas por funcionarios públicos, es una garantía que informa a todo el ordenamiento jurídico. Nuestro Tribunal no puede ser ajeno a esta labor, por lo que, si bien la construcción de nuevas reglas es una facultad ínsita a los órganos que administran justicia, dicha atribución debe ejercerse con plena observancia del conjunto de derechos y principios que nuestra Constitución reconoce.

Nuestra preocupación frente a esta clase de situaciones generó que, en el desarrollo de nuestra jurisprudencia, reconociéramos herramientas procesales para no perjudicar al demandante que ya decidió acudir a la justicia constitucional, en el entendido que podría obtener un pronunciamiento favorable. Un ejemplo de ello se advierte con la aplicación del *prospective overruling*, técnica que ha permitido que la jurisprudencia no adquiera eficacia para el caso decidido, sino que opere para los hechos producidos con posterioridad al nuevo precedente establecido.

1054

Soy, pues, un convencido en relación con nuestro deber de adaptar nuestros pronunciamientos a las circunstancias y necesidades actuales, pero estimo, respetuosamente, que ello de ninguna manera puede otorgarnos una carta libre para modificar, *ipso facto*, las reglas establecidas al momento en que el accionante acudió a la justicia constitucional. Nuestra jurisprudencia, y las reglas que, a través de la misma, hemos desarrollado, también se sujetan al cuadro de principios y derechos que la Constitución reconoce.

RAMOS NUÑEZ

EXP. N.º 05057-2013-PA/TC

JUNÍN

ROSALÍA BEATRIZ HUATUCO HUATUCO

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Concuerdo con lo resuelto por mis distinguidos colegas magistrados, en el sentido de declarar INFUNDADA la demanda, pero me aparto de ello en tanto convalida el derecho a la reposición laboral. A mi juicio, ésta no tiene sustento en la Constitución y deriva solo de una interpretación errada del contenido del derecho al trabajo, realizada por el Tribunal Constitucional. A continuación, presento las razones que me hacen pensar así.

En el Perú, la reposición fue establecida por el Decreto Ley N° 18471, promulgado en 1970 por el Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada. Cuando alguien era despedido sin que mediara causa legalmente determinada, el juez podía ordenar su reposición. Desde entonces, ella pasó a ser conocida como “estabilidad laboral”. Así, fue convalidada por la Constitución de 1979, cuando su artículo 48° dijo “El Estado reconoce el derecho de estabilidad en el trabajo.”

1055

En 1991, el Decreto Legislativo N° 728 circunscribió la reposición, estableciendo que cabía solo frente al despido que violaba derechos fundamentales. A éste le llamó “nulo”. Así, cabía la reposición para quienes eran despedidos, por ejemplo, en razón de su sexo o raza. El despido que no violaba derechos fundamentales, pero que no tenía causa prevista por ley, no era nulo sino solo “arbitrario”, tal como lo precisó la Ley N° 26513. Contra él, cabía solo la indemnización.

En 1993, el Perú cambió de Constitución. La nueva Constitución sigue el orden y estructura de la previa, pero introduce cambios de contenido importantes. Su artículo 27° sustituye al precitado artículo 48° de 1979, limitándose a decir: “La ley otorga adecuada protección contra el despido arbitrario”. Al eliminar la frase “derecho de estabilidad en el trabajo”, la Constitución de 1993 confirma que no cabe la reposición frente al despido arbitrario.

Ciertamente, al resolver el caso Sindicato Telefónica (2002), el Tribunal Constitucional tuvo razón al declarar inconstitucional el Decreto Legislativo N° 728. No

obstante, la inconstitucionalidad de éste radica en que establece una categoría de despido que la Constitución de 1993 ya no contempla, no en que limita la reposición al despido nulo, como dijo entonces el Tribunal, argumentando que había desigualdad entre empresas y trabajadores.

Este error fue profundizado en el caso Llanos Huasco (2003). En éste, la razón que el Tribunal dio para señalar que cabe la reposición frente al despido arbitrario fue la existencia del amparo laboral. Como el amparo tiene naturaleza restitutoria —dijo—, la existencia del amparo laboral prueba que el derecho al trabajo incluye la reposición. Así, el contenido de un derecho sustantivo fue determinado por la existencia de un mecanismo procesal.

El derecho al trabajo está consagrado por el artículo 22° de la Constitución de 1993. Éste dice: “El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona.” Indudablemente, el trabajo es un derecho fundamental, pero ello no implica que incluya el derecho a la reposición. En realidad, su contenido debe ser determinado de una revisión conjunta de todas las normas referidas a los derechos fundamentales y al régimen constitucional económico.

1056

En esta perspectiva, éste debe ser entendido como *la posibilidad de acceder libremente al mercado laboral o a desarrollar la actividad económica que uno quiera, dentro de los límites que la ley establece por razones de orden público*. Solo esta interpretación es consistente con las libertades de contratación y trabajo consagradas en el artículo 2°, incisos 14 y 15; la libertad de empresa establecida en el artículo 59°; y, la visión dinámica del proceso económico contenida en el artículo 61° de la Constitución.

Además, esta interpretación predomina internacionalmente. El derecho al trabajo está incluido, por ejemplo, en la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 23°). Pocos países, sin embargo, admiten la reposición; generalmente, establecen solo la indemnización contra el despido injustificado —al que el convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) define como aquel que no deriva de la capacidad o conducta del trabajador, o de las necesidades de la empresa.

Más específicamente, el artículo 7° del Protocolo Adicional a la Convención sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —conocido, simplemente, como Protocolo de San Salvador—, suscrito por el Perú, establece que cada legislación nacional puede determinar qué hacer frente al despido legalmente injustificado. Por tanto, el Perú puede admitir la reposición, como lo hizo la Constitución de 1979, o no hacerlo, como lo hace la Constitución de 1993.

Por estas razones, aunque reconozco que la sentencia en mayoría apunta en la dirección correcta de limitar los casos en los que cabe la reposición laboral en el sector público, no comparto la convalidación de la misma que ella implica —menos todavía, cuando establece un precedente.

SARDÓN DE TABOADA

EXP. N° 05057-2013-PA/TC
ROSALÍA BEATRIZ HUATUCO HUATUCO

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO BLUME FORTINI

Con el debido respeto a mis distinguidos colegas Magistrados, discrepo de la resolución de mayoría, en cuanto a la pertinencia, sentido, contenido y alcances de las reglas establecidas en sus fundamentos 18, 20, 21, 22 y 23, aprobadas como precedente vinculante, invocando el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, que en lo sucesivo denominaré Precedente Huatuco.

La fundamentación del presente voto singular se efectuará de acuerdo al siguiente esquema:

1058

1. Reglas establecidas en el Precedente Huatuco.
2. Resumen de las reglas del Precedente Huatuco.
3. Principales razones de mi discrepancia.
4. Concepto de precedente constitucional vinculante.
5. Premisas para el dictado de un precedente vinculante.
6. Línea jurisprudencial desarrollada por el Tribunal Constitucional.
7. Falta de presupuestos y premisas para el dictado del Precedente Huatuco.
8. Utilización indiscriminada del precedente vinculante.
9. La obligación del Tribunal Constitucional de respetar su propia jurisprudencia: la predictibilidad y la seguridad jurídica.
10. Criterios errados adicionales en torno al nacimiento del Precedente Huatuco.
11. Alcances de la protección adecuada al trabajador y el derecho a la reposición.
12. Aplicación y efectos en el tiempo del Precedente Huatuco.
13. El sentido de mi voto.

A continuación desarrollo dicho esquema, siguiendo la misma numeración temática:

1. Reglas establecidas en el Precedente Huatucu.

Las reglas establecidas en los Fundamentos 18, 20, 21, 22 y 23 del Precedente Huatucu son las siguientes:

– Regla establecida en el Fundamento 18:

“Siguiendo los lineamientos de protección contra el despido arbitrario y del derecho al trabajo, previstos en los artículos 27º y 22º de la Constitución, el Tribunal Constitucional estima que en los casos que se acredite la desnaturalización del contrato temporal o del contrato civil no podrá ordenarse la reposición a tiempo indeterminado, toda vez que esta modalidad del Decreto Legislativo 728, en el ámbito de la Administración Pública, exige la realización de un concurso público de méritos respecto de una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada. Esta regla se limita a los contratos que se realicen en el sector público y no resulta de aplicación en el régimen de contratación del Decreto Legislativo 728 para el sector privado.”

– Regla establecida en el Fundamento 20:

“Por tal motivo, las entidades estatales deberán imponer las sanciones que correspondan a aquellos funcionarios y/o servidores que incumplan las formalidades señaladas en la Constitución, la ley y la presente sentencia, así como las disposiciones internas que cada entidad exige para la contratación del personal en el ámbito de la administración pública. A fin de determinar quiénes fueron los responsables de la contratación del personal que labora o presta servicios, se tendrá en cuenta, entre otros aspectos y documentos, el Manual de Organización y Funciones (MOF), el Reglamento de Organización y Funciones (ROF), el Reglamento Interno y demás normas internas pertinentes de cada entidad.

1059

En efecto, con la finalidad de que se apliquen las sanciones que correspondan, la máxima autoridad de la institución deberá determinar quién o quienes tuvieron responsabilidad en la elaboración del contrato temporal que fue declarado desnaturalizado en un proceso judicial, para lo cual recurrirán a sus propios documentos internos y de gestión, luego de ello se procederá a proporcionar dicha información a conocimiento de la Oficina de Control Interno de la institución a fin de que se efectúen las investigaciones del caso, se lleve a cabo el procedimiento administrativo disciplinario del personal que incumplió las normas que regulan los requisitos para la contratación del personal en la administración pública, y se establezcan las sanciones pertinentes conforme a lo dispuesto en los artículos 46º y 47º Ley N.º 27785, Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, incorporados por la Ley N.º 29622, que modifica y amplía las facultades en el proceso para sancionar en materia de responsabilidad administrativa funcional. Una vez determinadas las respectivas responsabilidades, las sanciones que se impongan deberán

ser consignadas en el Registro de Sanciones de Destitución y Despido (RSDD), artículo 50.º de la mencionada Ley N.º 27785.

El jefe de la Oficina de Administración de cada entidad, o quien haga sus veces, es el funcionario responsable de la inscripción en el Registro de Sanciones de Destitución y de Despido (RSDD).

Al respecto, cabe precisar que conforme al artículo 11.º y la Novena Disposición Final de la Ley N.º 27785, los servidores y funcionarios públicos incurren en responsabilidad administrativa funcional cuando contravienen el ordenamiento jurídico administrativo y las normas internas de la entidad a la que pertenecen o cuando en el ejercicio de sus funciones hayan realizado una gestión deficiente. Se desprende que, a su vez, incurren en responsabilidad civil cuando, por su acción u omisión, hayan ocasionado un daño económico al Estado, siendo necesario que éste sea ocasionado por incumplir sus funciones, por dolo o culpa, sea ésta inexcusable o leve.”

– **Regla establecida en el Fundamento 21:**

“En cuanto a los efectos temporales de la presente sentencia, cabe precisar que las reglas establecidas por el Tribunal Constitucional como precedente vinculante (entre ellas la exigencia de que la incorporación o `reposición` a la administración pública sólo proceda cuando el ingreso del trabajador se haya realizado mediante concurso público y abierto para una plaza presupuestada, vacante de duración indeterminada) deben ser de aplicación inmediata a partir del día siguiente de su publicación en el diario oficial El Peruano, incluso a los procesos de amparo que se encuentren en trámite ante el Poder Judicial o el Tribunal Constitucional.”

– **Regla establecida en el Fundamento 22:**

“En el supuesto de que en un proceso de amparo el demandante no pueda ser reincorporado por no haber ingresado por concurso público de méritos para una plaza presupuestada, vacante de duración indeterminada, el juez reconducirá el proceso a la vía ordinaria laboral para que la parte demandante solicite la indemnización que corresponda, conforme a lo previsto en el artículo 38.º del TUO del Decreto Legislativo N.º 728. Dicha vía proseguirá el trámite conforme a la ley procesal de la materia y no podrá ser rechazada por la causal de extemporaneidad. Una vez que el juez laboral competente se avoque al conocimiento del caso, deberá entenderse presentada y admitida la demanda laboral, y 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 laboral. Transcurrido dicho plazo sin que el demandante realice la respectiva adecuación, procederá el archivo del proceso.”

– **Regla establecida en el Fundamento 23:**

“Asimismo, las demandas presentadas luego de la publicación del precedente de autos y que no acrediten el presupuesto de haber ingresado por concurso público de méritos a la Administración Pública para una plaza presupuestada y vacante a plazo indeterminado, deberán ser declaradas improcedentes, sin que opere la reconducción mencionada en el párrafo anterior.”

2. Resumen de las reglas establecidas en el Precedente Huatuco:

De la lectura detallada de las precitadas reglas, se aprecia que, en resumen, el Precedente Huatuco ha establecido que:

- 2.1 En el sector público no podrá ordenarse la incorporación o reposición a tiempo indeterminado de los trabajadores despedidos en los casos que se acredite la desnaturalización del contrato temporal o del contrato civil, por cuanto la incorporación o reposición a la Administración Pública sólo procede cuando el ingreso del trabajador se haya realizado mediante concurso público y abierto para una plaza presupuestada, vacante de duración indeterminada. Esta regla es de aplicación inmediata y no alcanza al sector privado.
- 2.2 Las entidades estatales deben imponer las sanciones que correspondan a aquellos funcionarios y/o servidores que tuvieron responsabilidad en la elaboración del contrato temporal que fue declarado desnaturalizado en un proceso judicial.
- 2.3 A fin de determinar la responsabilidad de tales funcionarios y/o servidores, las entidades estatales recurrirán a sus propios documentos internos y de gestión, proporcionando posteriormente dicha información a la Oficina de Control Interno, a fin de que se efectúen las investigaciones del caso, se lleve a cabo el procedimiento administrativo disciplinario respectivo y se establezcan las sanciones pertinentes.
- 2.4 Los servidores y funcionarios públicos incurren en responsabilidad administrativa funcional cuando contravienen el ordenamiento jurídico administrativo y las normas internas de la entidad a la que pertenecen o cuando en el ejercicio de sus funciones hayan realizado una gestión deficiente. A su vez, incurren en responsabilidad civil cuando, por su acción u omisión, hayan ocasionado un daño económico al Estado, siendo necesario que éste sea ocasionado por incumplir sus funciones, por dolo o culpa, sea ésta inexcusable o leve.
- 2.5 En el supuesto de que en un proceso de amparo el demandante no pueda ser reincorporado por no haber ingresado por concurso público de méritos para una plaza presupuestada, vacante, de duración indeterminada, el juez reconducirá

el proceso a la vía ordinaria laboral para que la parte demandante solicite la indemnización que corresponda. 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 laboral. Transcurrido dicho plazo sin que el demandante realice la respectiva adecuación, procederá el archivo del proceso.

- 2.6 Sus reglas son de aplicación inmediata a partir del día siguiente de su publicación en el diario oficial “El Peruano”, incluso a los procesos de amparo que se encuentren en trámite ante el Poder Judicial o el Tribunal Constitucional.
- 2.7 Las demandas presentadas luego de su publicación y que no acrediten el presupuesto de haber ingresado por concurso público de méritos a la Administración Pública para una plaza presupuestada y vacante a plazo indeterminado, deberán ser declaradas improcedentes, sin que opere la reconducción del proceso.

3. Principales razones de mi discrepancia.

Discrepo en cuanto a la pertinencia, sentido, contenido y alcances del precedente Huatuco, por cuanto:

- 1062
- 3.1 Contrariando la línea jurisprudencial uniforme desarrollada por el Tribunal Constitucional desde que inició sus funciones (hace cerca de veinte años), elimina el derecho a la reposición o reincorporación de los trabajadores del sector público que ingresaron sin las formalidades de un concurso público, sin importar el tiempo durante el cual hayan venido prestando sus servicios para el Estado y a pesar de que por aplicación del principio de la primacía de la realidad se haya acreditado que realizan una labor permanente, afectando el contenido constitucionalmente protegido del derecho al trabajo y del derecho a la protección adecuada contra el despido arbitrario, consagrados en los artículos 22 y 27, respectivamente, de la Constitución Política del Perú.
 - 3.2 Convalida un eventual accionar abusivo, lesivo e irresponsable del Estado en la contratación pública laboral, perjudicando injustamente al trabajador y desconociendo las garantías mínimas previstas en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, sin tener en cuenta las graves consecuencias socioeconómicas para las personas despedidas y sus familiares y dependientes, tales como la pérdida de ingresos y la disminución del patrón de vida, contrariando la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sentada en el Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá sobre los despidos efectuados sin respetar las garantías mínimas, a pesar de que tal jurisprudencia ha sido invocada, recogida y asumida por el propio Tribunal Constitucional en numerosas sentencias,

como es el caso de la STC 00606-2010-PA/TC, ejecutoria en la que el Tribunal Constitucional señaló que el despido será legítimo solo cuando la decisión del empleador se fundamente en la existencia de una causa justa contemplada en la ley y debidamente comprobada en el procedimiento de despido, en el cual se deben respetar las garantías mínimas que brinda el derecho fundamental al debido proceso, pues el resultado de una sanción en el procedimiento de despido no solo debe ser consecuencia de que se respeten las garantías formales propias de un procedimiento disciplinario, sino, además, de que sea acorde con los principios de razonabilidad y proporcionalidad que deben aplicarse teniendo presentes la gravedad de la falta cometida, la categoría, la antigüedad y los antecedentes disciplinarios del trabajador, entre otros aspectos.

- 3.3 Tiene un sentido reglamentista, punitivo y draconiano que hace énfasis en la sanción y penalización de los funcionarios y trabajadores encargados de la contratación pública, desconociendo que la contratación pública nacional presenta, desde hace varias décadas, la característica que de los más de 1'400,000.00 trabajadores¹ que laboran en el sector público, el mayor número de ellos ha sido contratado sin concurso, obviando que las renovaciones constantes de sus contratos traducen también una evaluación en los hechos, confirmada por su permanencia en el trabajo y por la primacía de la realidad; confundiendo, además, el ejercicio de la magistratura constitucional con el ejercicio de la labor legislativa y el ejercicio del control de la gestión gubernamental, que son propias del Poder Legislativo y de los entes facultados para emitir normas de derecho positivo, así como de la Contraloría General de la República, como si el Tribunal Constitucional fuera un órgano legislativo y parte dependiente del sistema nacional de control.
- 3.4 Irradia inconstitucionales efectos retroactivos sobre situaciones anteriores a su aprobación, frustrando las expectativas y violando el derecho de los trabajadores del sector público que hayan celebrado contratos temporales o civiles del sector público, que hayan obtenido sentencia que ordene su reposición, que se encuentran tramitando su reposición judicial o que se encuentren por iniciar un proceso con tal fin.
- 3.5 Desnaturaliza el sentido de la figura del precedente constitucional vinculante, no responde mínimamente al concepto de lo que debe entenderse por precedente constitucional vinculante ni respeta las premisas básicas que se exigen para su aprobación.

1063

1 Dato contenido en el Informe de Implementación de la Reforma del Servicio Civil. Avances y logros durante el año 2014. Consultado en (<http://www.servir.gob.pe>).

Precisadas las principales razones de mi discrepancia con la pertinencia, sentido, contenido y alcances el Precedente Huatuco, me referiré a continuación al concepto de precedente constitucional vinculante y a las premisas que exige su aprobación, que desde mi punto de vista han sido dejadas totalmente de lado en la resolución de mayoría.

4. Concepto de precedente constitucional vinculante.

El precedente constitucional vinculante, creado por el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional (sin perjuicio de su tímido antecedente que recogía la derogada Ley de Hábeas Corpus y Amparo de 1982), es una regla expresamente establecida como tal por el Tribunal Constitucional, con efectos vinculantes, obligatorios y generales, en una sentencia que haya adquirido la calidad de cosa juzgada, dictada al resolver un proceso constitucional en el que ha emitido pronunciamiento sobre el fondo del asunto; regla que es consecuencia de una larga secuencia de sentencias en las que el Tribunal Constitucional ha ido perfilando determinado criterio que estima necesario consagrar como obligatorio y vinculante porque contribuye a una mejor y mayor cautela de los derechos constitucionales y fortalece su rol de máximo garante de la vigencia efectiva de los derechos fundamentales, guardián de la supremacía constitucional y supremo intérprete de la Constitución.

1064

Al respecto, resulta ilustrativo citar los comentarios del maestro Domingo García Belaunde, principal gestor y autor del Código Procesal Constitucional, quien al comentar sobre la figura del precedente constitucional vinculante afirma:

“El precedente en el Perú tiene relativamente corta vida. Para efectos concretos la primera vez que esto se introduce entre nosotros a nivel legislativo, si bien tímidamente, es en 1982, en la Ley de Hábeas Corpus y Amparo de ese año, fruto de una comisión ad hoc nombrada por el entonces Ministro de Justicia, Enrique Elías Laroza y presidida por mí. Tal propuesta la planteé desde un inicio y tuvo acogida entre mis colegas miembros de la Comisión. Y como tal fue sancionada por el Pleno del Congreso de la República y entró en vigencia en diciembre de ese año.

Ahora bien, lo que tenía o teníamos en mente, era sobre todo la idea de ir construyendo una jurisprudencia orientadora que, por un lado, contribuyese a asentar la naciente experiencia de jurisdicción constitucional que entonces recién empezaba, (de acuerdo al modelo adoptado en la Constitución de 1979 y hasta que ahora se mantiene). Y por otro lado, crear firmeza en los pronunciamientos que contribuyesen a afianzar nuestro Estado de Derecho. Pero como sucede siempre en estas ocasiones, el enunciado normativo sirvió de muy poco. Fue más bien en

el Código Procesal Constitucional de 2004 donde se le precisó en el artículo VII del Título Preliminar. Fue pensado para que fuera usado con calma y prudencia y solo en casos especiales. Para tal efecto, pensaba yo en la evolución de los precedentes en el sistema jurídico norteamericano, que dentro de sus limitaciones, ha contribuido enormemente a afianzar su sistema jurídico. Lamentablemente, ayuno nuestro país de tradiciones constitucionales firmes, desconocedor de doctrina y jurisprudencia extranjera y sin literatura especializada que la orientase, empezó a usar tal concepto en forma bastante alegre y despreocupada, llegándose al caso de sentar precedentes en situaciones muy inciertas y muy abiertas al debate y peor aún: cambiados con frecuencia. Así, mientras en los Estados Unidos el precedente se fija y se vuelve obligatorio luego de una larga hilera de casos que van desbrozando el camino, aquí sucedió al revés. Primero se sentaba el precedente, y luego se veía qué pasaba y que problemas nuevos asomaban. Esto condujo a resultados poco serios y encontrados.” (Presentación liminar consignada en: BARKER, Robert S. “El precedente vinculante y su significado en el Derecho Constitucional de los Estados Unidos”. Serie Cuadernos Constitucionales. Editora Jurídica Grijley. Lima. 2014, pp. 13 y 14).

Dicho esto, resulta desconcertante la asunción del Precedente Huatuco por el Tribunal Constitucional, pues, como se observa, y lo voy a demostrar, nace contrariando su propia y uniforme jurisprudencia, sin que se haya perfilado una regla a través de una hilera de sentencias y afectando el contenido constitucionalmente protegido del derecho al trabajo y del derecho a la protección contra el despido arbitrario, consagrados en los artículos 22 y 27, respectivamente, de la Constitución Política del Perú, al eliminar el derecho a la reposición o reincorporación de los trabajadores del sector público que ingresaron sin las formalidades de un concurso público; sin importar, repito, el tiempo durante el cual hayan venido prestando sus servicios para el Estado y a pesar de que por aplicación del principio de la primacía de la realidad se haya acreditado que realizan una labor de naturaleza permanente.

1065

5. Premisas para el dictado de un precedente vinculante.

Son dos las principales premisas para el dictado de un precedente constitucional vinculante por parte del Tribunal Constitucional y que corresponden al rol que le compete como supremo interprete de la Constitución, garante de la vigencia efectiva de los derechos fundamentales y garante de la supremacía normativa de la Norma Suprema de la República, en armonía con los artículos 200, 201 y demás pertinentes de la Constitución, y los artículos II, III, IV, V y VI del Título Preliminar, y demás pertinentes del Código Procesal Constitucional, y los artículos 1, 2 y demás pertinentes de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Rol que es armónico con los fines esenciales de los procesos constitucionales, que establece el artículo II del Título Preliminar del citado Código Procesal Constitucional, el cual a la letra preceptúa:

“Son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales.”

Las premisas para el dictado de un precedente constitucional vinculante se desprenden del concepto de dicho instituto procesal y de los fines de los procesos constitucionales. Específicamente, si el precedente se refiere al ejercicio, alcances o cobertura de un derecho fundamental, el precedente debe imperativamente ser armónico con el fin de garantizar su vigencia efectiva.

Dicho esto, las premisas en mención son las siguientes:

- a) Que el precedente sea la consecuencia de una praxis jurisdiccional continuada. De un camino ya recorrido por el Tribunal Constitucional a través de sus fallos, en el que haya ido perfilando una regla que considere necesario establecer como de obligatorio y general cumplimiento en casos similares.

1066

Vale decir, el precedente vinculante nace a raíz de un camino recorrido por el Tribunal Constitucional en el ejercicio de la magistratura constitucional. No es producto de un acto ajeno a la praxis jurisprudencial, que nazca sin tal condición, como si se tratara de una labor meramente legislativa, propia del Poder Legislativo, salvo que su objetivo sea fortalecer el marco de protección de los derechos fundamentales.

- b) Que el precedente vinculante tenga invívita una finalidad, acorde con la naturaleza tuitiva, finalista y garantista de los procesos constitucionales: ampliar y mejorar la cobertura de los derechos fundamentales y de su pleno y cabal ejercicio.

Por ello, la inspiración del precedente debe responder al rol tuitivo y reivindicativo del Tribunal Constitucional, tendiente a mejorar los mecanismos de protección y de garantía de la vigencia efectiva de los derechos humanos.

Por tanto, el motor o la inspiración del precedente no puede ni debe ser otro que brindar mayor y mejor protección al justiciable que alega afectación de sus derechos esenciales, sea por amenaza o por violación.

En el presente caso el precedente que me ocupa nace contrariando la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional, abandonando por completo el rol tuitivo que le corresponde a favor de los derechos e inspirado, por el contrario, en la búsqueda de una fórmula que proteja los intereses económicos del Estado, asumiendo un rol

sancionatorio y punitivo contra los funcionarios y las autoridades públicas que contrataron sin concurso. Es decir, ayuno totalmente de las premisas que cimientan y sustentan su razón de ser.

6. Línea jurisprudencial desarrollada por el Tribunal Constitucional.

La línea jurisprudencial que ha venido construyendo el Tribunal Constitucional en materia de amparos laborales del régimen público, a contramano de las reglas establecidas en el Precedente Huatuco, ha sido tuitiva, finalista y garantista, aplicando el principio de la primacía de la realidad y ordenando la reposición de aquellos trabajadores del Sector Público despedidos, que ingresaron por contratos temporales o civiles, que demostraron haber realizado una labor de naturaleza permanente, sujeta a subordinación y dependencia.

Esa línea se ve reflejada en numerosas sentencias dictadas por los sucesivos colegiados que han integrado el Tribunal Constitucional, de las cuales sólo en forma ilustrativa, voy a referir algunas dictadas entre el 2002 y la fecha (en los últimos 13 años); sentencias en las que, recalco, se ordenó la reposición del trabajador en casos de servidores que no habían ingresado a la Administración Pública por concurso, pero que habían continuado laborando a través de sucesivas renovaciones o prórrogas, desempeñando labores de naturaleza permanente, bajo condiciones de horario, dependencia y subordinación; casos en los cuales uniformemente se aplicó el principio de la primacía de la realidad.

1067

Con tal fin, detallo el número de la sentencia, el proceso en el que se dictó, las partes intervinientes en el mismo y el derecho alegado, además de transcribir la parte resolutoria de la misma y los fundamentos pertinentes, así como indicar los magistrados que en su oportunidad las suscribieron:

6.1 **STC 01562-2002-PA/TC**, dictada en el proceso de amparo promovido por Alejandro Navarro Pinedo contra INRENA, por afectación del derecho al trabajo y del derecho a la protección contra el despido arbitrario, en la cual se resolvió:

“REVOCANDO la recurrida que, confirmando la apelada, declaró infundada la demanda; y, reformándola, la declara FUNDADA. En consecuencia, ordena a la emplazada reponer al recurrente y regularizar su situación laboral. Dispone la notificación a las partes, su publicación conforme a ley y la devolución de los actuados.”

La decisión del Tribunal Constitucional se basó, entre otros, en los siguientes fundamentos:

“De otro lado, en autos obran los contratos de locación de servicios, suscritos entre el recurrente y la emplazada, los mismos que fueron renovados en forma ininterrumpida

desde el 1 de marzo de 2000 hasta el 31 de diciembre de 2001, abonándosele una retribución mensual por los servicios prestados. Asimismo, mediante documentos que obran de fojas 29 a 38, la emplazada se dirigió al recurrente con el propósito de brindarle instrucciones sobre el desarrollo de determinadas actividades, llamarle la atención por el incumplimiento en la entrega de informes solicitados, exigirle el cumplimiento de un horario de trabajo, así como reubicarlo en diversos cargos, entre otros. De ello se desprende lo siguiente: a) que el recurrente ha desempeñado labores de naturaleza permanente; b) que se le ha pagado una remuneración mensual; c) que ha cumplido un horario de trabajo; y d) que ha existido una prestación personal subordinada.

Consecuentemente, resulta aplicable al presente caso el principio laboral de primacía de la realidad, pues si bien el recurrente fue contratado bajo la modalidad de locación de servicios, de hecho realizaba prestaciones propias de un contrato de trabajo. Por este motivo, su despido debió realizarse por las causales y mediante el procedimiento establecido en el Decreto Supremo N.º 003-97-TR, por lo que, al no actuar conforme al procedimiento antes citado, la emplazada ha vulnerado el derecho fundamental al trabajo del recurrente.” (Fundamentos 3 y 4).

Magistrados firmantes:

Bardelli Lartirigoyen,
Aguirre Roca y
Gonzales Ojeda.

1068

6.2 **STC 2541-2003-PA/TC**, dictada en el proceso de amparo promovido por Vicente Mamani Sánchez contra la Municipalidad Provincial de San Román (Juliac), por afectación del derecho al trabajo y del derecho a la protección contra el despido arbitrario, en la cual se resolvió:

“1. Declarar **FUNDADA** la acción de amparo.

2. Ordena reponer al demandante en el cargo que desempeñaba al momento de la violación de sus derechos constitucionales, o en otro de igual nivel o categoría (...)”

La decisión del Tribunal Constitucional se basó, entre otros, en los siguientes fundamentos:

“Mediante la Resolución de Alcaldía N.º 1499-2002-MPSR-J/ALCA, de fecha 26 de diciembre de 2002, de fojas 2, ha quedado acreditado que el recurrente ha prestado servicios para la emplazada en calidad de ‘trabajador obrero permanente’ por haber laborado desde abril de 1999 en diferentes obras públicas ejecutadas por la Municipalidad. Dicha resolución establece que el actor “ha superado largamente el periodo de prueba de tres meses, adquiriendo, en consecuencia, el derecho a la esta-

bilidad laboral en su puesto de trabajo”, por encontrarse comprendido en el régimen laboral del Decreto Legislativo N.º 728 .

Por tal razón, a la fecha de su cese, había adquirido protección contra el despido arbitrario de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 10º del Decreto Supremo N.º 003-97-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N.º 728. Asimismo, es necesario precisar que la resolución mencionada no ha sido materia de impugnación por parte de la demandada, por lo que dicho documento es válido y surte efectos jurídicos; situación que es corroborada con los documentos ofrecidos por el recurrente que corren de fojas 4 a 22, 26 a 28 y 62 a 97, en los que constan memorando, notas de pedido dirigidas al actor e informes de las labores realizadas como grifero municipal.

Consecuentemente, y en virtud de la precitada norma, no podía ser destituido en forma unilateral por la emplazada, sino por las causas previstas en los artículos 16º, 22º y ss. del Decreto Supremo N.º 003-97/TR, Texto único Ordenado del Decreto Legislativo N.º 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, y con sujeción al procedimiento establecido en él, por lo que al haber sido despedido sin observarse tales disposiciones, se han vulnerado sus derechos al trabajo y al debido proceso.” (Fundamentos 1 a 3).

Magistrados firmantes:

Alva Orlandini,
Aguirre Roca y
Gonzales Ojeda.

1069

- 6.3 **STC 2545-2003-PA/TC**, dictada en el proceso de amparo seguido por Frine Mallqui Oriundo contra el Presidente del Comité Local de Administración de Salud del distrito de San Juan Bautista (CLAS), por afectación del derecho al trabajo y del derecho a la protección contra el despido arbitrario, en la cual resolvió:

“1. Declarar FUNDADA la acción de amparo; en consecuencia, inaplicable la carta N.º 002-2003-Pdte-CLAS/SJB, de fecha 20 de febrero de 2003.

2. Ordena la reposición de la recurrente en el mismo cargo, o en otro de similar nivel.”

La decisión del Tribunal Constitucional se basó, entre otros, en los siguientes fundamentos:

“Del estudio de autos se aprecian, de fojas 10 a 35, copias de los contratos de servicios no personales y de locación de servicios, suscritos por la demandante para asumir el cargo de auxiliar de farmacia, con una jornada y un horario de trabajo de lunes a

viernes (documentos que obran de fojas 46 al 70), bajo subordinación, según documentos de fojas 36 a 41; con lo cual se acredita, fehacientemente, su relación laboral con el CLAS San Juan Bautista, advirtiéndose, además, que tal vínculo laboral comenzó el 9 de setiembre de 1996 y duró hasta el 28 de febrero de 2003, en que fue despedida; esto es, que duró más de 6 años.

Se presume la existencia de un contrato de trabajo cuando concurren 3 elementos: la prestación personal del servicio, la subordinación y la remuneración (prestación subordinada de servicios a cambio de una remuneración). Es decir, el contrato de trabajo presupone el establecimiento de una relación permanente entre el empleador y el trabajador, en virtud de la cual este se obliga a prestar servicios en beneficio de aquel de manera, de manera diaria, continua y permanente, cumpliendo un horario de trabajo.

En el caso de autos, es aplicable el principio de primacía de la realidad, que significa que en casos de discrepancia entre lo que ocurre y lo que fluye de los documentos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que realmente acontece. En tal sentido, del contenido de los contratos referidos se advierte que existía una relación laboral entre la demandante y la demandada de las características señaladas en el fundamento precedente; por tanto, las labores que realizaba eran de naturaleza permanente y no eventual, como lo manifiesta la demandada.

1070

Por consiguiente, habiéndose acreditado que la recurrente realizó labores de naturaleza permanente, por más de 6 años, y habiendo superado el periodo de prueba (artículo 10° D.S. 003-97-TR), solo podía ser cesada según las causales previstas en el Decreto Legislativo N.° 728 –Ley de Productividad y Competitividad Laboral– Decreto Supremo N.° 003-97-TR, artículos 22° y siguientes, causales relacionadas con la capacidad del trabajador o con su conducta.” (Fundamentos 2 a 5).

Magistrados firmantes:

Alva Orlandini,
Gonzales Ojeda y
García Toma.

- 6.4 **STC 01162-2005-PA/TC**, dictada en el proceso de amparo promovido por Elvio Núñez Becerra en contra del Poder Judicial, por afectación del derecho al trabajo y del derecho a la protección contra el despido arbitrario, en la cual se resolvió:

“1. Declarar *FUNDADA* la demanda.

2. Ordenar que el Poder Judicial reponga a don *Elvio* Núñez Becerra como trabajador en el cargo que venía desempeñando o en otro de similar categoría o nivel.

3. Ordenar que el Poder Judicial pague los costos del proceso en ejecución de sentencia.”

La decisión del Tribunal Constitucional se basó, entre otros, en los siguientes fundamentos:

“Atendiendo a lo expuesto en el fundamento precedente, corresponde señalar que con las planillas de remuneraciones y las boletas de pago obrantes de fojas 10 a 12, se prueba fehacientemente que el demandante, durante el período en que fue contratado no percibía una retribución por los servicios que prestaba, sino una remuneración por las labores que desempeñaba, ya que la emplazada cumplía con retenerle las aportaciones para la seguridad social y la salud; es decir, cumplía con una obligación propia de un empleador y no la de un comitente, como alega ser el emplazado.

Por lo tanto, habiéndose determinado que el demandante —al margen de lo consignado en el texto de los contratos de locación de servicios no personales suscritos por las partes— ha desempeñado labores en forma subordinada y permanente, debe aplicarse a su caso el principio de la primacía de la realidad, en virtud del cual queda establecido que entre las partes ha habido una relación de naturaleza laboral y no civil; por lo que el demandado, al haber despedido al demandante sin haberle expresado la existencia de una causa justa relacionada con su capacidad o conducta laboral que justifique dicha decisión, ha vulnerado su derecho constitucional al trabajo, pues lo ha despedido arbitrariamente.” (Fundamentos 7 y 8).

1071

Magistrados firmantes:

Gonzales Ojeda

Vergara Gotelli y

Landa Arroyo.

- 6.5 **STC 01846-2005-PA/TC**, dictada en el proceso de amparo promovido por María Isabel Paredes Taype contra RENIEC, por afectación del derecho al trabajo y del derecho a la protección contra el despido arbitrario, en la cual se resolvió:

“1. Declarar FUNDADA la demanda; en consecuencia, nula la Carta N.º 125-2004-JEF/SGRH, de fecha 29 de enero de 2004.

2. Ordenar reponer a doña María Isabel Paredes Taype como trabajadora en el cargo que venía desempeñando, o en otro similar de igual nivel o categoría al que venía ocupando al momento de ocurrir la violación de su derecho constitucional al trabajo.”

La decisión del Tribunal Constitucional se basó, entre otros, en los siguientes fundamentos:

“En relación al referido principio, este, Tribunal, en criterio que comparte, reitera lo señalado por la Corte Constitucional Colombiana, en su Sentencia C-154/97, en

un caso en que se cuestionaba la constitucionalidad de la Ley que dictó el Estatuto de Contratación Administrativa, señaló que el principio de primacía de la realidad ‘(...) agota su cometido al desentrañar y hacer triunfar la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla. Y esta primacía puede imponerse tanto frente a particulares como al Estado mismo’.

En el presente caso, con el Certificado de Servicios SNP N.º 067-2004, de fecha 16 de noviembre 2004, obrante a fojas 127, se acredita que la demandante prestó servicios en la Jefatura Regional de Huancayo, de la Gerencia de Operaciones de la Reniec, desde el 1 de junio de 2000 hasta el 31 de enero de 2004, servicios que ha prestado en forma personal y subordinada, ya que con el Memorándum N.º 0065-2003-GO/JR3/JUN→ADS se prueba que la demandante estaba sujeta a un horario de trabajo previamente establecido por su empleadora, el que, en caso de incumplimiento, podía ser justificado por los locadores, pero en caso de que hubiese acumulado tres tardanzas injustificadas durante un mes se le resolvería su contrato, según se dispone en el Oficio Circular N.º 0004-2003-DRH/RENIEC, obrantes a fojas 22.

Por lo tanto, habiéndose determinado que la demandante —al margen de lo consignado en el texto de los contratos de locación de servicios suscritos por las partes— ha desempeñado labores en forma subordinada y permanente, es de aplicación el principio de la primacía de la realidad, en virtud del cual queda establecido que entre las partes ha habido una relación de naturaleza laboral y no civil; por lo que la demandada, al haber despedido a la demandante sin haberle expresado la causa relacionada con su conducta o su desempeño laboral que justifique dicha decisión, ha vulnerado su derecho constitucional al trabajo, pues la ha despedido arbitrariamente.” (Fundamentos 10 a 12).

Magistrados firmantes:

García Toma,

Gonzales Ojeda y

Vergara Gotelli.

- 6.6 **STC 4877-2005-PA/TC**, dictada en el proceso de amparo seguido por René Ancaya Morán contra el PRONAA, por afectación del derecho al trabajo y del derecho a la protección contra el despido arbitrario, en la cual se resolvió:

“1. Declarar FUNDADA, en parte, la demanda; en consecuencia, sin efecto legal la Carta 012-2003-OAD/PRONAA, de fecha 28 de marzo de 2003.

2. Ordena que el Pronaa (Programa Nacional de Asistencia Alimentaria) reponga a don René Ancaya Morán como trabajador en el cargo que venía desempeñando, o en otro de similar categoría o nivel.”

La decisión del Tribunal Constitucional se basó, entre otros, en los siguientes fundamentos:

“En el presente caso, con el certificado de trabajo obrante a fojas 39, se acredita que el demandante suscribió contratos de locación de servicios no personales con vigencia desde el 1 de noviembre de 2002 hasta el 31 de marzo de 2003; esto es, para prestar servicios sin estar subordinado, por cierto tiempo, o para un trabajo determinado, a cambio de una retribución. Sin embargo, con las papeletas de permiso obrantes de fojas 43 a 47, se demuestra que el demandante se encontraba subordinado a un jefe inmediato, al cual solicitaba permiso de salida para realizar las labores para las que fue contratado, por lo que en aplicación del principio de primacía de la realidad, prevalecen los hechos sobre las formas y apariencias de los contratos civiles suscritos por el demandante, resultando, además, evidente que con tales contratos se pretendía esconder una relación laboral.

Por lo tanto, habiéndose determinado que el demandante, al margen de lo consignado en el texto de los contratos de locación de servicios no personales suscritos por las partes, ha realizado labores en forma subordinada y permanente, es de aplicación el principio de la primacía de la realidad, en virtud del cual queda establecido que entre las partes ha habido una relación de naturaleza laboral, y no civil; por lo que el demandado, al haber despedido arbitrariamente al demandante, sin haberle expresado la existencia de una causa justa relacionada con su capacidad o conducta laboral, que justifique dicha decisión, ha vulnerado su derecho constitucional al trabajo.” (Fundamentos 10 a 12).

1073

Magistrados firmantes:

Alva Orlandini,

Bardelli Gartirigoyen y

Landa Arroyo.

- 6.7 **STC 4194-2006-PA/TC**, dictada en el proceso amparo seguido por Daniel Fernández Verástegui contra la Junta Administradora de Servicios de Saneamiento de San Pedro de Lloc, Pacasmayo y Guadalupe, por afectación del derecho al trabajo y del derecho a la protección contra el despido arbitrario, en la cual se resolvió:

“1. Declarar FUNDADA, en parte, la demanda de amparo.

2. Inaplicable el contenido de la Carta N.º 006-2004-JASSSPLLPG; en consecuencia, ordena a la emplazada que reponga al demandante en su mismo puesto de trabajo o en otro de igual o similar nivel. (...)”

La decisión del Tribunal Constitucional se basó, entre otros, en los siguientes fundamentos:

“El recurrente afirma que laboró desde el 1 de diciembre del año 2002 hasta el 31 de diciembre del año 2004; primero para la E.P.S. Nordwasser S.A.C. y, posteriormente, para la entidad emplazada, la cual, sostiene, asumió el activo y pasivo de la primera. (...)

La emplazada sostiene que el recurrente mantuvo con ella una relación de carácter civil y no laboral; sin embargo, se aprecia de los contratos de fojas 10-A y 83, denominados de locación de servicios, que se contrató al demandante para que desempeñe las funciones de Jefe de Informática (cláusula tercera), esto es, para que ocupe un cargo dentro de la jerarquía institucional, sujeto, además, a un horario de trabajo (cláusula sexta); lo cual se corrobora con el certificado de trabajo de fojas 18, en el que se alude a su puntualidad y responsabilidad; el carné de trabajo de fojas 41 y los registros de asistencia de fojas 42 a 44. Esta documentación demuestra que el recurrente desempeñó una labor que tenía las notas de dependencia y subordinación, propias de una relación laboral.

En consecuencia, es evidente que el contrato suscrito por el demandante fue desnaturalizado, puesto que se simuló una aparente relación de carácter civil, con el propósito de encubrir una auténtica relación laboral. En virtud de esa desnaturalización, el contrato del recurrente se convirtió en uno de duración indeterminada, por lo que solamente podía ser despedido por causa justa, situación que no se dio en su caso, puesto que fue despedido sin expresión de causa. Siendo así, la demanda resulta amparable, porque la extinción de la relación laboral se ha fundado, única y exclusivamente, en la voluntad del empleador, lo que constituye un acto arbitrario y lesivo de los derechos fundamentales del demandante, razón por la cual su despido carece de efecto legal y es repulsivo al ordenamiento jurídico.” (Fundamentos 2, 5 y 6).

Magistrados firmantes:

García Toma,
Alva Orlandini y
Landa Arroyo.

- 6.8 **STC 01210-2006-PA/TC**, dictada en el proceso de amparo seguido por Manuel Rojas Caballero contra la Municipalidad de Pillco Marca, por afectación del derecho al trabajo y del derecho a la protección contra el despido arbitrario, en la cual se resolvió:

“1. Declarar **FUNDADA** la demanda.

2. Ordenar a la Municipalidad Provincial de Pillco Marca que reponga al demandante en el cargo que desempeñaba, o en otro similar de igual nivel o categoría.”

La decisión del Tribunal Constitucional se basó, entre otros, en los siguientes fundamentos:

“Con relación al principio de primacía de la realidad, que es un elemento implícito en nuestro ordenamiento jurídico y, concretamente, impuesto por la propia naturaleza tuitiva de nuestra Constitución, este Colegiado ha precisado que en mérito de este principio “(...) en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye de los documentos, debe darse preferencia a lo primero; es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos” (Fundamento 3 de la STC N.º 1944-2002-AA/TC).

Con la Resolución de Alcaldía N.º 062-2003-A-MDPMA, de fecha 2 de julio de 2003, obrante a fojas 3, se prueba que el demandante fue designado como policía municipal desde el 30 de abril de 2003, y con los memorándums obrantes de fojas 15 a 45, se prueba que el demandante prestó servicios para la Municipalidad de manera diaria, continua y permanente, cumpliendo un horario de trabajo; por tanto, las labores que realizaba eran de naturaleza laboral.

En tal sentido, un contrato civil suscrito sobre la base de estos supuestos se debe considerar como un contrato de trabajo de duración indeterminada, y cualquier decisión del empleador de dar por concluida la relación laboral, sólo podría sustentarse en una causa justa establecida por la ley y estar debidamente comprobada, de lo contrario se configuraría un despido arbitrario, como ha sucedido en el caso de autos.

En consecuencia, este Colegiado considera que la ruptura del vínculo laboral, sustentada en una utilización fraudulenta de una modalidad de contratación como la antes descrita, configura un despido arbitrario; por lo que, teniendo en cuenta la finalidad restitutoria del proceso de amparo constitucional, procede la reincorporación del demandante en el puesto de trabajo que venía desempeñando a la fecha en que se produjo la violación de sus derechos fundamentales.” (Fundamentos 5 a 8).

Magistrados firmantes:

Gonzales Ojeda,

Bardelli Gartirigoyen y

Vergara Gotelli.

- 6.9 **STC 09248-2006-PA/TC**, dictada en el proceso de amparo promovido por Mailly Saavedra Lizardo contra el Consejo Supremo de Justicia Militar, por afectación del derecho al trabajo y del derecho a la protección contra el despido arbitrario, en la cual se resolvió:

“1. Declarar FUNDADA la demanda de amparo.

2. Ordenar reponer a doña Mailly Saavedra Lizardo como trabajadora en el cargo que venía desempeñando, o en otro similar de igual nivel o categoría al que venía ocupando al momento de ocurrir la violación de su derecho constitucional al trabajo, siéndole aplicable lo establecido por la Ley N° 24041.”

La decisión del Tribunal Constitucional se basó, entre otros, en los siguientes fundamentos:

“Según lo expuesto, es posible que en la práctica el empleador pretenda encubrir una relación laboral bajo la celebración de contratos civiles de locación de servicios, Ante dichas situaciones, este Colegiado, en reiterada jurisprudencia, ha hecho uso del principio de primacía de la realidad, cuya aplicación tiene como consecuencia que “(...) en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye de los documentos, debe darse preferencia a lo primero; es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos” (STC N.º 1944-2002-AA/TC; fundamento 3) (subrayado agregado).

En el caso de autos, a fojas 4 obra la Constancia de Prestación de Servicios No Personales, suscrita por el Jefe de División de Personal del Consejo Supremo de Justicia Militar y por el Director Ejecutivo del Consejo Supremo de Justicia Militar, en la que se acredita que la demandante prestó servicios en el Consejo Supremo de Justicia Militar durante 6 años, desde el 2 febrero de 2000 hasta el 28 de febrero de 2006, lo cual corrobora la existencia de prestaciones personales ininterrumpidas.

En lo concerniente a la prestación subordinada de las labores, se advierte que la recurrente fue contratada para prestar servicios de digitación en el Consejo Supremo de Justicia Militar, suscribiendo, para ello, contratos civiles de locación de servicios, laborando bajo tal modalidad durante seis años consecutivos. (...)

La Administración Pública, y más aún entidades como el Consejo Supremo de Justicia Militar, se caracterizan por ser entidades jerarquizadas, y una digitadora requiere indefectiblemente para el ejercicio de sus labores la recepción de órdenes, la supervisión de sus labores y la fiscalización de ellas a fin de realizar las correcciones que fueran necesarias. Por tanto, se trata de prestación de servicios de carácter subordinado.

Se advierte, entonces, que este tipo de prestaciones (digitación) tuvo carácter permanente, que la recurrente estuvo laborando bajo el régimen de contrato civil, y que, sin embargo, la relación se extendió 6 años, duración que no guarda concordancia con el carácter temporal que normalmente tienen las prestaciones específicas para las que se emplea la modalidad de locación de servicios. Por ello, de acuerdo a lo expuesto en

los fundamentos precedentes, es posible afirmar que en el caso de autos la recurrente prestó servicios personales, bajo subordinación y percibiendo una contraprestación económica por tal concepto, de modo que se trató de una relación laboral.

Por tanto, la demandada, por haber despedido a la demandante sin haberle expresado la causa relacionada con su conducta o capacidad laboral que justifique dicha decisión, ha vulnerado su derecho constitucional al trabajo, configurándose, de ese modo, un despido incausado.” (Fundamentos 6 a 9).

Magistrados firmantes:

Gonzales Ojeda,
Alva Orlandini,
Bardelli Gartirigoyen,
Vergara Gotelli,
Landa Arroyo y
Mesía Ramírez.

- 6.10 **STC 10315-2006-PA/TC**, dictada en el proceso de amparo promovido por María Luisa Flores Carbajal contra el Comité de Administración de la Zofra Tacna, por afectación del derecho al trabajo y del derecho a la protección contra el despido arbitrario, en la cual se resolvió:

1077

“1. Declarar FUNDADA la demanda de amparo; en consecuencia, ordena se reponga a la recurrente en su puesto de trabajo. (...)”

La decisión del Tribunal Constitucional se basó, entre otros, en los siguientes fundamentos:

“De los documentos que obran en el expediente, se observa que los contratos de locación de servicios (fojas 3 a 31) celebrados mes a mes por la recurrente y la empresa emplazada durante el período del 20 de mayo de 2002 al 31 de mayo de 2005, han sido objeto de desnaturalización.

En efecto, durante el período en que la recurrente prestó servicios a ZOFRATAACNA como digitadora de la Gerencia de Operaciones en el Terminal Terrestre de dicha entidad, se ha comprobado que la recurrente se desempeñaba elaborando reportes, verificando boletas de venta, digitando declaraciones juradas y brindando información a los turistas (...).

Por otro lado, se constata que las labores desempeñadas por la recurrente forman parte de la estructura orgánica de la entidad, tal como se puede comprobar del Manual de Organización y Funciones (MOF) obrante a fojas 34 de autos (...).

Con relación al principio de la primacía de la realidad, que es un elemento implícito en nuestro ordenamiento jurídico y, concretamente, impuesto por la propia naturaleza tuitiva de nuestra Constitución, este colegiado ha precisado que en mérito de este principio “(...) en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye de los documentos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos.

En consecuencia, habiéndose comprobado la existencia de una relación laboral de duración indeterminada, el cese de la recurrente se encontraba supeditado a la existencia de causa justa, lo que no fue tomado en cuenta por la emplazada, configurándose, de ese modo, un despido arbitrario que vulnera el derecho constitucional al trabajo de la demandante.” (Fundamentos 3 a 6).

Magistrados firmantes:

Landa Arroyo,

Beaumont Callirgos y

Eto Cruz.

- 1078
- 6.11 **STC 04840-2007-PA/TC**, dictada en el proceso de amparo seguido por Robert Espinoza Mesa contra la Municipalidad de Pillco Marca, por afectación del derecho al trabajo y del derecho a la protección contra el despido arbitrario, en la cual se resolvió:

“1. Declarar FUNDADA la demanda de amparo en el extremo en que se solicita la reposición del recurrente, por haberse acreditado la vulneración del derecho al trabajo.

2. Ordenar la reposición del demandante en el puesto que venía desempeñando a la fecha de cese. O uno de similar categoría en la Municipalidad Distrital de Pillco Marca, Provincia de Huánuco, Departamento de Huánuco (...)”

La decisión del Tribunal Constitucional se basó, entre otros, en los siguientes fundamentos:

“En el caso materia de pronunciamiento, del análisis de los instrumentos de los contratos de locación de servicios suscritos por ambas partes, obrantes de fojas 7 a 16, se desprende la existencia de dos etapas diferenciadas en cuanto a los servicios prestados por el demandante a favor de la emplazada: Una que va desde el 10 de abril hasta el 31 de diciembre de 2005 en la que el recurrente se desempeñó como obrero encargado de diversos trabajos de refacción de la casa hacienda de la Municipalidad de Pillco Marca, y otra que va desde el 1 de enero hasta el 31 de diciembre de 2006, en la que el recurrente estuvo encargado de la vigilancia del local de la entidad emplazada.

En cuanto a la primera etapa, del análisis del objeto de los contratos correspondientes a dicho período se desprende la existencia del elemento subordinación pues en la mayoría de ellos se detallan las labores específicas a ser desempeñadas por el recurrente, referidas en su mayor parte a trabajos de refacción de la casa hacienda de la Municipalidad de Pillco Marca. Además, los honorarios fijados en cada uno de los contratos, alrededor del sueldo mínimo vital, no corresponden a la suma que debería percibir un locador por realizar obras de esa magnitud bajo su propia cuenta y riesgo.

En cuanto a la segunda etapa, teniendo en cuenta la labor desempeñada por el recurrente, vigilante del local de la entidad emplazada, resulta evidente la existencia del elemento subordinación en cuanto se trata de una labor de carácter permanente, ya que una entidad como un municipio, órgano de gobierno local, siempre va a requerir de la presencia de personal de seguridad en su local dada la relevancia de los asuntos que en él se tratan. Además obra a fojas cinco la credencial del demandante como vigilante de la emplazada, lo cual indica la dependencia jerárquica de éste respecto a la entidad demandada.

De otro lado la propia emplazada mediante el certificado de trabajo de diciembre de 2006, obrante a fojas 2, ha reconocido que el demandante pertenecía a la Unidad de Vigilancia. En consecuencia resulta clara la desnaturalización de los contratos de locación de servicios, pues en la realidad el recurrente se encontraba adscrito a la estructura jerárquica de la Municipalidad de Pillco Marca y su relación, por aplicación del principio de primacía de la realidad, descrito en fundamentos precedentes, debe ser entendida como una relación laboral a plazo indeterminado.” (Fundamentos 7 a 10).

1079

Magistrados firmantes:

Mesía Ramírez,

Vergara Gotelli y

Álvarez Miranda.

- 6.12 **STC 441-2011-PA/TC**, dictada en el proceso de amparo promovido por Pascual Sosa Vera contra la Unidad Zonal XII de Tacna – Moquegua del Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional, por afectación del derecho al trabajo y del derecho a la protección contra el despido arbitrario, en la cual se resolvió:

“1. Declarar FUNDADA la demanda de amparo, por haberse acreditado la vulneración de los derechos al trabajo y al debido proceso; en consecuencia, NULO el despido arbitrario de que ha sido objeto el demandante.

2. *ORDENAR* a la Unidad Zonal XII de Tacna – Moquegua del Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional que reponga a don Pascual Henry Sosa Vera en su mismo puesto de trabajo o en otro de igual o similar nivel, en el plazo de dos días, bajo apercibimiento de que el juez de ejecución aplique las medidas coercitivas prescritas en los artículos 22° y 59° del Código Procesal Constitucional, con el abono de los costos procesales.”

La decisión del Tribunal Constitucional se basó, entre otros, en los siguientes fundamentos:

“En el presente caso, con el documento denominado ‘Addenda N.º 001 Al Contrato Principal N.º 115-2006’, obrante a fojas 88, el Informe N.º 062-2007-EEQA-SDI-LSSST-RG/DRTPE.MOQ, obrante a fojas 1-N2, luego de f. 93, lo expuesto en la demanda y lo manifestado por la propia entidad emplazada en su contestación de demanda, obrante a fojas 113, queda acreditado que el recurrente suscribió un contrato civil para que ejerza la función de guardián para un campamento que está a cargo de la entidad emplazada, por el periodo comprendido entre el 9 de octubre de 2006 y el 9 de abril de 2007, pero que conforme al propio tenor de la cláusula primera del documento obrante a fojas 88, ya había estado efectuando dicha labor desde el 31 de mayo de 2005.

1080

De ello se desprende no sólo la prestación personal de la actividad que efectuaba el recurrente, sino también se advierte el elemento de subordinación pues el recurrente fue cambiado a otro campamento que está a cargo de la entidad emplazada para que siga realizando una misma función, conforme se advierte del tenor de lo dispuesto en la cláusula segunda de la “Addenda N.º 001 Al Contrato Principal N.º 115-2006” obrante a fojas 88.

Debe resaltarse además que la labor que realiza un guardián tiene la característica de ser permanente, subordinada y además, por su propia naturaleza, está sujeta a un horario de trabajo impuesto por la entidad emplazada, por lo que queda acreditado que con la suscripción del contrato civil se pretendió esconder una relación de naturaleza laboral. (...).

En consecuencia, habiéndose determinado que el demandante -al margen de haber suscrito un contrato civil y su respectiva addenda para prestar servicios de guardián- ha realizado labores en forma subordinada y permanente en ambas condiciones, esto es tanto almacenero como guardián, conforme se desprende de fojas 92 del expediente, por lo que en aplicación del principio de primacía de la realidad, queda establecido que entre las partes ha habido una relación de naturaleza laboral y no civil; por tanto el demandado, al haber despedido al recurrente sin haberle expresa-

do la existencia de una causa justa relacionada con su capacidad o conducta laboral que justifique dicha decisión, ha vulnerado sus derechos constitucionales al trabajo y al debido proceso, pues lo ha despedido arbitrariamente, frente a lo cual procede la reposición como finalidad eminentemente restitutoria de todo proceso constitucional de tutela de derechos fundamentales.” (Fundamentos 5 y 7).

Magistrados firmantes:

Eto Cruz,

Vergara Gotelli y

Urviola Hani.

- 6.13 **STC 3923-2011-PA/TC**, dictada en el proceso de amparo promovido por Teodoro Cruz Herrera contra la Municipalidad Distrital de La Coipa (Cajamarca), por afectación del derecho al trabajo y del derecho a la protección contra el despido arbitrario, en la cual se resolvió:

“1. Declarar FUNDADA la demanda de amparo al haberse acreditado la vulneración de los derechos al trabajo, al debido proceso y a la adecuada protección contra el despido arbitrario; en consecuencia, NULO el despido arbitrario del actor.

2. ORDENAR que la Municipalidad Distrital de La Coipa cumpla con reponer a don Teodoro Cruz Herrera en el cargo que venía desempeñando, o en otro de similar nivel o categoría, en el plazo de dos días, bajo apercibimiento de que el juez de ejecución imponga las medidas coercitivas previstas en los artículos 22º y 59º del Código Procesal Constitucional; y se le abone los costos del proceso.”

La decisión del Tribunal Constitucional se basó, entre otros, en los siguientes fundamentos:

“A este respecto, cabe señalar que si bien inicialmente el actor fue contratado mediante contratos civiles (f. 2 a 7), a partir del 1 de noviembre de 2009 fue incluido en planilla, tal como consta en sus boletas de pago (f. 10 a 22). Asimismo, en estos documentos se ha consignado que la labor del actor era de ayudante de maquinaria en el mejoramiento de trochas carrozables (f. 10 a 19). Es decir, en realidad realizaba labores inherentes a los obreros. Esta calificación se ve corroborada por los contratos de locación de servicios suscritos entre el actor y la Municipalidad demandada, pues en ellos expresamente se señala que se contrata al actor para realizar labores de obrero, y por el certificado de trabajo de fecha 31 de diciembre de 2010, en el que consta que realizaba labores de chofer de seguridad ciudadana y ayudante de maquinaria (f. 50).

Consecuentemente, se ha acreditado que, por aplicación del principio de primacía de la realidad, el actor prestaba servicios en calidad de obrero; por lo que de conformidad con el artículo 37° de la Ley 27972, que establece que los obreros municipales están sujetos al régimen laboral de la actividad privada, debe entenderse que es éste el régimen laboral aplicable al demandante, careciendo de validez la calificación que hizo la Municipalidad demandada en las boletas de pago del actor. (...)

Al respecto, conforme al certificado de trabajo y a las boletas de pago anteriormente citadas, además del control de asistencia de personal (f. 23 a 28), se acredita que el actor prestó servicios personales, remunerados y bajo subordinación y dependencia; por lo que dicha prestación de servicios debe ser considerada como una contratación laboral a plazo indeterminado.” (Fundamentos 4, 5 y 7).

Magistrados firmantes:

Vergara Gotelli,

Calle Hayen y

Eto Cruz.

- 6.14 **STC 3146-2012-PA/TC**, dictada en el proceso de amparo promovido por Hipólito Chero Namuche contra Cofopri, por afectación del derecho al trabajo y del derecho a la protección contra el despido arbitrario, en la cual se resolvió:

“1. Declarar *FUNDADA* la demanda en lo que respecta a la afectación del derecho al trabajo y al debido proceso; *en consecuencia, NULO* el despido de que ha sido objeto el demandante.

2. *ORDENAR* que el Organismo de Formalización de la Propiedad Informal (Cofopri) reponga a don Hipólito Chero Namuche como trabajador a plazo indeterminado en su mismo puesto de trabajo o en otro de igual o similar nivel, en el plazo de dos días, bajo apercibimiento de que el juez de ejecución aplique las medidas coercitivas prescritas en los artículos 22.° y 59.° del Código Procesal Constitucional, con el abono de los costos procesales.”

La decisión del Tribunal Constitucional se basó, entre otros, en los siguientes fundamentos:

“En el presente caso, con los contratos de locación de servicios, sus cláusulas adicionales, términos de referencia y anexos (fs. 3 a 37), se corrobora que el demandante prestó servicios para la parte emplazada desempeñando la función de consultor. Y atendiendo a las labores que debía realizar el demandante, detalladas en el documento denominado ‘Anexo A’, en el que se señala que era contratado para: ‘Realizar la búsqueda de títulos archivados en el Registro de. Encargarse de la Impresión de

Partidas Registrales. Realizar el fotocopiado de la documentación registral que se requiera. Apoyar a los Consultores Legales en la recopilación de documentos de otras entidades. Apoyar a los Consultores Técnicos en los trabajos de campo. Apoyar en el ingreso de información a la Base de Datos. Clasificar y archivar la documentación recopilada en campo. Otras actividades que le sean asignadas’ (fojas 10, 25 y 36); se concluye que el demandante efectuaba labores que son de naturaleza permanente, toda vez que conforme a lo dispuesto en el artículo 2º del Decreto Legislativo N.º 803, Cofopri es el ‘(...) organismo rector máximo encargado de diseñar y ejecutar de manera integral, comprehensiva y rápida un Programa de Formalización de la Propiedad y de su mantenimiento dentro de la formalidad, a nivel nacional, centralizando las competencias y toma de decisiones a este respecto’.

Respecto al elemento de subordinación, se advierte que el demandante debía rendir cuentas respecto de los viáticos que la emplazada le asignaba para la comisión de servicios que efectuaba como parte de las funciones para las que fue contratado (f. 48); asimismo, se aprecia el Oficio N.º 1105-2011-COFOPRI/OZPIU, de fecha 15 de abril de 2011, dirigido al demandante, mediante el cual se le pone en conocimiento el cumplimiento de la Directiva N.º 007-2009/COFOPRI, sobre “Normas y Procedimientos del Organismo de Formalización de la Propiedad Informal –COFOPRI, para el Otorgamiento y Control de Viáticos para funcionarios, servidores y personas contratadas, acreditándose que el demandante estuvo sujeto a un horario de trabajo impuesto por la parte emplazada, tal como se desprende también del Informe N.º 64-2009-COFOPRI/OZPIU, de fecha 2 de julio de 2009 (f. 81 a 84) y del oficio de fojas 67.

(...).

Por tanto, en aplicación del principio de primacía de la realidad, los hechos prevalece sobre las formas y apariencias del contrato civil con el que se pretendía cubrir una relación laboral; siendo esto así, queda establecido que entre las partes ha existido una relación de naturaleza laboral y no civil, por lo que el actor solo debió ser despedido por comisión de falta grave; en consecuencia, la emplazada, al haber despedido al demandante sin haberle expresado la existencia de una causa justa relacionada con su capacidad o conducta laboral, ha vulnerado su derecho constitucional al trabajo, pues lo ha despedido arbitrariamente.” (Fundamentos 3.3.4 y 3.3.5).

Magistrados firmantes:

Beaumont Callirgos,

Mesía Ramirez y

Eto Cruz.

6.15 **STC 3537-2012-PA/TC**, dictada en el proceso de amparo promovido por José Luis Soto Chuquimango contra la Municipalidad Provincial de Cajamarca, por afectación del derecho al trabajo y del derecho a la protección contra el despido arbitrario, en la cual se resolvió:

“1. Declarar FUNDADA la demanda por haberse acreditado la violación del derecho constitucional al trabajo y a la protección contra el despido arbitrario, al debido proceso y de defensa; en consecuencia, NULO el despido de que ha sido víctima el demandante.

2. ORDENAR que la Municipalidad Provincial de Cajamarca reponga a don José Luis Soto Chuquimango como trabajador a plazo indeterminado, en su mismo puesto de trabajo o en otro de igual o similar nivel, en el plazo de dos días bajo apercibimiento de que el juez de ejecución aplique las medidas coercitivas prescritas en los artículos 22.º y 59.º del Código Procesal Constitucional, con el abono de los costos del proceso.”

La decisión del Tribunal Constitucional se basó, entre otros, en los siguientes fundamentos:

1084

“En el presente caso no se advierte de autos que las partes hayan celebrado un contrato de trabajo a plazo fijo sujeto a modalidad ni ningún otro tipo de contrato, por lo que debe concluirse que las partes no suscribieron un contrato por escrito, habiéndose configurado, por tanto, una relación laboral de naturaleza indeterminada, lo cual incluso no ha sido desvirtuado en autos por la municipalidad emplazada. Asimismo ha quedado acreditado en autos que el demandante percibía una remuneración por el trabajo efectivamente realizado conforme se advierte de las boletas de pago (f. 2, 3, y 7 a 10) y la planilla de pago del mes de enero de 2011 (f. 12).

Es por ello que considerando lo expuesto y lo establecido por el artículo 4º del Decreto Supremo N.º 003-97-TR cabe concluir que entre las partes existió un contrato de trabajo de naturaleza indeterminada, por lo que el demandante sólo podía ser despedido por una causa justa prevista en la ley, por lo tanto, la ruptura del vínculo laboral sustentada en el vencimiento del plazo del contrato tiene el carácter de un despido arbitrario, frente a lo cual procede la reposición como finalidad eminentemente restitutoria de todo proceso constitucional de tutela de derechos fundamentales.” (Fundamentos 3.3.7 y 3.3.8).

Magistrados firmantes:

Urviola Hani,

Vergara Gotelli y

Calle Hayen.

- 6.16 **STC 1587-2013-PA/TC**, dictada en el proceso de amparo promovido por Rosa Aliaga Torres contra el Poder Judicial, por afectación del derecho al trabajo y del derecho a la protección contra el despido arbitrario, en la cual se resolvió:

“FUNDADA la demanda de amparo al haberse acreditado la vulneración de los derechos al trabajo, al debido proceso y a la adecuada protección contra el despido arbitrario: en consecuencia, NULO el despido arbitrario de la demandante y ORDENAR que el Poder Judicial cumpla con reponer a doña Carmen Rosa Aliaga Torres en el cargo que venía desempeñando, o en otro de similar nivel o jerarquía, en el plazo de dos días, bajo apercibimiento de que el juez de ejecución imponga las medidas coercitivas previstas en los artículos 22° y 59° del Código Procesal Constitucional: con el abono de los costos del proceso,(...)”

La decisión del Tribunal Constitucional se basó, entre otros, en los siguientes fundamentos:

“A fojas 2 de autos obra el contrato de trabajo sujeto a la modalidad de servicio específico, del cual se aprecia que no se ha cumplido con la exigencia legal de precisar en qué consiste, justamente, el servicio temporal que debía prestar la demandante. Al respecto, de la cláusula primera de los citados contratos se consigna: ‘EL EMPLEADOR, debido al Proceso de Reforma que viene implementando requiere cubrir necesidades de recursos humanos a fin de mantener debidamente operativos los servicios que presta’. Asimismo, en la cláusula segunda se señala: ‘Para el logro del objeto materia de la cláusula anterior, EL EMPLEADOR contrata a el (la) TRABAJADOR (A) para que realice labores de SECRETARIA JUDICIAL, el mismo que deberá someterse al cumplimiento estricto de las funciones’. De las cláusulas transcritas puede concluirse que en los contratos mencionados se ha omitido consignar la causa objetiva específica que autorizó la contratación temporal de la demandante, pues se indica de manera genérica que su labor era la de ‘Secretaria Judicial’. Por otro lado, sin perjuicio de que por mandato legal se tiene que señalar la causa objetiva de la contratación, ha de tenerse en consideración que una secretaria judicial realiza labores propias u ordinarias del Poder Judicial, por lo que no se justifica la contratación temporal por servicio específico. De igual modo las adendas obrantes de fojas 3 a 9 expresamente indican que la contratación de la demandante tiene como objeto ‘(...) que realice labores de Secretaria Judicial, el mismo que deberá someterse al cumplimiento estricto de las funciones’.

En consecuencia resulta evidente que los contratos modales se desnaturalizaron al no establecerse la causa objetiva de contratación y simularse una relación laboral de carácter temporal que en realidad era de naturaleza permanente, hecho que se corrobora con las boletas de pago correspondientes a los meses de octubre a diciembre de 2010 (f. 19 al 21) y más aún con la Resolución Administrativa 001-2010-JT-

THYO-PJ, de fecha 17 de noviembre de 2010 (f. 11), de la cual se desprende que la accionante realizó labores de Asistente de Juez, vulnerando un elemento esencial de la contratación temporal, configurándose, de ese modo, la causal de desnaturalización prevista en el inciso d) del artículo 77° del Decreto Supremo 003-97-TR, por lo que dichos contratos se han convertido en un contrato de duración indeterminada.

Siendo que la relación laboral era de duración indeterminada, la demandante solamente podía ser despedida por una causa justa relacionada con su conducta o capacidad laboral, lo que no ha sucedido en el presente caso, razón por la cual ha sido objeto de un despido arbitrario.” (Fundamentos 3.3.4 a 3.3.6).

Magistrados firmantes:

Calle Hayen,

Eto Cruz y

Mesía Ramírez.

- 6.17 **STC 968-2013-PA/TC**, dictada en el proceso de amparo promovido por Ruth Ada Gonzalo Colque contra la Municipalidad Distrital de Coronel Gregorio Albarracín Lanchipa, por afectación del derecho al trabajo y del derecho a la protección contra el despido arbitrario, en la cual se resolvió:

1086

“FUNDADA la demanda en lo que respecta a la afectación de los derechos al trabajo y al debido proceso; en consecuencia, NULO el despido de que ha sido objeto la demandante y ORDENA que la Municipalidad Distrital Coronel Gregorio Albarracín Lanchipa reponga a doña Ruth Ada Gonzalo Colque como trabajadora a plazo indeterminado en su mismo puesto de trabajo o en otro de igual o similar nivel, en el plazo de dos días, bajo apercibimiento de que el juez de ejecución aplique las medidas coercitivas prescritas en los artículos 22.° y 59.° del Código Procesal Constitucional, con el abono de los costos procesales (...).”

La decisión del Tribunal Constitucional se basó, entre otros, en los siguientes fundamentos:

“Con el contrato de locación de servicios obrante a fojas 19, queda demostrado que la demandante ingresó en la Municipalidad emplazada en agosto de 2010, para desempeñar el cargo de agente de seguridad; es decir, durante la vigencia del artículo 37 de la Ley 27972, que establece que los obreros municipales están sujetos al régimen laboral de la actividad privada. Al respecto, en reiterada jurisprudencia el Tribunal ha precisado que las labores de la Guardia Ciudadana, Serenazgo, corresponden a las labores que realiza un obrero (SSTC N.ºs 03334-2010-PA/TC, 2237-2008-PA/TC, 6298-2007-PA/TC, entre otros).

(...)

Ya este Colegiado ha señalado en reiterada jurisprudencia (Cfr. por todas, sentencia recaída en el Expediente N.º 01133-2009-PA/TC) que los Gobiernos Locales se caracterizan por ser entidades jerarquizadas y que ello supone, necesariamente, la existencia de subordinación, siendo las labores del policía municipal y del agente de vigilancia y seguridad ciudadana labores permanentes de dichas entidades; es decir, tales labores tienen la característica de ser permanentes, subordinadas, remuneradas y además, por su propia naturaleza, deben estar sujetas a un horario de trabajo impuesto por la autoridad municipal.

Por lo tanto, en aplicación del principio de primacía de la realidad, debe prevalecer la realidad de los hechos sobre las formas y apariencias de los contratos civiles suscritos por la demandante, con los que se pretendería esconder una relación laboral a plazo indeterminado.” (Fundamentos 3.3. 3, 3.3. 6 y 3.3.7).

Magistrados firmantes:
Vergara Gotelli,
Calle Hayen y
Eto Cruz.

1087

- 6.18 **STC 3014-2013-PA/TC**, dictada en el proceso de amparo promovido por Leysi Cristina Calderón Porras contra el Poder Judicial (Corte Superior de Lambayeque), por afectación del derecho al trabajo y del derecho a la protección contra el despido arbitrario, en la cual se resolvió:

“FUNDADA la demanda en lo que respecta a la afectación del derecho al trabajo; en consecuencia, NULO el despido de que ha sido objeto la demandante y ORDENANA que el Poder Judicial reponga a doña Leysli Cristina Calderón Porras como trabajadora a plazo indeterminado en su mismo puesto de trabajo o en otro de igual o similar nivel, en el plazo de dos días, bajo apercibimiento de que el juez de ejecución aplique las medidas coercitivas prescritas en los artículos 22.º y 59.º del Código Procesal Constitucional, con el abono de los costos procesales(…)”

La decisión del Tribunal Constitucional se basó, entre otros, en los siguientes fundamentos:

“En las cláusulas primera y segunda de los contratos de suplencia y adenda obrantes de fojas 4 a 7 se advierte que se especifica la razón por la cual se contrató a la demandante bajo esa modalidad, señalándose que la titular de la plaza, doña Diana Galán Mendoza, se encontraba con encargatura, y que, por lo tanto, era necesario contratar a la demandante para que desempeñe las funciones de auxiliar judicial a partir del 19 de mayo de 2010 hasta el 31 de enero de 2011.

No obstante, a fojas 93 obra una boleta del permiso de fecha 15 de julio de 2010 otorgado a favor de la demandante en su calidad de asistente judicial; asimismo obra el Informe N.º 011-2012-AI-MC-CSJLA/PJ, de fecha 16 de marzo de 2012, por el cual el Área de Informática del Módulo Civil (f. 94) da cuenta al administrador del Módulo Civil/Chiclayo del historial del usuario de la demandante, en cuya instrumental también figura con el cargo de asistente judicial y, finalmente de las hojas de “Cargo de Entrega de Cédulas de Notificación” (ff. 95 a 104), documentos en los cuales la recurrente suscribe como asistente judicial, pese a que el encargo de la suplencia era para desempeñarse como auxiliar judicial y no como asistente judicial, de lo que se concluye que la entidad emplazada ha simulado el contrato sujeto a modalidad para encubrir uno de plazo indeterminado.

Por consiguiente, habiéndose acreditado la existencia de simulación en el contrato de la demandante, este debe ser considerado como de duración indeterminada, conforme lo establece el inciso d) del artículo 77.º del Decreto Supremo N.º 003-97-TR, razón por la que la demandante solo podía ser despedida por una causa justa relacionada con su conducta o capacidad laboral, por lo que la ruptura del vínculo laboral sustentada en el término de su contrato tiene el carácter de un despido arbitrario, frente a lo cual procede la reposición como finalidad eminentemente restitutoria de todo proceso constitucional de tutela de derechos fundamentales.” (Fundamentos 3.3.3 y 3.3.4).

1088

Magistrados firmantes:
Calle Hayen,
Mesía Ramirez y
Urviola Hani.

- 6.19 **STC 91-2013-PA/TC**, dictada en el proceso de amparo promovido por Juan Aquino Benavides Paz contra la Municipalidad Provincial de Chiclayo, por afectación del derecho al trabajo y del derecho a la protección contra el despido arbitrario, en la cual se resolvió:

“**FUNDADA** la demanda en lo que respecta a la afectación de los derechos al trabajo, de defensa y al debido proceso; en consecuencia, **NULO** el despido de que ha sido objeto el demandante y **ORDENA** que la Municipalidad Provincial de Chiclayo reponga a don Juan Aquilino Benavides Paz como trabajador a plazo indeterminado en su mismo puesto de trabajo o en otro de igual o similar nivel, en el plazo de dos días, bajo apercibimiento de que el juez de ejecución aplique las medidas coercitivas prescritas en los artículos 22.º y 59.º del Código Procesal Constitucional, con el abono de los costos procesales, (...)”.

La decisión del Tribunal Constitucional se basó, entre otros, en los siguientes fundamentos:

“El demandante precisa que no suscribió contrato alguno con la demandada y que laboró desde el 15 de febrero de 2009 hasta el 15 de octubre de 2010. De autos no se advierte que las partes hayan celebrado un contrato de trabajo a plazo fijo sujeto a modalidad ni ningún otro tipo de contrato, por lo que puede concluirse que las partes no suscribieron un contrato para obra determinada por escrito, habiéndose configurado, por tanto, una relación laboral de naturaleza indeterminada. (...).

Por lo expuesto y atendiendo a lo establecido por el artículo 4.º del Decreto Supremo 003-97-TR, se concluye que entre las partes existió un contrato de trabajo de naturaleza indeterminada y que, por tanto, el demandante solo podía ser despedido por una causa justa prevista en la ley, por lo que la ruptura del vínculo laboral sustentada en su condición de obrero eventual tiene el carácter de un despido arbitrario, frente a lo cual procede la reposición como finalidad eminentemente restitutoria de todo proceso constitucional de tutela de derechos fundamentales.” (Fundamentos 3.3.6 y 3.3.8).

Magistrados firmantes:

Vergara Gotelli,
Eto Cruz y
Urviola Hani.

1089

6.20 **STC 3371-2013-PA/TC**, dictada en el proceso de amparo promovido por Juan Pablo Ordoñez Díaz contra la Municipalidad Provincial de Chiclayo, por afectación del derecho al trabajo y del derecho a la protección contra el despido arbitrario, en la cual se resolvió:

“HA RESUELTO

- 1. Declarar FUNDADA la demanda en lo que respecta a la afectación de los derechos al trabajo y al debido proceso; en consecuencia, NULO el despido arbitrario del demandante.*
- 2. ORDENAR que la Municipalidad Provincial de Chiclayo reponga a don Juan Pablo Ordoñez Díaz como trabajador a plazo indeterminado, en su mismo puesto de trabajo o en otro de igual o similar nivel, en el plazo de dos días, bajo apercibimiento de que el juez de ejecución aplique las medidas coercitivas prescritas en los artículos 22.º y 59.º del Código Procesal Constitucional, con el abono de los costos procesales.”*

La decisión del Tribunal Constitucional se basó, entre otros, en los siguientes fundamentos:

“3.3.3 *Respecto a la naturaleza de los servicios que prestó el demandante, debe tenerse presente que la labor de obrero de obras públicas de mantenimiento, mejoramiento y construcción de pavimento de vías públicas está relacionada con una de las actividades principales de los gobiernos locales. Tiene además la característica de ser permanente y subordinada. De otro lado, y por su propia naturaleza, debe estar sujeta a un horario de trabajo impuesto por la Municipalidad emplazada y bajo dependencia, dado que la emplazada debía suministrar al actor los instrumentos necesarios para el ejercicio de sus funciones. También está acreditado que el demandante percibió un pago mensual por la función que cumplía.*”

3.3.4 *Si bien de lo actuado se desprende que el recurrente no suscribió contrato escrito con la Municipalidad emplazada, queda acreditado que prestó servicios personales, remunerados y bajo subordinación y dependencia de la emplazada, de conformidad con el artículo 4.º del Decreto Supremo 003-97-TR. En mérito a lo expuesto, dicha prestación de servicios debe ser considerada como una contratación laboral a plazo indeterminado.*

3.3.5 *Por consiguiente, habiéndose despedido al demandante sin expresarle causa alguna derivada de su conducta o capacidad laboral que justifique el despido, se ha vulnerado su derecho constitucional al trabajo, por lo que, en mérito de la finalidad restitutoria del proceso de amparo, procede su reposición en el cargo que venía desempeñando.”*

Magistrados firmantes:

Miranda Canales,

Blume Fortini y

Espinosa-Saldaña Barrera.

7. Ausencia de presupuestos y premisas para el dictado del precedente Huatuco.

Como se aprecia de lo explicitado e invocado hasta aquí, no existen los presupuestos y las premisas básicas que dan mérito a un precedente constitucional vinculante como el denominado Precedente Huatuco, por cuanto:

- a) No es consecuencia de una praxis jurisdiccional continuada ni de un camino ya recorrido por el Tribunal Constitucional a través de sus fallos, en el que haya ido perfilando una regla que considere necesario establecer como de obligatorio y general cumplimiento en casos similares.

- b) Por el contrario, es producto de un acto ajeno a la praxis jurisprudencial del Tribunal Constitucional. Nace sin cumplir tal condición. Como un acto meramente legislativo, que es propio del Poder Legislativo.
- c) No se condice con el rol tuitivo, reivindicativo y garante de la vigencia efectiva de los derechos humanos que tiene el Tribunal Constitucional.
- d) No mejora los mecanismos de protección y de garantía de la vigencia efectiva de los derechos humanos ni amplía su cobertura ni vela por su cabal ejercicio y respeto.
- e) Desprotege a los trabajadores del Sector Público que no ingresaron por concurso para plaza vacante y presupuestada, despojándolos de sus derechos constitucionales al trabajo, a la reposición y a la protección contra el despido arbitrario, desconociendo y contradiciendo la línea jurisprudencial desarrollada por el Tribunal Constitucional desde su creación.
- f) Desconoce el principio de la primacía de la realidad.
- g) Otorga un trato desigual y discriminatorio a los trabajadores del Sector Público frente a los trabajadores del Sector Privado respecto a sus derechos al trabajo y a la protección contra el despido arbitrario.
- h) En suma, el Precedente Huatuco desnaturaliza totalmente el sentido y los alcances de lo que es un precedente constitucional vinculante, variando el eje de preocupación y de atención del Tribunal Constitucional en materia de derechos fundamentales, que no es otro que procurar su máxima protección, hacia un eje que le es ajeno: la protección de los intereses del Estado en la contratación de personal.
- i) Finalmente, como se puede colegir, el Precedente Huatuco encierra un propósito adicional: la idea de la simple descarga procesal. Al respecto, como ya lo he manifestado en numerosos votos singulares, cualquier intento de descarga procesal no debe ser ajeno a la siguiente lógica: descargar sin desamparar, descargar sin desguarnecer y descargar sin abdicar.

8. Utilización indiscriminada del precedente vinculante.

El precedente constitucional vinculante, como instituto del Derecho Procesal Constitucional en manos del Tribunal Constitucional, fue incorporado a nuestro sistema jurídico, en el marco de los presupuestos y las premisas antes expuestas, para otorgar certeza y predictibilidad al justiciable y a los operadores jurídicos respecto de la forma de resolución de determinado tipo de casos sobre la base de reglas objetivas creadas

jurisprudencialmente, en el marco de las premisas antes referidas y en armonía con el rol de garante de la vigencia efectiva de los derechos humanos que tiene el Tribunal Constitucional.

Empero, el que dicho instituto procesal exista no justifica que, a cada momento y con motivo de la renovación de cada pleno jurisdiccional, se utilice indiscriminadamente. Menos para finalidades que le son ajenas y que lejos de sustentarse en asuntos de auténtica relevancia o de coadyuvar a una función tuitiva, finalista y garantista, tengan por propósito inmediato la simple descarga procesal. Ello, lamentablemente, coloca al Tribunal Constitucional como una instancia de rechazo más que como un órgano de indiscutible protección de los derechos esenciales del ser humano.

Sobre esto último, cabe recordar que en los países donde la técnica del precedente se generó, su utilización es esporádica y, por lo general, estrictamente vinculada a casos de indiscutible trascendencia o que en definitiva establezcan grandes derroteros jurisprudenciales, toda vez que postular precedentes frente a casos carentes de toda relevancia general y que más bien se asumen como un pretexto para convalidar posiciones jurídicas con independencia del caso mismo, desdice un correcto manejo de lo que representa el precedente constitucional vinculante.

1092

Y es precisamente lo señalado lo que ocurre con la presente controversia (el caso concreto materia de pronunciamiento), que al margen del natural interés que pueda representar para la parte justiciable y que, obviamente, merece una respuesta razonada más allá del sentido que esta pueda representar, no justifica de ninguna manera el nacimiento de un precedente constitucional vinculante con las connotaciones generales que tiene el Precedente Huatuco.

No hay que obviar que el precedente constitucional vinculante implica la generación de reglas obligatorias, pero vinculadas al supuesto de hecho que se discute en el caso en el que se emite. Esa es su característica principal y al mismo tiempo una de las condicionantes de los propios alcances que tendrá. Dicho de otra forma, no se procede ni cabe crear precedentes para resolver supuestos de hecho que no sean los que plantea el caso mismo sometido a resolución.

De procederse de forma contraria, el creador de los precedentes constitucionales vinculantes (en este caso, el Tribunal Constitucional) terminaría por convertirse en indiscutible legislador ordinario, creando las normas que se le antojen simplemente porque así lo desea. En tal supuesto, los casos concretos terminarían convirtiéndose en un simple pretexto para desencadenar todo tipo de voluntarismo y activismo a nivel jurisprudencial. No es esa la idea del precedente constitucional vinculante ni tampoco de su desarrollo.

El Precedente Huatuco no tiene justificación alguna en base al caso de autos, ya que, como se aprecia del petitorio de la demanda, se refiere a un reclamo laboral formulado por una extrabajadora del Poder Judicial, que, como tal, debería ser analizado en sus estrictos alcances a fin de darle una respuesta en uno u otro sentido.

Sin embargo, el Precedente Huatuco no se refiere a los reclamos laborales de quienes, como la demandante, han formado parte de la estructura del Poder Judicial, sino que se refiere a todos los trabajadores del Sector Público en general, sin precisión ni especificidad alguna, como si todos ellos le hubiesen peticionado al Tribunal Constitucional que defina su situación jurídica y su propio estatuto o régimen laboral, así como las posibilidades de lograr su reposición en caso de que no hubiesen ingresado por concurso público con plaza vacante presupuestada. Olvida que lo que la accionante le ha solicitado a la Justicia Constitucional es que defina si ella, como exservidora del Poder Judicial, fue o no objeto de vulneración de su derecho al trabajo y de su derecho a la protección contra el despido arbitrario y si, por consiguiente, puede o no retornar a su puesto de trabajo. No le ha pedido al Tribunal Constitucional que defina cuál es la situación laboral de todos los trabajadores públicos en el país. Comprender esto último resulta esencial para definir la propia legitimidad del Precedente Huatuco.

1093

9. La obligación del Tribunal Constitucional de respetar su propia jurisprudencia: la predictibilidad y la seguridad jurídica.

El Tribunal Constitucional ha señalado en anterior jurisprudencia que: *“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 conjunto²”*. En ese sentido, el Tribunal Constitucional no puede desvincularse tan fácilmente de lo interpretado y resuelto por el mismo, porque sus propias decisiones lo vinculan. En efecto, el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, determina que doctrina jurisprudencial exige que: *“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”*.

Podemos decir que: *“El Tribunal Constitucional, como máximo intérprete de la Constitución y órgano supremo de control de la constitucionalidad, es titular de una autonomía*

2 STC N° 5854-2005-PA/TC, Fundamento 12.

procesal para desarrollar y complementar la regulación procesal constitucional a través de la jurisprudencia, en el marco de los principios generales del Derecho Constitucional material y de los fines de los procesos constitucionales³, puesto que: “(...) 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 Estado⁴”.

Asimismo, el Tribunal Constitucional ha declarado que: “*La Constitución es la norma jurídica suprema del Estado, tanto desde un punto de vista objetivo-estructural (artículo 51º), como desde el subjetivo-institucional (artículos 38º y 45º). Consecuentemente, es interpretable, pero no de cualquier modo, sino asegurando su proyección y concretización, de manera tal que los derechos fundamentales por ella reconocidos sean verdaderas manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana (artículo 1º de la Constitución)*”⁵. Por tal motivo, el Tribunal Constitucional no puede modificar una línea jurisprudencial continua y coherente porque estaríamos afectando la concretización de los contenidos de la Constitución, porque no se mantendría una interpretación perenne.

La legitimidad de un Tribunal Constitucional se obtiene a través de sus decisiones jurisdiccionales, las mismas que deben ser coherentes y generar predictibilidad para los justiciables, y sobre todo mantener la seguridad jurídica, principio que este mismo Colegiado ha declarado que: “(...) *forma parte consubstancial del Estado Constitucional de Derecho. La predictibilidad de las conductas (en especial, las de los poderes públicos) frente a los supuestos previamente determinados por el Derecho, es la garantía que informa a todo el ordenamiento jurídico y que consolida la interdicción de la arbitrariedad*”⁶.

Por otro lado, no se puede emplear la figura del precedente vinculante para modificar una línea jurisprudencial, pues el precedente está pensado para unificar y ratificar líneas jurisprudenciales establecidas por el mismo Colegiado, ya que siguiendo lo expresado por Domingo García Belaunde, respecto a la figura del presente en el ordenamiento jurídico peruano señala que: “(...) *éste no puede ser mecánico sino prudente, viendo la realidad a la cual se aplica, y sin desnaturalizar la institución, más aun cuando proviene de otro sistema jurídico*”⁷.

3 STC N° 0020-2005-PI/TC, Fundamento 2.

4 STC N° 1333-2006-PA/TC, Fundamento 11.

5 STC N° 0030-2005-AI/TC, Fundamento 40.

6 STC. N° 0016-2002-AI/TC, Fundamento 3.

7 GARCÍA BELAUNDE, Domingo. “El precedente vinculante y su revocatoria por parte del Tribunal Constitucional (a propósito del caso Provías Nacional).” Disponible en: <http://www.uss.edu.pe/uss/RevistasVirtuales/ssias/ssias2/pdf/GARCIABELAUNDE.pdf>

10. Criterios errados adicionales en torno al nacimiento del Precedente Huatuco.

En adición a las razones y fundamentos hasta aquí expuestos y desarrollados, que me llevan a discrepar respetuosa pero decididamente de la pertinencia, sentido, contenido y alcances del Precedente Huatuco, debo referirme a su vez a otros criterios igual de errados en torno a su surgimiento. En efecto:

- 10.1 La posición asumida en el Precedente Huatuco pretende sustentarse en lo establecido en las ejecutorias recaídas en los Expedientes N°s 0024-2003-AI/TC y 03741-2004-AA/TC para alegar que, como en la comunidad jurídica, en los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial e incluso, en el Tribunal Constitucional, supuestamente existen divergencias en asuntos de relevancia constitucional relacionados con las disposiciones constitucionales concernientes a la función pública y, en particular, con los artículos 4 y 77 del TUO del Decreto Legislativo 728, tal situación permite generar un precedente constitucional vinculante.
- 10.2 Considero que la citada argumentación distorsiona por completo el sentido que tiene el primer supuesto de generación de precedentes al que se refieren la STC N° 0024-2003-AI/TC y la STC N° 03741-2004-AA/TC. Este último se refiere específicamente a la constatación de jurisprudencia contradictoria existente al interior de un mismo órgano jurisdiccional (en este caso, al interior del Tribunal Constitucional), no a las discrepancias doctrinales o incluso jurisprudenciales que puedan existir entre distintos órganos. De ser cierta la tesis manejada por el Precedente Huatuco tendrían que generarse precedentes vinculantes todos los días, pues, como es bien sabido, las tomas de posición o las concepciones suelen ser de lo más variables o distintas cuando de la interpretación de normas se trata.
- 10.3 Cabe, por lo demás, puntualizar que tampoco puede aceptarse como cierta la apreciación de que hay jurisprudencia contradictoria en nuestro Colegiado, porque hayan existido en el pasado o existan en el presente votos singulares. La eventual presencia de estos últimos (votos singulares) nada tiene que ver con jurisprudencia contradictoria. Es simplemente la constatación objetiva de que algunos Magistrados Constitucionales, en ejercicio de su derecho como tales, han opinado distinto sobre diversos temas de los que ha conocido el Tribunal Constitucional. Es lo mismo que ocurre en el presente caso, en que el suscrito opina en contra de lo que se ha decidido en este proceso, no generando su opinión jurisprudencia contradictoria, como parece entenderlo la posición descrita en el Precedente Huatuco.

11. Alcances de la protección adecuada al trabajador y el derecho a la reposición.

Ha sido el Tribunal Constitucional, en su calidad de intérprete supremo de la Constitución y, más propiamente, de los contenidos normativos de las disposiciones constitucionales, el que ha efectuado toda una construcción jurisprudencial del amparo laboral, a partir de la consideración de que el derecho al trabajo y el derecho a la protección contra el despido arbitrario, consagrados en los artículos 22 y 27, respectivamente, son derechos fundamentales protegidos por el proceso de amparo, por lo que frente a su afectación procede que la Justicia Constitucional retrotraiga las cosas al estado anterior a la agresión y restituya su pleno ejercicio, lo cual significa la reposición del trabajador perjudicado si éste opta por reclamar dicha opción y la situación responde a las causales correspondientes.

Tal construcción jurisprudencial tiene su origen por el año 1997 (hace casi 20 años) al poco tiempo que el Tribunal Constitucional iniciara sus funciones, como puede verificarse revisando, entre otras, la STC N° 111-1996-AA/TC (Caso Hugo Putman Rojas), del 13 de junio de 1997, y la STC N° 1112-1998-AA/TC (Caso César Antonio Cossío y otros), del 21 de enero de 1999, y se consolida en la STC N.º 976-AA-2001-AA/TC, en la que establece claramente la posibilidad de recurrir vía amparo en los casos de despido incausado, despido nulo y despido fraudulento, cuando resulte evidente la violación del derecho constitucional y no sea igualmente satisfactoria la vía paralela, por no constituir un remedio idóneo.

Al respecto, resulta ilustrativa la afirmación del maestro argentino Nestor Pedro Sagués, quien sostiene:

“No basta, pues, que haya una vía procedimental (de cualquier índole), para desestimar un pedido de amparo: hay que considerar, inexcusablemente, si tal trámite es auténticamente operativo para enfrentar el acto lesivo. Resultaría har- to fácil (y a la vez farisaico), rechazar una demanda de amparo por la simple razón de existir acciones judiciales y administrativas que contemplaran el problema litigioso, ya que con tal criterio, todo amparo resultaría prácticamente desechable. Lo que debe determinarse, es si tales caminos son efectivamente útiles para ‘lograr la protección del derecho o garantía constitucional de que se trate’,...” (SAGUÉS, Néstor Pedro, “El Derecho Procesal Constitucional – Recurso Extraordinario”. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1889, p. 169).

Durante el largo recorrido efectuado por el Tribunal Constitucional desde aquellos años hasta la fecha, como se comprueba de las sentencias referidas al mencionar su línea jurisprudencial en el punto 6 del presente voto singular, se ha con-

solidado el amparo laboral frente a casos de reclamos por despidos incausados, nulos o fraudulentos de trabajadores del Sector Público que no ingresaron por concurso y demostraron haber efectuado labores de naturaleza permanente, bajo condiciones de subordinación y dependencia, por aplicación del principio de la primacía de la realidad.

12. Aplicación y efectos en el tiempo del Precedente Huatuco.

El Precedente Huatuco elimina y proscribe la reposición o reincorporación de los servidores públicos despedidos que ingresaron al servicio del Estado sin concurso público y con plaza presupuestada vacante, irradiando efectos inmediatos en el tiempo, a partir del día siguiente de su publicación en el diario oficial “El Peruano” a todos los procesos de amparo que se encuentren en trámite, cualquiera que sea la etapa en que se hallen, y manda declarar improcedentes las nuevas demandas que se presenten.

Discrepo rotundamente de la aplicación y efectos en el tiempo que dispone el Precedente Huatuco, pues la generación de precedentes constitucionales vinculantes con incidencias retroactivas, aun cuando está permitida, no habilita de ninguna manera un uso indeterminado o arbitrario de dicha facultad, ya que en cualquier circunstancia ha de estarse al respeto de la propia Constitución y de su catálogo de derechos y principios constitucionales.

1097

En efecto, si a los justiciables que iniciaron sus reclamos en una época en la que el amparo les permitía reclamar reposición se les aplica un precedente en el que se les dice que ya no hay reposición, sino sólo indemnización y que esta sólo se obtiene únicamente a través del proceso ordinario, dicha alternativa contraviene expresamente el derecho fundamental al procedimiento preestablecido por la ley reconocido expresamente en el artículo 139.º, inciso 3), de nuestra Norma Fundamental. Contraviene incluso nuestra propia jurisprudencia que en forma constante, reiterada y uniforme, ha enfatizado que “el derecho al procedimiento preestablecido por la ley [...] garantiza [...] 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 [...]” (Cfr. Exps. N.ºs 2928-2002-HC/TC, 1593-2003-HC/TC, 5307-2008-PA/TC, entre otras).

Conviene recordar, por lo demás, que si nuestro propio legislador ordinario se encuentra expresamente prohibido de emitir normas con fuerza o efecto retroactivo, salvo que las mismas favorezcan (artículo 103.º de la Constitución Política

del Perú), no encuentro sustento alguno para que el Tribunal Constitucional haga exactamente lo contrario, tanto más cuanto que el precedente en mención, lejos de favorecer, termina perjudicando o restringiendo derechos para el amparista que antes podía lograr una reposición, que la nueva regla, inusitadamente y de forma inmediata, elimina y proscribire.

13. El sentido de mi voto.

Por las razones precedentemente expuestas y explicadas, definitivamente voto en contra de la aprobación del Precedente Huatuco, toda vez que estimo que la posición asumida utiliza erradamente la figura del precedente constitucional vinculante, adopta una posición jurisprudencial notoriamente lesiva a los derechos de los trabajadores o servidores públicos despedidos, o que se despidan en el futuro, que no ingresaron por concurso público con plaza vacante y presupuestada, lesionando sus derechos al trabajo y a la protección contra el despido arbitrario, consagrados en los artículos 22 y 27 de la Constitución y en las normas laborales reglamentarias y complementarias, eliminando y proscribiendo su reposición o reincorporación, contrariando la línea jurisprudencial uniforme sentada desde la creación del Tribunal Constitucional, y extiende sus efectos inmediatos en el tiempo a todos los procesos de amparo ya iniciados, en trámite o por iniciarse, con una evidente aplicación retroactiva de un precedente constitucional vinculante a todas luces restrictivo. Ello, en mi concepto, lejos de ser coherente, compatible y armónico con la Constitución, se distancia peligrosamente de ella y de los derechos que por deber y convicción el Tribunal Constitucional está obligado a respetar, proteger y garantizar.

1098

S.

BLUME FORTINI

EXP. N.º 05057-2013-PA/TC
JUNÍN
ROSALÍA BEATRIZ HUATUCO HUATUCO

AUTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Lima, 7 de julio de 2015

VISTO

El pedido de aclaración de fecha 12 de junio de 2015, formulado por doña Rosalía Beatriz Huatuco Huatuco, respecto de la sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 16 de abril de 2015; y,

ATENDIENDO A QUE

1099

1. Teniendo en cuenta la solicitud de aclaración de autos, así como otras razones identificadas *de oficio*, el Tribunal Constitucional estima que deben ser objeto de pronunciamiento los siguientes puntos: *i)* los supuestos básicos para el establecimiento de un precedente; *ii)* la aplicación temporal del precedente; y, *iii)* ¿existe una aplicación retroactiva del precedente que desproteja los derechos de los trabajadores?
 - a. **Sobre los supuestos básicos para el establecimiento de un precedente**
2. En el fundamento 6 del precedente se alude a la identificación de “otras posiciones” en las que se consideraba que las demandas de amparo debían ser desestimadas en la medida en que el artículo 5 de la Ley 28175, Marco del Empleo Público, establece que el acceso al empleo público se realiza mediante concurso público y abierto”, sin mencionarse los datos específicos de tales posiciones. Dicho extremo debe aclararse. Las posiciones interpretativas que han desestimado las demandas de amparo, atendiendo *principalmente* a la exigencia de concurso público de méritos y/o plaza presupuestada, entre otras, son las siguientes: 1) Expediente 30526-2009-0-1801-JR-CI-03, resolución de fecha 11 de abril de 2013, expedida por la Séptima Sala Civil de Lima (magistrados Ordóñez Alcántara, Díaz Vallejos y Gallardo Neyra); 2) Expediente 00265-2013-0-2501-SP-

CI-01, sentencia de fecha 22 de julio de 2013, expedida por la Primera Sala Civil del Santa (magistrados Murillo Domínguez, Espinoza Lugo y Ramírez Castañeda); y, 3) Expediente 00667-2013-0-0801-JR-CI-01, resolución de fecha 27 de marzo de 2014, expedida por la Sala Civil de Cañete (magistrados Cama Quispe, Marcelo Ciriaco y Limas Uribe).

3. Asimismo, en el ámbito del Tribunal Constitucional, en un proceso de inconstitucionalidad en el que se declaró constitucional el Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios (CAS), se sostuvo que “se puede extraer, como segunda conclusión, que para ingresar al sector público, tanto en el régimen laboral público como en el privado, resulta necesario no solo la existencia de una plaza vacante, que debe encontrarse previamente presupuestada, sino además que no exista impedimento para que aquella sea cubierta a través del mecanismo idóneo para tal efecto” (Expediente 00002-2010-PI/TC, fundamento 30). En el punto resolutivo 4 de dicho expediente se dispuso lo siguiente: “De conformidad con los artículos 81 y 82 del C.P.Cons., esta sentencia y las interpretaciones en ella contenidas son vinculantes para todos los poderes públicos y tienen alcances generales”.

- 1100
4. Es claro que tanto las decisiones antes mencionadas, entre otras, como aquel contrapuesto conjunto de decisiones que no toma en cuenta la exigencia de concurso público para una plaza presupuestada y de duración indeterminada (fundamento 5 de la sentencia) configuran divergencias en asuntos de relevancia constitucional relacionados con la interpretación de las disposiciones constitucionales sobre la función pública, y que a nivel legal se manifiestan en la interpretación de los artículos 4 y 77 del TUO del Decreto Legislativo 728, respecto de su aplicación a las instituciones y trabajadores de la actividad *pública*, lo que justifica que el Tribunal Constitucional fije una posición interpretativa que resuelva dichas divergencias.

5. Por tanto, se cumple el supuesto “a” establecido en los Expedientes 00024-2003-AI/TC y 03741-2004 para el dictado de un precedente vinculante, correspondiendo aclarar el fundamento 6 de la sentencia recaída en el Expediente 05057-2013-PA, en el sentido expuesto en los fundamentos 2, 3 y 4 del presente.

b. La aplicación temporal del precedente

6. Se ha cuestionado también la aplicación temporal de las reglas jurisprudenciales contenidas en los fundamentos 21 y 22, específicamente la aplicación inmediata del precedente a los procesos en trámite, toda vez que en el fundamento de voto del magistrado Ramos Núñez se manifiesta su disconformidad con la

aplicación inmediata del precedente, debiendo serlo sólo para los nuevos casos que se presenten una vez publicada la sentencia. Ello planteaba la interrogante de si existían los votos suficientes para que tales reglas jurisprudenciales fueran consideradas como precedente.

7. Sobre el particular, cabe precisar, en primer término, que si bien no existe en la actualidad una norma que de modo expreso establezca la cantidad de votos necesarios para la formulación de un precedente del Tribunal Constitucional, ha sido una práctica jurisprudencial reiterada y razonable que dicho precedente se instaure, mínimamente, con cinco votos.
8. En el presente caso, la sentencia de autos y en especial la parte resolutive que establece como precedente las reglas contenidas en los fundamentos 18, 20, 21, 22 y 23, se encuentra firmada por cinco votos (magistrados Urviola Hani, Miranda Canales, Ramos Núñez, Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera), por lo que resulta vinculante para todos.

c. ¿Existe una aplicación retroactiva del precedente que desproteja los derechos de los trabajadores?

9. No. Lo que existe es una aplicación inmediata del precedente que de ningún modo desprotege los derechos de los trabajadores. En la regla jurisprudencial del fundamento 18 se establece que “(...) en los casos que se *acredite la desnaturalización del contrato temporal o del contrato civil* no podrá ordenarse la reposición a tiempo indeterminado, toda vez que esta modalidad (...) exige la realización de un concurso público de méritos (...)”, lo que implica, en el caso de los procesos en trámite, presentados antes de la publicación del precedente en el diario oficial *El Peruano*, la verificación sobre si se ha producido o no la desnaturalización del contrato, así como la identificación de la respectiva responsabilidad de los funcionarios encargados de la contratación de personal, de modo tal que si se *acredita* tal desnaturalización deberá reconducirse el proceso a efectos de que la parte demandante solicite la indemnización que corresponda.
10. Situaciones que sí podrían constituir una aplicación retroactiva que desproteja los derechos de los trabajadores serían aquellas en las que se decida que las demandas presentadas *antes de la publicación* del precedente en el diario oficial *El Peruano* sean declaradas improcedentes por la simple razón de no haberse ingresado por concurso público a una plaza presupuestada y de duración indeterminada. Eso sí representaría desprotección, pero no es lo que ha resuelto el Tribunal Constitucional, tal como se ha mencionado en el párrafo precedente.

11. Cabe recordar que el Tribunal Constitucional, en atención a su función de ordenación y con base en el principio de autonomía procesal, estableció también en otros precedentes (01417-2005-PA/TC, caso Anicama Hernández; 00168-2005-PC/TC, caso Villanueva Valverde; y 00206-2005-PA/TC, caso Baylón Flores) reglas procesales aplicables a las demandas de amparo en trámite, lo que evidencia que conforme al contenido específico del precedente se determinarán los diferentes efectos que este pueda surtir, no siendo la *prospective overruling* la única técnica aplicable en la determinación de los efectos del precedente instaurado.
12. También debe aclararse que una lógica consecuencia del precedente de autos, que resulta vinculante para todos los operadores jurídicos, es que: i) en cada institución pública se deberán actualizar los respectivos Cuadros de Asignación de Personal (CAP); ii) se deberá convocar prontamente a concurso público aquellas plazas presupuestadas y de duración indeterminada que existan en cada entidad pública; y iii) se deberán realizar las gestiones necesarias para la ampliación del número de plazas presupuestadas y de duración indeterminada que se requiere en cada institución estatal, lo que deberá ser considerado en la respectiva Ley de Presupuesto General de la República.
13. Finalmente, es necesario insistir que el precedente de autos ha tenido por finalidad instaurar un conjunto de reglas jurisprudenciales sobre asuntos de relevancia constitucional relacionados con la interpretación de las disposiciones constitucionales sobre la función pública, y que a nivel legal se han manifestado en la interpretación de los artículos 4 y 77 del TUO del Decreto Legislativo N.º 728, respecto de su aplicación a las instituciones y trabajadores de la actividad pública, destacando, entre otros aspectos, la importancia de la meritocracia en el acceso y permanencia en la Administración Pública, la misma que no sólo constituye un principio consustancial del derecho de acceso a la función pública en condición de igualdad, sino también una exigencia que vincula constitucional y legalmente de forma ineludible a todos.

1102

En tal sentido, conforme al artículo 201º de la Constitución, al artículo 1º de la Ley N.º 28301, Orgánica del Tribunal Constitucional, que establece que “el Tribunal Constitucional es el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad” y al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, debe *reiterarse* que las reglas jurisprudenciales establecidas en los fundamentos 18, 20, 21, 22 y 23 de la sentencia recaída en el Expediente 05057-2013-PA, son de obligatorio cumplimiento por todos. En el mismo sentido, debe entenderse el fallo, específicamente lo dispuesto en los puntos resolutivos 3, 4 y 5.

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

RESUELVE

ACLARAR la sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 16 de abril de 2015, conforme a lo expuesto en los fundamentos 5, 8, 9, 12 y 13 del presente auto.

Publíquese y notifíquese.

SS.

URVIOLA HANI

MIRANDA CANALES

LEDESMA NARVÁEZ

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

EXP. N.º 05057-2013-PA/TC

JUNÍN

ROSALÍA BEATRIZ HUATUCO HUATUCO

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO RAMOS NÚÑEZ

El Tribunal ha resuelto, por mayoría, esclarecer diversos aspectos de la STC 05057-2013- PA/TC, aclarar o colmar algunos tópicos omitidos en ella y, simultáneamente, introducir nuevas reglas. Estoy en desacuerdo con un aspecto puntual, que se refiere a la aplicación del precedente a las causas en trámite, y estos son nuestros argumentos.

En la STC 05057-2013-PA/TC, el Tribunal Constitucional estableció diversas reglas en calidad de precedentes. La principal es la que contiene el fundamento 18, según el cual, en los casos en los que se acredite la desnaturalización del contrato temporal o del contrato civil, no podría ordenarse la reposición si el trabajador no ingresó a través de concurso público, previa plaza presupuestada y vacante, siempre que lo sea de duración indeterminada. Mediante la primera condición —haber ingresado por concurso público como requisito *sine que non* para ser reintegrado en un cargo público— el Tribunal decidió poner coto a una práctica inveterada y una pésima tradición, contrarios a la dignidad del trabajador y a la carrera pública, como ámbito de ejercicio de sus derechos. Se trataba de un pernicioso sistema que consistía en utilizar el empleo público como un mecanismo para obtener la perpetua lealtad del trabajador. Era menester conseguir que fueran las calificaciones y competencias, acreditadas en una oposición, los vectores del cambio y de la debida tutela.

1104

El *telos* meritocrático que está en la base del precedente se aplica a los trabajadores en el empleo público, aún cuando la noción del mérito personal debiera presidir cualquier otra actividad laboral o desempeño funcional. El caso Huatuco plantea que en los casos en los que se produzca la desnaturalización de la contratación temporal o civil, la protección adecuada contra el despido arbitrario —garantizada por el artículo 27 de la Constitución— deba hacerse efectiva mediante el sistema de compensación; es decir, con el pago de una indemnización, que es una de las modalidades en que el legislador está facultado a desarrollar este derecho constitucional de típica configuración legal, según indica, inequívocamente, el ordinal “d” del artículo 7º del Protocolo Adicional de San Salvador, que complementa la Convención

Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales.

He sido de la opinión que en la STC 5057-2013-PA/TC correspondía un “Fundamento de voto”. No he tenido duda en el modo, forma y contenido en el que se ha resuelto el caso de Rosalía Huatuco. Es el caso que el Tribunal declaró infundada la demanda porque cesó su relación laboral por vencimiento del plazo del contrato de trabajo, sin que en tal finalización se observara la desnaturalización [fundamentos 29 a 33], que es el supuesto de hecho que hubiera habilitado la aplicación del precedente. Por tanto, ninguna de las reglas consagradas en el precedente resultaban de aplicación en este caso concreto.

La STC 05057-2014-PA/TC también aspiraba, en línea mayoritaria, con la que discrepo, a establecer como vinculante la aplicación inmediata de la no reposición. Los justiciables, tal como estipula el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución, no deben ni pueden ser desviados de la jurisdicción predeterminada por la ley —en este caso, los jueces que conocían de los procesos de amparo—, ni sometidos a procedimientos distintos como los que se han fijado en la sentencia en mayoría.

Por ello, dada mi conformidad, en líneas generales, con el sentido de la decisión y las razones que la justificaron y la justifican, el “Fundamento de voto” evidenció solo y exclusivamente mi desacuerdo con un tema crucial pero colateral a los aspectos resueltos en tal expediente. No corresponde la inmediata aplicación del precedente ni la reconducción de las causas en trámite a la jurisdicción laboral de todos los procesos en los que se reclame la reposición por desnaturalización del contrato en el sector público.

1105

Queda claro que, no obstante mi convicción y adhesión plena a favor del concurso público y al predominio irrestricto del principio meritocrático, mi voto es contrario a una aplicación inmediata del precedente a los casos en trámite. En consecuencia, el precedente Huatuco debe de aplicarse a las causas ingresadas en el sistema de justicia, con posterioridad al día siguiente de su publicación en el diario oficial *El Peruano*, esto es, el 5 de junio de 2015.

Sr.

RAMOS NÚÑEZ

Sentencia 02383-2013-PA/TC

Proceso de amparo interpuesto por Elgo Ríos Núñez. El Tribunal rechazó la demanda y estableció un precedente vinculante sobre la vía igualmente satisfactoria, conforme al que debe interpretarse el artículo 5, inciso 2, del Código Procesal Constitucional, resultando aplicable a todos los procesos de amparo, independientemente de su materia.

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 9 de julio de 2015

Resumen: El Tribunal Constitucional declaró infundada e improcedente la demanda interpuesta contra el Proyecto Especial Pichis Palcazú (PEPP), en la cual el recurrente solicitó la restitución en el cargo de responsable de tesorería, por haber sido despedido arbitrariamente.

1107

El Tribunal determinó que, si bien contaba con un precedente constitucional referido a la procedencia de los amparos en materia laboral (el contenido en la Sentencia 00206-2005-PA/TC), revisaría su contenido, atendiendo básicamente a dos cuestiones: (i) que, en aras a la seguridad jurídica y la igual aplicación del Derecho, debe existir regularidad y predictibilidad en la aplicación de la causal de procedencia prevista en el artículo 5, inciso 2, del Código Procesal Constitucional, es decir, respecto a cuándo existe una “vía igualmente satisfactoria”; y (ii) que es necesario tener en cuenta lo regulado por la Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley 29497, al analizarse lo que puede conocerse en la vía constitucional o en la vía ordinaria; norma que aún no formaba parte del ordenamiento al emitirse el precedente anterior.

Luego de analizar cuándo existe una vía ordinaria igualmente satisfactoria, desde las perspectivas objetiva (vía específica idónea) y subjetiva (urgencia iusfundamental), el Tribunal estableció como precedente vinculante las reglas contenidas en los fundamentos 12 al 15 y 17 de la sentencia, conforme a las cuales debe interpretarse el artículo 5, inciso 2, del Código Procesal Constitucional, resultando aplicables a todos los procesos de amparo, independientemente de su materia.

De esta manera, el Tribunal concluyó que una vía será “igualmente satisfactoria” al amparo si en un caso se demuestra el cumplimiento en simultáneo de los siguientes elementos: (i) que la estructura del proceso es idónea para la tutela del derecho; (ii) que la resolución que se fuera a emitir podría brindar tutela adecuada; (iii) que no existe riesgo de que se produzca la irreparabilidad; y, (iv) que no existe necesidad de una tutela urgente derivada de la relevancia del derecho o de la gravedad de las consecuencias.

La ausencia de cualquiera de los elementos mencionados determinará la inexistencia de una vía idónea alternativa al amparo, por lo que quedaría habilitada la vía constitucional para la emisión de un pronunciamiento de fondo (salvo que se incurra en otra causal de improcedencia).

Finalmente, el Tribunal estableció que, en la lógica de favorecimiento del proceso, en todos aquellos procesos de amparo a los que resulten aplicables las reglas contenidas en el precedente, hasta la fecha de publicación de la sentencia, se les deberá habilitar el respectivo plazo para que en la vía ordinaria el justiciable pueda demandar, si así lo estima pertinente, el reclamo de sus derechos, conforme a los fundamentos 18, 19 y 20 de la sentencia.

EXP. N° 02383-2013-PA/TC
JUNÍN
ELGO RÍOS NÚÑEZ

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 12 días del mes de mayo de 2015, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Urviola Hani, Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Nuñez, Sardón de Taboada, Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera pronuncia la siguiente sentencia, con el voto singular del magistrado Sardón de Taboada, el fundamento de voto del magistrado Blume Fortini y el fundamento de voto del magistrado Urviola Hani, que se agregan.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Elgo Ríos Núñez contra la resolución expedida por la Primera Sala Mixta Descentralizada de La Merced – Chanchamayo de la Corte Superior de Justicia de Junín, de fojas 769, con fecha 13 de marzo de 2013, que declaró improcedente la demanda de autos.

1109

ANTECEDENTES

Con fecha 22 de julio de 2009, el recurrente interpone demanda de amparo contra el Proyecto Especial Pichis Palcazú (PEPP), solicitando que se le restituya en el cargo de responsable de tesorería que venía ocupando. Manifiesta que ingresó a laborar para la entidad emplazada el 15 de noviembre de 2006, y que desde esa fecha no fue objeto de llamadas de atención o de suspensiones, hasta que, mediante la Resolución Directoral N° 104-2009-AG-PEPP-CD/DE, de fecha 16 de marzo de 2009, se le sancionó con seis meses de suspensión; y luego, a través de la Resolución Directoral N° 149-2009-AG-PEPP-CD/DE, de fecha 11 de mayo de 2009, fue suspendido por tres meses, pese a que los hechos que sustentan las supuestas faltas que se le imputaron habían ocurrido en el año 2008, por lo que se ha trasgredido el principio de inmediatez.

Por otro lado, el actor sostiene que las sanciones que se le impusieron fueron una represalia por su afiliación al Sindicato Único de Trabajadores del Proyecto Especial

Pichis Palcazú, en el mes de enero de 2009, fecha desde la cual se iniciaron en su contra actos de hostilización y amenazas de ser despedido por la comisión de faltas graves si no renunciaba al sindicato. Ese ultimátum se concretaría en diciembre de 2009, momento en el cual vencen las suspensiones de las que fue objeto y, además, coincide con el vencimiento del plazo de duración de su contrato de trabajo para servicio específico, lo que configuraría un despido fraudulento.

Asimismo, refiere el recurrente que sus contratos de trabajo a plazo fijo se desnaturalizaron, debido a que en el desempeño de los cargos de especialista en abastecimientos, tesorero y Jefe de la Oficina de Administración que ejerció, realizó labores de carácter permanente. Por ello, en aplicación del principio de primacía de la realidad era un trabajador a plazo indeterminado.

Afirma el demandante que el accionar fraudulento de la entidad demandada vulnera sus derechos al trabajo, a la tutela procesal efectiva, a la igualdad, a la libertad sindical, al honor y a la rectificación de información, así como el principio de inmediatez.

El Director Ejecutivo del Proyecto demandado propone las excepciones de litispendencia, falta de agotamiento de la vía administrativa y de prescripción; y contesta la demanda en la que señala que no existió despido, sino la suspensión perfecta de las labores del actor por habersele impuesto una sanción disciplinaria, por lo que su vínculo laboral permanecía vigente. Refiere que las sanciones impuestas al actor fueron resultado de un proceso investigador llevado a cabo conforme a ley.

1110

El Juzgado Civil Transitorio de La Merced, con fecha 17 de enero de 2012, declara infundadas las excepciones propuestas; y con fecha 12 de setiembre de 2012, declara infundada la demanda, por considerar que los procedimientos investigadores y las sanciones impuestas al actor se efectuaron conforme al Manual de Procesos Investigatorios de la Sede Central de Proyectos Especiales y Programas de Inversión del INADE, porque no se ha comprobado que las sanciones impuestas sean consecuencia de su afiliación sindical, y porque el supuesto despido fraudulento no puede ser ventilado en el proceso de amparo, por existir hechos controvertidos que requieren contar con una etapa probatoria.

La Sala revisora, revocando la apelada, declara improcedente la demanda, por estimar que el cuestionamiento de las resoluciones administrativas que sancionaron al actor debe ser dilucidado en la vía del proceso contencioso administrativo, pues éstas dispusieron la suspensión del trabajador en sus labores y no su despido; precisando, además, que no se ha acreditado que las sanciones tengan relación con las actividades sindicales del demandante.

FUNDAMENTOS

§1. Delimitación del petitorio

1. El objeto de la demanda es que se restituya al recurrente como trabajador a plazo indeterminado en el cargo de responsable de tesorería que estuvo ocupando, por haber sido víctima de un accionar fraudulento que finalmente ocasionaría su despido. Alega que se han vulnerado sus derechos constitucionales al trabajo, al debido proceso, a la tutela procesal efectiva, a la igualdad, a la libertad sindical, al honor y a la rectificación de información y al principio de inmediatez.

§2. Consideraciones previas

2. En atención a los criterios jurisprudenciales establecidos por este Tribunal, en el presente caso corresponde evaluar si el demandante ha sido despedido arbitrariamente. Asimismo, resulta pertinente precisar que, si bien el actor ha alegado la vulneración de varios derechos constitucionales, a criterio de este Tribunal sólo resultan pertinentes para dirimir la *litis*, y, por lo tanto, serán materia de análisis los derechos a la libertad sindical, al trabajo y al debido proceso, así como el principio de inmediatez.

1111

§3. Análisis del caso concreto

§3.1. Sobre la afectación del derecho al trabajo

§3.1.1. Argumentos del demandante

3. El actor sostiene que se ha vulnerado su derecho al trabajo, porque considera que las sanciones de suspensión de sus labores que se le impusieron tuvieron como objetivo finalizar fraudulentamente su vínculo laboral. Ello por cuanto el término de dichas sanciones coincidía con la fecha en que vencía su último contrato de trabajo para servicio específico.

§3.1.2. Argumentos de la demandada

4. La parte demandada argumenta que las sanciones impuestas no implicaban la ruptura del vínculo laboral, sino la suspensión perfecta de labores, conforme al artículo 11° del Decreto Supremo N° 003-97-TR.

§3.1.3. Consideraciones del Tribunal Constitucional

5. En relación a la invocada afectación del derecho al trabajo, y la consiguiente reposición laboral solicitada por el demandante, cabría preguntarse, si a la luz de la causal de improcedencia establecida en el inciso 2 del artículo 5 del Código

Procesal Constitucional dicha pretensión debe ser resuelta por la vía del amparo o si, por el contrario, debe ventilarse en la vía del proceso laboral.

6. Al respecto, es necesario tener en cuenta que si el Tribunal Constitucional tiene enunciado un precedente constitucional referido a la procedencia de los amparos en materia laboral (STC Exp. N° 00206-2005-PA/TC), procederá a revisar su contenido, atendiendo básicamente a dos cuestiones de la primera importancia: (1) que, en aras a la seguridad jurídica y la igual aplicación del Derecho, debe existir regularidad y predictibilidad en la aplicación de la causal de procedencia prevista en el artículo 5, inciso 2 del Código Procesal Constitucional, esto es, con respecto al análisis de cuándo existe una “vía igualmente satisfactoria”; y (2) que actualmente es necesario tener en cuenta lo regulado por la Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley N° 29497, al analizarse lo que puede conocerse en la vía constitucional o en la vía ordinaria; norma que aun no formaba parte del ordenamiento al emitirse el mencionado precedente.

§3.1.4. Criterios para determinar cuando existe una vía ordinaria igualmente satisfactoria

1112

7. Del inciso 2 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional se desprende que procede acudir a la vía especial y urgente del amparo para solicitar la protección de derechos fundamentales si no existe una vía ordinaria (específica) que sirva de igual o mejor modo para la tutela de los mismos derechos: es decir, si no existe una “vía igualmente satisfactoria”.
8. El examen de esta causal de improcedencia no supone verificar, simplemente, si existen “otras vías judiciales” mediante las cuales también se tutelen derechos constitucionales, sino que debe analizarse si tales vías ordinarias serían igual o más efectivas, idóneas o útiles que el proceso de amparo para lograr la protección requerida.
9. Esta afirmación es particularmente importante en nuestro medio, donde todos y cada uno de los jueces tienen el deber de asegurar la supremacía de la Constitución y la vigencia de los derechos fundamentales, constituyendo el primer escalón de tutela.
10. En este orden de ideas, por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia de la República, mediante la Resolución Administrativa de la Sala Plena N° 252-2007-P-PJ, de fecha 30 de octubre de 2007, acordó «[r]ecomendar a los distintos órganos jurisdiccionales del territorio de la República en cuyo conocimiento se ponga una demanda de Amparo, tener en cuenta los siguientes criterios establecidos a nivel doctrinario y jurisprudencial para la determinación de si se está ante una vía “Igualmente satisfactoria”:

- Irreparabilidad del daño al derecho invocado si se recurre a los medios ordinarios de protección;
 - Probanza que no existen vías ordinarias idóneas para tutelar un derecho (acreditando para ello evaluaciones sobre la rapidez, celeridad, inmediatez y prevención en la tutela del derecho invocado);
 - Análisis del trámite previsto a cada medio procesal, así como sobre la prontitud de esa tramitación; y
 - Evaluación acerca de la inminencia del peligro sobre el derecho invocado, la adopción de medidas o procuración de los medios para evitar la irreversibilidad del daño alegado o acerca de la anticipación con la cual toma conocimiento de una causa».
11. Estando, entonces, a la insuficiencia y falta de claridad de las reglas orientadas a determinar cuándo una vía ordinaria resulta igualmente satisfactoria para la protección de un derecho fundamental, corresponde a este órgano colegiado precisar este aspecto con detalle, estableciendo a estos efectos un precedente constitucional que estandarice el análisis sobre la pertinencia de la vía constitucional que exige el artículo 5, inciso 2 del Código Procesal Constitucional.
 12. Sistematizando la jurisprudencia vigente de este Tribunal, puede afirmarse que existen dos perspectivas para entender cuándo una vía puede ser considerada “igualmente satisfactoria”: una objetiva, vinculada al análisis de la vía propiamente dicha (vía específica idónea); y otra subjetiva, relacionada con el examen de la afectación al derecho invocado (urgencia iusfundamental).
 13. Desde la perspectiva objetiva, el análisis de la vía específica idónea puede aludir tanto: (1) a la estructura del proceso, atendiendo a si la regulación objetiva del procedimiento permite afirmar que estamos ante una vía célere y eficaz (estructura idónea)¹, o (2) a la idoneidad de la protección que podría recibirse en la vía ordinaria, debiendo analizarse si la vía ordinaria podrá resolver debidamente el caso iusfundamental que se ponga a su consideración (tutela idónea)². Este análisis objetivo, claro está, es independiente a si estamos ante un asunto que merece tutela urgente.
 14. De otra parte, desde una perspectiva subjetiva, una vía ordinaria puede ser considerada igualmente satisfactoria si: (1) transitarla no pone en grave riesgo al de-

1 Cfr. RTC Exp. N° 00465-2011-AA/TC, f. j. 4; STC Exp. N° 02997-2009-AA/TC, f. j. 5.

2 Cfr. RTC Exp. N° 00906-2009-AA/TC, f. j. 9; RTC Exp. N° 01399-2011-AA/TC, f. j. 6.

recho afectado, siendo necesario evaluar si transitar la vía ordinaria puede tornar irreparable la afectación alegada (urgencia como amenaza de irreparabilidad)³; situación también predicable cuando existe un proceso ordinario considerado como “vía igualmente satisfactoria” desde una perspectiva objetiva; (2) se evidencia que no es necesaria una tutela urgente, atendiendo a la relevancia del derecho involucrado o a la gravedad del daño que podría ocurrir (urgencia por la magnitud del bien involucrado o del daño)⁴.

15. Queda claro, entonces, que la vía ordinaria será “igualmente satisfactoria” a la vía del proceso constitucional de amparo, si en un caso concreto se demuestra, de manera copulativa, el cumplimiento de estos elementos:
- Que la estructura del proceso es idónea para la tutela del derecho;
 - Que la resolución que se fuera a emitir podría brindar tutela adecuada;
 - Que no existe riesgo de que se produzca la irreparabilidad; y
 - Que no existe necesidad de una tutela urgente derivada de la relevancia del derecho o de la gravedad de las consecuencias.

1114

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

16. Esta evaluación debe ser realizada por el juez o por las partes respecto de las circunstancias y derechos involucrados en relación con los procesos ordinarios. Es decir, los operadores deben determinar si la vía es idónea (en cuanto permite la tutela del derecho, desde el punto de vista estructural, y es susceptible de brindar adecuada protección) y, simultáneamente, si resulta igualmente satisfactoria (en tanto no exista riesgo inminente de que la agresión resulte irreparable ni exista necesidad de una tutela de urgencia).
17. Las reglas para determinar cuándo una vía ordinaria alterna resulta igualmente satisfactoria son las establecidas en esta sentencia, y conforme a ellas se interpretará el inciso 2 del artículo 5, resultando aplicables a todos los procesos de amparo, independientemente de su materia.

3 Cfr. STC Exp. N° 01387-2009-PA/TC, f. j. 3; RTC Exp. N° 00906-2009-AA/TC, f. j. 9.

4 Cfr. RTC Exp. N° 09387-2006-AA/TC, f. j. 3; STC Exp. N° 00303-2012-AA/TC, f. j. 7.

18. Ahora bien, debe aclararse que en todos aquellos procesos de amparo a los que resulte aplicables las reglas aquí señaladas, hasta la fecha de publicación de la presente sentencia, deberá habilitarse el respectivo plazo para que en la vía ordinaria el justiciable pueda demandar, si así lo estima pertinente, el reclamo de sus derechos.
19. De igual manera, esta habilitación de plazo debe ser de aplicación a todos aquellos procesos de amparo en los que antes de la fecha de publicación del caso de autos, se hubieran aplicado las nuevas reglas de determinación sobre cuándo una vía ordinaria resulta igualmente satisfactoria, las mismas que si bien se incluyen en los fundamentos precedentes, también han sido utilizadas, idénticamente, en otros procesos ya publicados como aquellos autos de los Expedientes 02677-2013-PA/TC (publicado el 26 de agosto de 2014), 03070-2013-PA/TC (publicada el 11 de setiembre de 2014), entre otros.
20. En dichos casos, así como en todos los cuales ya se hubiesen aplicado las nuevas reglas del artículo 5 inciso 2 del Código Procesal Constitucional (perspectiva objetiva: estructura idónea y tutela idónea, y perspectiva subjetiva: urgencia como amenaza de irreparabilidad y urgencia por la magnitud del bien involucrado o del daño), y en los que no se ha realizado expresamente dicha habilitación de plazo que si establece en el precedente de autos, por razones de equidad (al existir supuestos idénticos), debe aplicársele la misma consecuencia jurídica (habilitación del plazo para que en la vía ordinaria el respectivo justiciable pueda demandar, si así lo estima pertinente, el reclamo de sus derechos), atribuida por este Tribunal Constitucional a los casos mencionados en el fundamento 18 de la presente sentencia.

1115

§3.1.5. La revisión del precedente contenido en la STC Exp. N° 00206-2005-AA/TC

21. En los fundamentos jurídicos 7 a 25 de la STC Exp. N° 00206-2005-PA/TC este Tribunal Constitucional estableció, con carácter de precedente vinculante, un conjunto de reglas que orientaban el conocimiento de controversias derivadas de materia laboral individual, sean privadas o públicas. Allí se fijaron, primordialmente, criterios materiales en torno a la procedencia del amparo en materia laboral, y también se brindó un tratamiento, que aquí se juzga como insuficiente, de la causal de improcedencia recogida en el inciso 2 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional.
22. Al respecto se sostuvo que:
 - “[E]n 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” (fundamento jurídico 7); y que:

- “[C]onforme al artículo 5, inciso 2 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 contencioso administrativa.” (fundamento jurídico 24).

23. Como puede apreciarse, las reglas que establecidas como precedente parecen orientadas a determinar los supuestos que en materia laboral serían susceptibles de debate por la vía del amparo (v. gr.: el tipo de despido, el carácter público o privado del régimen laboral) y no a determinar, en realidad, cuándo la vía ordinaria resulta igualmente satisfactoria para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado.
24. Sin embargo, esto no implica que con el análisis fijado *supra* para determinar cuando existe una vía ordinaria igualmente satisfactoria varíe radicalmente los criterios sobre la procedencia de los amparos laborales, pues en esencia se mantiene los principales criterios preexistentes, si bien contemporizados a la luz de las reglas procesales laborales hoy vigentes. Efectivamente, este Tribunal no puede obviar que actualmente en gran parte del país se encuentra en vigor una Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley N° 29497, que cuenta con procesos céleres y medidas cautelares garantistas, regulación que exige a los jueces constitucionales evaluar, a la luz de los casos concretos y de los criterios establecidos en los fundamentos 12 al 15 de esta sentencia, la procedencia o el rechazo de la demanda de amparo.
25. Al respecto, este Tribunal señala que, a pesar de la existencia de referida norma procesal, en sustancia mantiene los criterios materiales referidos a la procedencia del amparo laboral. Así, como antes, en caso que la vía laboral no permita la reposición satisfactoria o eficaz del trabajador (supuesto de estructura idónea, previsto en el fundamento 13, *supra*), o cuando el demandante persiga la tutela urgente de sus derechos constitucionales frente a despidos nulos, en caso no vaya a obtener tutela satisfactoria en la vía laboral (supuesto de tutela idónea y urgencia iusfundamental, previstos en los fundamentos 13 y 14, *supra*), deberá admitirse a trámite la demanda de amparo. Igualmente, para los casos que no se encuentran regidos por la Ley N° 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo, resulta de aplicación el análisis sobre la pertinencia de la vía constitucional fijados en esta sentencia como precedente, que son compatibles con los precedentes que fueron establecidos en la STC Exp. N° 00206-2005-PA/TC.

26. En este orden de ideas, si el demandante cuenta con una vía laboral en la que podrá obtener de manera célere –tanto o más que a través del amparo– la reposición que solicita, deberá acudir a esa vía y no al proceso constitucional de amparo, salvo que estemos ante situaciones que objetivamente demanden una tutela urgente que solamente puede canalizarse mediante un medio procesal como el amparo.
27. A modo de ejemplo, tenemos que una vía ordinaria especialmente protectora regulada por la Nueva Ley Procesal del Trabajo es la del proceso abreviado laboral, cuya estructura permite brindar tutela idónea en aquellos casos en los que se solicite la reposición laboral como única pretensión. Nos encontramos entonces ante una vía procesal igualmente satisfactoria, siendo competente para resolver la referida pretensión única el juzgado especializado de trabajo. Sin embargo, si el demandante persigue la reposición en el trabajo junto con otra pretensión también pasible de ser tutelada vía amparo, la pretensión podrá ser discutida legítimamente en este proceso constitucional, pues el proceso ordinario previsto para ello es el “proceso ordinario laboral”, el cual –con salvedades propias del caso concreto– no sería suficientemente garantista en comparación con el amparo.
28. En sentido complementario, si estamos en un caso en que se solicita reposición como pretensión única, pero por razón de competencia territorial o temporal no resulta aplicable la Nueva Ley Procesal del Trabajo, la vía más protectora es el proceso constitucional de amparo.

§3.1.6. La resolución de este extremo de la demanda

29. En concreto, el actor alega que habría sido despedido como consecuencia del accionar engañoso de su empleador, hecho que vulnera su derecho constitucional al trabajo. Dicho con otras palabras, cuando estamos frente al denominado despido fraudulento. En consecuencia, este Tribunal procederá a determinar si, en el caso concreto, existe una vía igualmente satisfactoria para la tutela de su derecho al trabajo, a la luz de los criterios establecidos en los fundamentos 12 a 15, *supra*.
30. Con relación a la necesidad de que la estructura del proceso sea idónea para la tutela del derecho invocado, se debe tener en consideración que en el I Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral, las Salas de Derecho Constitucional y Social Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, llevado a cabo los días 4 y 14 de mayo de 2012, acordaron, de un lado, que “[l]os jueces de trabajo en los procesos laborales ordinarios regulados por la Ley Procesal del Trabajo, Ley N° 26636, están facultados para conocer los procesos de impugnación o nulidad de despido incausado o despido fraudulento, que de ser fundado tengan como consecuencia la reposición del trabajador al centro de

trabajo”; y, por otro, que, con relación a la vía laboral regulada por la Ley N° 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo, “[l]os jueces de trabajo están facultados para conocer de la pretensión de reposición en casos de despido incausado o despido fraudulento, en el proceso abreviado laboral, siempre que la reposición sea planteada como pretensión principal única”.

31. La Corte Suprema, en el pronunciamiento glosado en el fundamento anterior, se limita a uniformizar su jurisprudencia en relación con la reposición del trabajador en los despidos fraudulentos e incausados (tomando en cuenta el precedente vinculante establecido por este Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 00206-2005-PA/TC y la jurisprudencia que surge de la STC Exp. N° 00976-2001-AA/TC, así como los criterios con los que se venían resolviendo dichas materias a nivel de juzgados y salas), pero a la luz de las sucesivas leyes procesales del trabajo.
32. En el caso de autos, se advierte que la demanda fue interpuesta el 22 de julio de 2009, antes de la publicación en el diario oficial “El Peruano” de la Ley N° 29497, Nueva Ley Procesal de Trabajo, efectuada el 15 de enero de 2010. Esa Ley, de acuerdo al cronograma de implementación contemplado por la Resolución Administrativa N° 149-2011-CE-PJ, de fecha 25 de mayo de 2011, emitida por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, entraría en vigencia en el Distrito Judicial de Junín recién a partir del 19 de julio de 2011.
33. En consecuencia, en el caso en concreto era de aplicación la Ley Procesal del Trabajo N° 26636, tomando en consideración que en la vía judicial ordinaria, desde antes del I Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral, ya se venía asumiendo, en casos concretos, competencia para conocer de las impugnaciones de despidos incausados o fraudulentos, en las cuales el trabajador solicita reposición, conforme se advierte del Informe del referido Pleno, específicamente en el literal a), sobre la procedencia de la pretensión de reposición por despido incausado y despido fraudulento en la vía laboral regulada por la Ley Procesal del Trabajo (Ley N° 26636), del Tema 01: Procedencia de la pretensión de reposición por despido incausado y despido fraudulento en la vía ordinaria laboral (pág. 37)⁵.
34. Siendo ello así, corresponde determinar si la vía del proceso laboral ordinario resultaba idónea para la tutela del derecho al trabajo del demandante. Al respecto, este Colegiado considera necesario tomar en cuenta que en la referida vía predo-

5 <http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/1797b50041274631be03bf7bf7c8760a/I+Pleno+Jurisdiccional+Supremo+en+materia+Laboral.pdf?MOD=AJPERES> [fecha de consulta: 29 de octubre de 2014].

- minaba el elemento escrito, y, en la práctica, casi todos los actos procesales debían ser consignados en actas. Además, en ella el juez contaba con un margen de acción más limitado, presentando finalmente ese proceso una desconcentración de actos y audiencias, lo que genera que el proceso ordinario tenga una duración excesiva.
35. Dicha situación no se condice con la urgencia en la tutela de los derechos laborales, por lo que se puede concluir que la referida vía laboral ordinaria, regulada por la Ley N° 26636, no cumple con el requisito de ser idónea para la tutela del derecho invocado en este caso concreto. En ese escenario, al momento de plantearse la demanda, la vía del proceso laboral no era igualmente satisfactoria y, por ende, debe resolverse el fondo por la vía del amparo.
 36. Estando a lo expuesto, este Tribunal queda expedito para pronunciarse sobre la afectación del derecho al trabajo del demandante, analizando si éste fue despedido; y, de ser el caso, si dicha medida resulta arbitraria.
 37. Ahora bien, en cuanto al derecho al trabajo, el artículo 22 de la Constitución Política del Perú establece que: “El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y medio de realización de una persona”. En tal sentido, cabe resaltar que el derecho al trabajo implica dos aspectos: El de acceder a un puesto de trabajo, por una parte; y, de otra, el derecho a conservar el empleo. 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 implica un desarrollo progresivo y según las posibilidades económicas del Estado. El segundo aspecto trata del derecho al trabajo, entendido como proscripción de ser despedido, salvo por causa justa.
 38. De autos se advierte que el demandante pretende que se deje sin efecto el supuesto despido del que fue objeto como consecuencia de la emisión de las Resoluciones Directorales N°s 104-2009-AG-PEPP-CD/DE, de fecha 16 de marzo de 2009, y 149-2009-AG-PEPP-CD/DE, de fecha 11 de mayo de 2009, que dispusieron la suspensión de sus labores durante seis y tres meses respectivamente (fojas 97 y 84), toda vez que el plazo de dichas suspensiones coincidía con el de la vigencia del último contrato de trabajo para servicio específico que habían suscrito las partes (foja 85).
 39. Al respecto, este Colegiado advierte que, mediante las cuestionadas resoluciones, la entidad emplazada impone al demandante sanciones de cese temporal. Dicha acción disciplinaria está considerada por el inciso g) del artículo 12 del Decreto Supremo N° 003-97-TR como una causal de suspensión del contrato de trabajo, motivo por el cual las referidas resoluciones directorales no pueden ser conside-

radas como los instrumentos mediante los cuales despidió al actor. Es más, a lo largo del desarrollo del presente proceso, el actor no ha acreditado la existencia del acto lesivo de su derecho constitucional al trabajo.

40. Por lo expuesto, este Tribunal procede a declarar infundada la demanda en el extremo que se alega la vulneración del derecho al trabajo, por no haberse acreditado en autos el despido arbitrario alegado por el actor.

§3.2. Sobre la afectación del derecho a la libertad sindical

§3.2.1. Argumentos del sindicato demandante

41. El demandante sostiene que desde que se afilió al Sindicato Único de Trabajadores del Proyecto Especial Pichis Palcazú en enero de 2009, la emplazada inició en su contra actos que afectaban el derecho a la libertad sindical, llegando incluso a amenazarlo con que sería despedido mediante la imputación de una falta grave si es que no se desafiliaba.

§3.2.2. Argumentos de la parte demandada

42. De otro lado, la parte emplazada sostiene que no ha vulnerado el derecho a la libertad sindical, puesto que las sanciones que le fueron impuestas al demandante estaban debidamente justificadas, ya que se comprobó que el actor incurrió en faltas.

§3.2.3. Consideraciones del Tribunal Constitucional

43. Conforme a lo señalado en el fundamento 13, *supra*, y siendo solamente materia de debate y cambio a partir de este caso la especificación del criterio sobre cuando existe una vía igualmente satisfactoria, este Tribunal sostiene la efectividad y vigencia de lo establecido en la STC Exp. N° 00206-2005-AA/TC, en torno a la procedencia de los amparos en materia laboral privada, para los casos de despidos incausados, fraudulentos y nulos, por lo que considera que en el presente caso procede evaluar si se ha vulnerado el derecho a la libertad sindical del demandante.
44. El derecho a la libertad sindical está reconocido en el artículo 28, inciso 1) de la Constitución. Este derecho tiene un doble contenido: un aspecto orgánico y 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 se encuentra dirigido a la facultad de afiliarse o no a este tipo de organizaciones. Igualmente el derecho a la libertad sindical tiene como contenido el poder del trabajador para que por razones de su afiliación o actividad sindical no sufra ningún menoscabo en sus derechos fundamentales.

45. Adicionalmente, en el fundamento jurídico 5 de la STC Exp. N° 08330-2006-PA/TC, conforme a lo señalado por el Comité de Libertad Sindical de la OIT con relación a la libertad sindical, se ha dicho que:

“Uno de los principios fundamentales de la libertad sindical es que los trabajadores gocen de protección adecuada contra los actos de discriminación antisindical en relación con su empleo -tales como despido, descenso de grado, traslado y otras medidas perjudiciales- y que dicha protección es particularmente necesaria tratándose de delegados sindicales, porque para poder cumplir sus funciones sindicales con plena independencia deben tener la garantía de que no serán perjudicados en razón del mandato que detentan en el sindicato. El Comité ha estimado que tal garantía, en el caso de dirigentes sindicales, es también necesaria para dar cumplimiento al principio fundamental de que las organizaciones de trabajadores han de contar con el derecho de escoger a sus representantes con plena libertad (...).”

46. En ese mismo sentido, el Decreto Supremo N° 010-2003-TR, en su artículo 4º, establece que: “El Estado, los empleadores y los representantes de uno y otros deberán abstenerse de toda clase de actos que tiendan a coactar, restringir o menoscabar, en cualquier forma, el derecho de sindicalización de los trabajadores, y de intervenir en modo alguno en la creación, administración o sostenimiento de las organizaciones sindicales que éstos constituyen”.

1121

47. Al respecto, este Colegiado considera que no se ha demostrado en autos que el empleador haya realizado actos en contra del demandante que tengan relación con su afiliación al Sindicato Único de Trabajadores del Proyecto Especial Pichis Palcazú (SITRAPEPP), o con su actividad sindical, toda vez que los documentos presentados solo acreditan diversas solicitudes, reclamos y denuncias presentadas por el referido sindicato, como son los siguientes:

- La constancia expedida por el Gobernador del Distrito de San Ramón, con fecha 31 de diciembre de 2008, mediante la cual da cuenta que los funcionarios del Ministerio de Trabajo se negaron a recibir los contratos de trabajo de dos trabajadores (fojas 30);
- El oficio N° 005-2008-PCD- “PEPP”, de fecha 23 de diciembre de 2008, mediante el cual el Presidente del Consejo Directivo del Proyecto Especial Pichis Palcazú informa al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo que deberán abstenerse de firmar y renovar contratos del personal del referido Proyecto, sin antes coordinar con su Consejo Ejecutivo (fojas 31);

- La copia del acta de la asamblea del mencionado Sindicato, de fecha 3 de enero de 2009, en la que se toman diversos acuerdos, como el incorporar a nuevos trabajadores como miembros del SITRAPEPP, fijar el aporte sindical, adoptar acciones legales para que los funcionarios del Ministerio de Trabajo respeten sus derechos laborales, así como contratar a un abogado para que asesore al ente sindical (fojas 121);
- La copia del Auto Directoral N° 002-2009/DRTPEJ-DPSC, de fecha 16 de febrero de 2009, por el cual se declara la nulidad del acto administrativo de registro sindical del Sindicato Único de Trabajadores del Proyecto Especial Pichis Palcazú (fojas 308);
- El Oficio N° 003-2009-SITRAPEPP, de fecha 9 de enero de 2009, por medio del cual el SITRAPEPP solicita al Director Ejecutivo del Proyecto demandado una audiencia para tratar temas vinculados a los derechos laborales de sus agremiados (fojas 383);
- El Oficio N° 009-2009-SITRAPEPP, del 9 de marzo de 2009, mediante el cual el SITRAPEPP solicita al Director Ejecutivo del Proyecto emplazado información pública y el cese de actos de hostilización, pues el personal de vigilancia venía revisando las prendas al personal, a la salida de la jornada laboral (fojas 384); y
- La denuncia penal por abuso de autoridad, formulada por el mencionado Sindicato en contra del Jefe de la Zonal de Trabajo y Promoción Social, adscrito al Ministerio de Trabajo, por haberse negado a recibir los contratos de trabajo de los trabajadores del Proyecto demandado (fojas 393).

1122

48. Estos, así como otros instrumentos obrantes en autos, no están relacionados con actos realizados por la entidad demandada en contra del accionante, como consecuencia de su condición de trabajador sindicalizado. Tampoco el recurrente ha presentado documento alguno para acreditar que su empleador amenazó con despedirlo, mediante la imputación de una falta grave, si es que no se desafiliaba.
49. En consecuencia, al no haberse acreditado la vulneración del derecho a la libertad sindical alegada por el demandante, la demanda debe ser desestimada en dicho extremo.

§3.3. Sobre la afectación del derecho al debido proceso y al principio de inmediatez

§3.3.1. Argumentos del demandante

50. El actor sostiene que con las Resoluciones Directorales N^{os} 104-2009-AG-PEPP-CD/DE y 149-2009-AG-PEPP-CD/DE se ha vulnerado su derecho al debido proceso y el principio de inmediatez, por cuanto considera que los hechos que dieron origen a las sanciones impuestas en su contra datan del año 2008, mientras que las sanciones de suspensión de sus labores por un periodo de seis y tres meses fueron dispuestas en el año 2009. Solicita que se deje sin efecto las resoluciones administrativas que lo sancionaron.

§3.3.2. Argumentos de la demandada

51. La parte demandada argumenta que el actor fue sancionado luego de seguirse un debido procedimiento investigatorio.

§3.3.3. Consideraciones del Tribunal Constitucional

52. Este Tribunal procederá a determinar si, conforme a las reglas de procedencia establecidas en los fundamentos 12 al 15, *supra*, es competente para conocer la pretensión del demandante.
53. Al respecto, conforme se ha señalado en el fundamento 33 de esta sentencia, las pretensiones de orden laboral del accionante, de ser el caso, debían ser tramitadas con las reglas procesales establecidas por la Ley Procesal del Trabajo N^o 26636.
54. En ese sentido, se puede determinar que, al momento de la interposición de la demanda (esto es, al 22 de julio de 2009), existía un proceso distinto al proceso constitucional de amparo con una estructura idónea para la tutela del derecho invocado, pues la impugnación de las sanciones disciplinarias impuestas por el empleador durante la relación laboral se tramitaban por la vía del proceso regulado en los artículos 70 y siguientes de la ley 26636, que resultaba sumárisimo.
55. En dicho proceso se podía igualmente obtener una adecuada tutela del derecho afectado mediante un pronunciamiento judicial que declarara la nulidad de los actos administrativos cuestionados, los cuales consisten en sanciones impuestas al recurrente, que ya se estaban ejecutando al momento de la interposición de la demanda.
56. Finalmente, el actor no ha acreditado en autos la necesidad de una tutela de urgencia vinculada al derecho supuestamente afectado, ni la gravedad del daño que se ocasionaría al transitar su pretensión en la vía laboral.

57. Por lo expuesto, este Tribunal Constitucional considera que la pretensión del demandante podía ser resuelta en la vía del proceso sumarísimo laboral, por constituir una vía “igualmente satisfactoria”, motivo por el cual este extremo de la demanda resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 5, inciso 2 del Código Procesal Constitucional.

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú.

HA RESUELTO

1. Declarar **INFUNDADA** la demanda respecto a la supuesta vulneración de los derechos al trabajo y a la libertad de sindicación.
2. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda respecto a que se deje sin efecto la Resolución Directoral N° 104-2009-AG-PEPP-CD/DE y la Resolución Directoral N° 149-2009-AG-PEPP-CD/DE.
3. Establecer como **PRECEDENTE**, conforme al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, las reglas contenidas en los fundamentos 12 al 15 y 17 de esta sentencia.
4. Establecer que, en lógica de favorecimiento del proceso, en todos aquellos procesos de amparo a los que resulte aplicables las reglas contenidas en el precedente de autos, hasta la fecha de publicación de la presente sentencia, deberá habilitarse el respectivo plazo para que en la vía ordinaria el justiciable pueda demandar, si así lo estima pertinente, el reclamo de sus derechos, conforme los fundamentos 18, 19 y 20 de la presente sentencia.

1124

Publíquese y notifíquese.

SS.

URVIOLA HANI

MIRANDA CANALES

BLUME FORTINI

RAMOS NÚÑEZ

LEDESMA NARVÁEZ

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

EXP. N° 02383-2013-PA/TC
JUNÍN
ELGO RÍOS NÚÑEZ

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Concuerdo con lo resuelto por mis distinguidos colegas magistrados, en el sentido de desestimar la pretensión contenida en la demanda, pero me aparto de la sentencia en tanto convalida el derecho a la reposición laboral y sustituye el concepto “vía igualmente satisfactoria” por una regla compleja, compuesta por conceptos igual o aún más abstractos e indeterminados.

La presente sentencia establece un precedente que sustituye al establecido por la sentencia emitida en el Expediente N.º 00206-2005-PA/TC, caso Baylón Flores. Dicho precedente estableció criterios para determinar cuándo había una vía igualmente satisfactoria para conocer de controversias laborales. Por tanto, estableció también cuándo quedaba habilitada la vía del amparo.

1125

El objetivo de Baylón Flores habría sido filtrar las controversias laborales, enfatizando el carácter residual del amparo. Sin embargo, a la luz del abultado número de amparos laborales, no habría tenido éxito. Este fracaso explica el nuevo intento contenido en la presente sentencia, de perfilar mejor cuándo existe una “vía igualmente satisfactoria”.

En mi opinión, sin embargo, el uso y abuso del amparo laboral persistirán en la medida que se mantenga la interpretación equivocada del texto constitucional respecto a la reposición. Tal como señalé en el voto singular emitido en el Expediente N° 05057-2013-PA/TC, a mi criterio la reposición no tiene sustento en la Constitución y deriva solo de una interpretación errada del contenido del derecho al trabajo.

Por supuesto, la razón por la que ha de reconocerse que la Constitución no incluye el derecho a la reposición no es el abultado número de amparos laborales. La razón por la que ha de hacerse ello es el respeto y la fidelidad que debe merecer el texto y el espíritu de la Constitución. En el voto singular referido desarrollé este argumento *in extenso*; a él me remito.

Ahora bien, la presente sentencia no solo convalida el derecho a la reposición, sino que además sustituye los criterios establecidos en el caso Baylón Flores por una regla

compleja, compuesta por conceptos igual o más abstractos que los que se establecieron en dicha oportunidad. Al hacerlo, mantiene el margen de discrecionalidad que se tendrá para resolver casos futuros.

Los conceptos abstractos a los que me refiero son, entre otros, “proceso eficaz”, “protección debida” y “gravedad del daño”. Evidentemente, cabe preguntarse cómo se determina o mide la eficacia del proceso ordinario; cuándo la protección es la debida; cuándo el daño es grave; etcétera. Desde que no es posible responder a estas preguntas con precisión, resulta claro que queda un amplio margen a distintas interpretaciones.

Lo grave del caso es que este nuevo precedente se refiere no solo a los temas laborales, sino que busca establecer criterios para determinar cuándo hay una “vía igualmente satisfactoria” para todos los tipos de amparo que contempla la Constitución y que precisa el Código Procesal Constitucional, según los derechos fundamentales que protege.

S.

SARDÓN DE TABOADA

EXP. N° 02383-2013-PA/TC
JUNÍN
ELGO RÍOS NÚÑEZ

**FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ERNESTO
BLUME FORTINI**

Con el debido respeto a mis ilustres colegas Magistrados, emito el presente fundamento de voto, señalando que no obstante que he apoyado la resolución de mayoría, por la cual, entre otros aspectos resolutivos, se establecen como precedente las reglas contenidas en sus fundamentos 12 al 15 y 17, considero pertinente precisar lo siguiente:

1. Desde mi punto de vista y acorde con lo que he dejado sentado en el voto singular que emití en el Exp. N° 5057-2013-PA/TC, correspondiente al proceso de amparo promovido por Rosalía Beatriz Huatuco Huatuco, contra el Poder Judicial, que se ha dado en denominar Precedente Huatuco, al cual me remito, las premisas para el dictado de un precedente constitucional vinculante se desprenden del concepto de dicho instituto procesal y de los fines de los procesos constitucionales. Específicamente, si el precedente se refiere al ejercicio, alcances o cobertura de un derecho fundamental, el precedente debe imperativamente ser armónico con el fin de garantizar su vigencia efectiva; premisas que son las siguientes:

- a) Que el precedente sea la consecuencia de una praxis jurisdiccional continuada. De un camino ya recorrido por el Tribunal Constitucional a través de sus fallos, en el que haya ido perfilando una regla que considere necesario establecer como de obligatorio y general cumplimiento en casos similares.

Vale decir, el precedente vinculante nace a raíz de un camino recorrido por el Tribunal Constitucional en el ejercicio de la magistratura constitucional. No es producto de un acto ajeno a la praxis jurisprudencial, que nazca sin tal condición, como si se tratara de una labor meramente legislativa, propia del Poder Legislativo, salvo que su objetivo sea fortalecer el marco de protección de los derechos fundamentales.

- b) Que el precedente vinculante tenga invívita una finalidad, acorde con la naturaleza tuitiva, finalista y garantista de los procesos constitucionales: ampliar y mejorar la cobertura de los derechos fundamentales y de su pleno y cabal ejercicio.

Por ello, la inspiración del precedente debe responder al rol tuitivo y reivindicativo del Tribunal Constitucional, tendiente a mejorar los mecanismos de protección y de garantía de la vigencia efectiva de los derechos humanos.

Por tanto, el motor o la inspiración del precedente no puede ni debe ser otro que brindar mayor y mejor protección al justiciable que alega afectación de sus derechos esenciales, sea por amenaza o por violación.

2. En armonía con dicha perspectiva considero que la formula a la que se ha arribado mediante la presente sentencia, si bien no es consecuencia de una praxis reiterada, sin embargo sí contribuye significativamente a fortalecer el sistema de protección de derechos fundamentales, estableciendo criterios que permitirán definir de manera adecuada cuándo estamos ante una vía procedimental igualmente satisfactoria y, por consiguiente, cuándo corresponde utilizar el proceso constitucional y cuándo corresponde acudir a las vías judiciales ordinarias.
3. En la lógica descrita, considero pertinente apoyar la resolución de mayoría, habida cuenta que la considero correcta y que va de la mano con lo que representa los objetivos de una justicia constitucional finalista, y tuitiva de los derechos humanos.

1128

S.
BLUME FORTINI

EXP. N° 02383-2013-PA/TC
JUNÍN
ELGO RÍOS NÚÑEZ

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO URVIOLA HANI

Emito el presente fundamento de voto con el objeto de justificar las razones por las que he considerado necesario adecuar el precedente contenido en la STC n.º 206-2005-PA/TC, a las nuevas reglas de procedencia del amparo en materia laboral establecidas en la presente sentencia.

1. Como lo señalé en el fundamento de voto que suscribí en la STC n.º 5057-2013-PA/TC, estoy obligado a ser consistente con mis decisiones previas debido a que, en principio, casos sustancialmente iguales deben ser resueltos de la misma manera, salvo que existan razones que ameriten una solución diferente o resulte necesario modificar una línea jurisprudencial, como cuando, por ejemplo, estamos ante una variación del marco normativo, en cuyo caso, mis fallos deberán adecuarse al mismo, toda vez que la impartición de justicia no puede desarrollarse al margen del ordenamiento jurídico.
2. Atendiendo a esto último, he llegado al convencimiento de que, en los distritos judiciales en los que resulta de aplicación la Ley n.º 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo, que viene implementándose de manera paulatina, el proceso abreviado laboral constituye una vía igualmente satisfactoria para obtener, de manera sencilla¹ y célere², la reposición ante un despido que contravenga su derecho al trabajo u otro derecho fundamental³, conforme lo establece el artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

1129

1 Al imponer, por ejemplo, la *presunción de laboralidad* que, en todo caso, tendría ser desvirtuada por el empleado. En el proceso de amparo laboral, por el contrario, quien tiene la carga de acreditar estar inmerso en una relación de carácter laboral es el propio demandante.

2 Al concentrar diligencias judiciales y concebir dicho proceso de manera menos rígida, con un rol muy activo del juez en la solución del conflicto.

3 A no ser que estemos ante situaciones excepcionísimas que, objetivamente, requieran una tutela urgente que no pueda ser brindada en la vía ordinaria.

3. A la luz de lo antes expuesto, la revisión de las reglas de procedencia del amparo en materia laboral establecidas en el precedente contenido en la STC n.º 206-2005-PA/TC, resultaba imperativa, pues, en las actuales circunstancias, la nueva vía laboral ordinaria proporciona una genuina tutela judicial efectiva, al haber sido reconfigurada, en aras de solucionar conflictos de manera más expeditiva, pero sin que ello menoscabe las garantías esenciales del debido proceso.

**Sr.
URVIOLA HANI**

Sentencia 04968-2014-HC/TC

Proceso de amparo interpuesto por Alejandro Toledo Manrique. El Tribunal rechazó la demanda y estableció un precedente vinculante en diversas materias, particularmente las referidas a las comisiones investigadoras del Congreso y al derecho de defensa.

Fecha de publicación en el Portal Oficial del TC: 4 de noviembre de 2015

Resumen: El Tribunal Constitucional declaró infundada e improcedente la demanda interpuesta por el recurrente, en la cual solicitó la nulidad de una orden que le otorga facultades a una comisión investigadora del Congreso para investigar presuntas irregularidades en la adquisición de inmuebles por parte del recurrente y otras personas vinculadas a él, así como para investigar el origen de los fondos para la adquisición de una residencia, tres estacionamientos vehiculares y un depósito. Asimismo, solicitó la declaración de nulidad de todos los actos procesales desarrollados durante la referida investigación, por haberse violado múltiples derechos fundamentales de los recurrentes.

1131

El Tribunal consideró que no se acreditó la afectación al debido proceso por no existir una vulneración a la libertad individual del recurrente y, luego de verificar el cumplimiento de los requisitos fijados en la jurisprudencia constitucional, convirtió el proceso en uno de amparo.

En el caso se analizó el interés público como causa para la formación de una comisión investigadora del Congreso, el derecho a la defensa técnica y a la asistencia letrada, a no ser compelido a declarar o reconocer culpabilidad contra sí mismo, a no ser sometido a procedimiento distinto a los previamente establecidos, la comunicación previa y detallada de los cargos a cualquier persona investigada, el derecho a ser oído, concesión del tiempo y de los medios adecuados para preparar la defensa, derecho de intervenir en igualdad de condiciones en la actividad probatoria, el derecho a una investigación parlamentaria independiente e imparcial y el derecho a la defensa y a la debida motivación en el levantamiento del secreto bancario.

El Tribunal estableció como precedente vinculante las reglas contenidas en los fundamentos 21 (segundo párrafo), 23 (segundo párrafo), 33, 42 (párrafo final), 45 (tercer párrafo), 49 (segundo párrafo), 55 (párrafo final), 63 (primer párrafo), 67, 82 (primer párrafo), 83 (primer párrafo) y 90 (primer párrafo), referidas a las comisiones investigadoras del Congreso, el planteamiento de preguntas al acusado, las exhortaciones del Tribunal Constitucional, el deber de dar a conocer los cargos al acusado, tiempo y medios adecuados para la defensa, y el levantamiento del secreto bancario por parte de la comisión investigadora.

Temas Claves: Actividad probatoria — asistencia letrada — Comisión Investigadora del Congreso — defensa letrada — derecho a ser oído — levantamiento del secreto bancario — medios adecuados para la defensa — precedentes vinculantes — reconversión del proceso.

EXP. N.º 04968-2014-PHC/TC

LIMA

LUCIANO LÓPEZ FLORES A FAVOR DE ALEJANDRO TOLEDO
MANRIQUE Y OTRA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 4 días del mes de noviembre 2015, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Urviola Hani, Miranda Canales, Ramos Núñez, Sardón de Taboada, Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, con los fundamentos de voto de los magistrados Urviola Hani, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera, que se agregan, y la abstención del magistrado Blume Fortini aprobada por el Pleno el 5 de mayo de 2015.

1133

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Luciano López Flores, a favor de don Alejandro Toledo Manrique y doña Eliane Chantal Karp Fernenbug de Toledo, contra la resolución de fojas 774, de fecha 1 de agosto de 2014, expedida por la Cuarta Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, que confirmando la apelada declaró improcedente la demanda de hábeas corpus de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 11 de noviembre de 2013, don Luciano López Flores interpone demanda de hábeas corpus a favor de don Alejandro Toledo Manrique y doña Eliane Chantal Karp Fernenbug de Toledo contra la Comisión de Fiscalización y Contraloría del Congreso de la República, con la finalidad de que se declare la nulidad de la Moción de Orden del Día N.º 7009 que le otorga a dicha Comisión facultades para investigar las presuntas irregularidades en la adquisición de inmuebles por parte del expresidente de la República Alejandro Toledo y otras personas vinculadas a él, así como investigar el origen de los fondos para la adquisición de una residencia, tres estacionamientos vehiculares y un depósito. Asimismo, se pretende la declaración de nulidad de todos los actos procesales desarrollados durante la referida investigación, y que una

vez superados los aludidos vicios de nulidad se ordene a la Comisión –de ser el caso– la realización de una nueva investigación acorde con las exigencias del debido proceso.

Se alega la vulneración de derechos fundamentales a la debida motivación y a la observancia de la razonabilidad en el uso de la causal de interés público; a la defensa técnica y la asistencia letrada; a no ser compelido a declarar o reconocer culpabilidad contra uno mismo; a un procedimiento preestablecido por la ley; a la comunicación previa y detallada de los cargos en sede parlamentaria; a ser oído; a la concesión del tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa; a intervenir, en igualdad de condiciones, en la actividad probatoria; a una investigación parlamentaria independiente e imparcial; a la defensa y debida motivación en el levantamiento del secreto bancario; dando lugar a una amenaza potencial de la libertad individual.

Refiere que la Moción de Orden del Día N.º 7009 vulnera el derecho fundamental a la debida motivación y el principio de razonabilidad al no justificar las razones de interés público que sustentan el uso de la facultad discrecional de investigación en sede parlamentaria. Indica que de acuerdo a una correcta interpretación del artículo 88º del Reglamento del Congreso los procedimientos de investigación sobre asuntos de interés público son siempre relativos a la actuación de los funcionarios públicos y no de particulares, salvo que estos tengan algún nivel de relación con el aparato estatal. Asimismo, refiere que en la moción no se especifican las razones de hecho y de Derecho que en su conjunto justifiquen que la indagación sobre el origen de los fondos para la adquisición de propiedades inmuebles tiene alguna vinculación con el funcionamiento del aparato público en la actualidad, ni las razones que sustenten que la decisión de investigar resulte acorde con los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

1134

Sostiene que se ha afectado el derecho fundamental a la defensa técnica y la asistencia letrada, puesto que el Presidente de la Comisión, el congresista Vicente Zeballos Salinas, mediante Oficio N.º 235/2/2013-2014/CFC-CR rechazó por insuficiente el apersonamiento procesal de la defensa del expresidente Alejandro Toledo recaída en el abogado Luis Lamas Puccio, debido a un aparente error formal en la rúbrica del expresidente Alejandro Toledo, con el objetivo de poner trabas a la designación de dicho letrado y no dar trámite a los actos de ejercicio de la defensa técnica. Afirma que el supuesto error es en todo caso irrelevante porque en modo alguno vicia la voluntad del beneficiario de designar a un abogado de su elección, la cual era de conocimiento público. De otra parte, señala que en las sesiones en las que se realizaron preguntas a los beneficiarios de la presente demanda, se limitó y entorpeció la labor de la defensa técnica y las objeciones de su abogado relativas a su indebida formulación, objeciones que dada su reiteración y no concreción no fueron tomadas en cuenta.

Alega que en las mismas sesiones ambos beneficiarios fueron compelidos e inducidos a reconocer culpabilidad por los hechos materia de investigación, formulándose preguntas sobre si “mintió”, sobre “si es cierto” o “no cierto”, o aconsejándoles que se acojan a la confesión sincera. Sostiene que los congresistas han ejercido su autoridad para obligar a los favorecidos a que respondan, formulándolas reiteradamente a pesar de que ya habían sido contestadas. Indica que los congresistas sostuvieron expresamente un supuesto derecho a reiterar las preguntas cuantas veces juzguen pertinente.

Considera que se ha violado el derecho fundamental al procedimiento preestablecido por la ley, puesto que los beneficiarios de la demanda han sido sometidos a un procedimiento de investigación que no cuenta con reglas preestablecidas conforme a lo previsto en la STC 00156-2012-PHC, FF. JJ. 25 y 74. Afirma que recién en la segunda sesión ordinaria de la Comisión se aprueba su Reglamento Interno 2013-2014, en cuyo artículo 42° se regula de una manera general el trámite de las investigaciones, a pesar de que en la primera sesión se había aprobado levantar el secreto bancario de varias personas, entre las cuales se encontraba el expresidente Alejandro Toledo.

Aduce que se ha lesionado el derecho fundamental a una comunicación previa y detallada de los cargos en sede parlamentaria, puesto que las citaciones de los beneficiarios no contienen la causa de la imputación, es decir, las acciones u omisiones que se imputan, su caracterización legal, ni tampoco los fundamentos probatorios que conducen a ella.

1135

Refiere que ha sido afectado el derecho fundamental a ser oído en sede parlamentaria, puesto que el 16 de septiembre de 2014, mediante un escrito el expresidente Alejandro Toledo solicitó a la Comisión que se le permita asistir voluntariamente el 17 de setiembre para que en 20 minutos pueda compartir con los miembros de la Comisión sus reflexiones y datos sobre los hechos materia de investigación, además de solicitar que sea respetado el debido proceso. Sostiene que dicho escrito debía ser entendido como un pedido estrictamente ajustado al contenido esencial de su derecho fundamental a ser oído. Sin embargo, la Comisión dio trámite a su pedido bajo la figura de someterse a una estación de preguntas sobre los hechos materia de imputación. Por ello, afirma, si bien el beneficiario se presentó, lo hizo para solicitar que se reprograme la cita, pues no había preparado su defensa.

Considera que se ha violado su derecho fundamental a la concesión del tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa, en razón de que ni el Reglamento del Congreso, ni el Reglamento Interno de la Comisión han previsto un plazo razonable para formular los descargos; a lo que se agrega que el pedido del abogado de acceder al expediente y a concreta y detallada información de diversas acusaciones de la investigación ha sido denegado al negarse su personamiento y su libre designación.

Alega que se ha afectado el derecho a intervenir en igualdad de condiciones en la actividad probatoria, puesto que los abogados de los investigados no pueden intervenir en el interrogatorio de los testigos que rinden su manifestación en las sesiones de la Comisión. Señala que la Comisión ha venido citando a declarar a diversos testigos e investigados sin que previamente se informe de ello al expresidente Alejandro Toledo, que tiene derecho a que su defensa técnica también interroge a los testigos e investigados.

Aduce que se ha atentado contra el derecho fundamental a una investigación parlamentaria independiente e imparcial, puesto que diversos miembros de la Comisión han adelantado opinión y prejuzgado la supuesta responsabilidad del beneficiario.

Indica que se ha vulnerado el derecho fundamental a la defensa y a la debida motivación en el levantamiento del secreto bancario, puesto que al beneficiario se le levantó el secreto bancario sin motivación alguna y sin cumplir previamente con la comunicación detallada de los cargos.

Refiere, finalmente, que hay una amenaza potencial al derecho a la libertad individual, puesto que el beneficiario corre el riesgo de verse afectado con un pedido de arraigo en nuestro país o de detención internacional, hecho en coordinación con la Fiscalía de la Nación, pues algunos congresistas han formulado dicha petición. Así, considera que hay indicios razonables de presión política que pueden viabilizar la afectación a la libertad individual.

1136

El Procurador Público del Poder Legislativo contesta la demanda, solicitando que sea declarada improcedente, por considerar que no se ha precisado de qué manera se ha visto afectado o amenazado de manera, cierta e inminente, el derecho fundamental a la libertad individual; tampoco se ha fundamentado cómo la supuesta violación de los derechos invocados guarda relación con una supuesta afectación de la libertad individual.

Señala que de acuerdo a la Moción de Orden del Día N.º 7009 lo que se pretende investigar no solo es la compra de unos inmuebles, sino el origen de los fondos para su adquisición, el cual podría remontarse a actos ilegítimos llevados a cabo durante de la gestión presidencial de Alejandro Toledo, motivo por el cual es claro el interés público subyacente a la investigación.

Afirma que se alude a determinados derechos reconocidos en la Constitución sin fundamentar debidamente el sustento jurídico de su pretensión. Así, no se demuestra que haya existido afectación del derecho de defensa, puesto que el Presidente de la Comisión Investigadora hizo saber públicamente que se le permitiría al abogado de los beneficiarios el acceso a la documentación de la investigación. En ningún mo-

mento los miembros de la Comisión han pretendido compeler al reconocimiento de culpabilidad, pretendiendo solamente esclarecer los asuntos que son materia de investigación. Sostiene que los beneficiarios tienen pleno conocimiento de los hechos que son materia de investigación, sobre todo si se tiene en cuenta que en el seno de la Comisión han formulado argumentos y presentado medios de prueba. El Reglamento del Congreso prevé que sean los propios congresistas que conforman la Comisión Investigadora los que tengan la responsabilidad de calificar y emitir un pronunciamiento sobre los hechos que se investigan, para que luego sea el Pleno del Congreso el que apruebe o no las conclusiones, por lo que no resulta dable señalar que existe una violación a ser juzgado por un órgano independiente e imparcial.

El Tercer Juzgado Penal de Lima, mediante resolución de fecha 7 de enero de 2014, de fojas 534, declaró improcedente la demanda por considerar que los hechos y fundamentos de la demanda no se encuentran referidos directamente al contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la libertad personal. Señala que la amenaza al derecho fundamental a la libertad personal alegada es incierta, pues los planteamientos de la demanda se basan en suposiciones, conjeturas o apreciaciones subjetivas y que las conclusiones de una Comisión investigadora del Congreso, incluso si son aprobadas por el Pleno, no obligan a los órganos jurisdiccionales, siendo que en ningún caso el informe aprobado puede ordenar la restricción de derechos. Se concluye que no se ha afectado el derecho de defensa puesto que ambos beneficiarios acudieron a rendir su manifestación ante la Comisión asistidos por su abogado, quien pudo intervenir en la diligencia.

1137

La Cuarta Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima confirmó la apelada, por considerar que no existe vulneración ni amenaza cierta e inminente al derecho fundamental a la libertad individual, y que con relación a las demás afectaciones alegadas relativas a otros derechos fundamentales no se advierte conexidad con el derecho fundamental a la libertad individual. Asimismo, se sostiene que no corresponde la conversión del proceso por no advertirse riesgo de irreparabilidad del daño a ningún derecho fundamental.

FUNDAMENTOS

§1. Delimitación del petitorio

1. La demanda tiene por objeto que se declare la nulidad de la Moción de Orden del Día N.º 7009 que le otorga a la Comisión de Fiscalización y Contraloría del Congreso de la República facultades para investigar presuntas irregularidades en la adquisición de inmuebles por parte del expresidente de la República Alejandro Toledo Manrique y otras personas vinculadas a él, así como investigar el origen

de los fondos para la adquisición de una residencia, tres estacionamientos vehiculares y un depósito. Asimismo, se pretende la declaración de nulidad de todos los actos procesales desarrollados durante la referida investigación.

Se sostiene que en el desarrollo de dicho procedimiento de investigación se han vulnerado los derechos fundamentales a la debida motivación y a la observancia de la razonabilidad en el uso de la causal de interés público para iniciar una investigación parlamentaria; a la defensa técnica y la asistencia letrada; a no ser compelido a declarar o reconocer culpabilidad contra uno mismo; a un procedimiento preestablecido por la ley; a la comunicación previa y detallada de los cargos en sede parlamentaria; a ser oído; a la concesión del tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa; a intervenir en igualdad de condiciones en la actividad probatoria; a una investigación parlamentaria independiente e imparcial; a la defensa y debida motivación en el levantamiento del secreto bancario; dando lugar a una amenaza potencial de la libertad individual.

§2. Proceso constitucional de hábeas corpus y protección de la libertad individual

- 1138
2. El artículo 200º, inciso 1, de la Constitución establece que el proceso constitucional de hábeas corpus, “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”. De ahí que si la violación o amenaza alegada no se encuentra referida al contenido protegido del derecho fundamental a la libertad individual o a una lesión *iusfundamental* conexas con este derecho, la demanda de hábeas corpus resulta improcedente.

En virtud del principio de supremacía jurídica de la Constitución (artículo 51º), la regulación de estas condiciones que realiza el Código Procesal Constitucional (CPCons.), debe ser asumida como una concretización del citado precepto constitucional, no como su desvirtuación.

3. En la demanda se sustenta la supuesta procedencia de la vía del hábeas corpus bajo dos planteamientos. En primer lugar, se sostiene que existe amenaza al derecho fundamental a la libertad individual toda vez que un grupo de congresistas han formulado al Fiscal de la Nación “un pedido de arraigo en el país o de ‘detención internacional’”¹ (sic), agregando que “el hecho que articulen pedidos de esta naturaleza da lugar a (...) sospechas y razonable preocupación de que exista

1 Cfr. Escrito de demanda, p. 101, a fojas 101.

un atentado contra la libertad individual de [los beneficiarios de la demanda]”². Precisa la demanda, así, que su objetivo es “dotar de apariencia a la amenaza potencial del derecho a la libertad individual”³.

4. No obstante, tal como establece el artículo 3º del CPCons., “[c]uando se invoque la amenaza de violación, esta debe ser cierta y de inminente realización”. Es decir, para la procedencia de un proceso constitucional de tutela de derechos contra una amenaza, aunque el acto que se considera que resultará lesivo del derecho fundamental aún no se ha verificado, deben brindarse argumentos para asumir con suficiente objetividad que, en efecto, se producirá (amenaza cierta). Pero no solo ello. Deben además acreditarse razones que permitan sostener que se producirá de manera muy próxima en el tiempo (amenaza inminente).

Por ello, este Tribunal, en jurisprudencia reiterada y uniforme, ha sostenido que la alegada amenaza no puede encontrarse respaldada en conjeturas, presunciones o simples sospechas (SSTC 2358-2007-PHC, F. J. 5; 4290-2008-PHC, F. J. 3; 3006-2009-PA, F. J. 3; 6117-2009-PHC, F. J. 3; 2170-2011-PHC, F. J. 3; 2170-2011-PHC, F. J. 3; 3556-2012-PHC, F. J. 3.2, entre otras).

5. Así, sucede que no solo no se ha acreditado en forma alguna que el mencionado pedido de arraigo o detención se haya efectivamente solicitado al Ministerio Público, sino que incluso si ello en efecto se hubiese dado, dicho órgano carece de la atribución legal para dictar aquella clase de restricción o limitación de la libertad. Y aún en la hipótesis descartada de que pudiera, su condición de órgano constitucional independiente y autónomo impide asumir que la sola solicitud de limitación de libertad conlleve la certeza e inminencia de que se adoptará una decisión en ese sentido.

En definitiva, no se verifica en la causa una amenaza que cumpla con las características exigidas por el CPCons. para la viabilidad de un proceso constitucional de tutela de derechos.

6. En segundo término, no escapa a la consideración de este Colegiado que a juicio de la parte demandante, un elemento determinante para considerar que el proceso de hábeas corpus procede para proteger ciertas manifestaciones del derecho fundamental al debido proceso, con prescindencia de si resulta por conexión violada la libertad física, es lo sostenido en el F. J. 22 de la STC 00156-2012-PHC.

2 Cfr. Escrito de demanda, p. 103, a fojas 103.

3 Cfr. Escrito de demanda, p. 101, a fojas 101.

En dicho fundamento se señala lo siguiente:

“En la siempre constante labor de optimización de los derechos fundamentales, la doctrina, la judicatura y el Código Procesal Constitucional, han ampliado los efectos protectores del proceso constitucional de hábeas corpus. Este procede para amparar ‘el derecho a que se observe el trámite correspondiente cuando se trate del procedimiento o detención de las personas, a que se refiere el artículo 99 de la Constitución’ [artículo 25º inciso [15] del Código Procesal Constitucional]. Y no cabe duda que ‘la observancia del trámite correspondiente’ hace referencia no a cualquier trámite, sino a aquel que tiene lugar con las garantías del debido proceso”.

7. El Tribunal Constitucional se ratifica en tal criterio. En efecto, merced al enfoque de nuestro ordenamiento jurídico, el proceso de hábeas corpus no se encuentra orientado estricta y exclusivamente a la merituación de la eventual violación del contenido protegido de la libertad individual. Su ámbito tuitivo se ha extendido a la posibilidad de enjuiciar supuestas afectaciones a otros derechos fundamentales, en especial, aquellos que conforman el complejo espectro del debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva.

1140

Sin embargo, como ya ha quedado dicho, ello es así solo en la medida que, atendiendo a las particularidades de cada causa, la protección del derecho fundamental al debido proceso apareje la tutela de la libertad individual. Y es que un razonamiento distinto sería ajeno al texto y al *telos* del artículo 200º, inciso 1, de la Constitución.

En otras palabras, lo sostenido en el F. J. 22 de la STC 00156-2012-PHC no debe ser apreciado como un nuevo posicionamiento del Tribunal Constitucional sobre este tópico, sino como un criterio encuadrado en la ya consolidada jurisprudencia que hace del contenido protegido de la libertad personal el elemento *sine qua non* en la valoración material que tiene lugar en el proceso de hábeas corpus. Confirma lo señalado el hecho de que en la causa que dio lugar a la STC 00156-2012-PHC, como colofón a una serie de acontecimientos que tenían en su origen una investigación parlamentaria, un juez había dictado una orden de captura contra el demandante, cosa que, ciertamente, no ha tenido lugar en el marco de los sucesos que dan mérito a la demanda de autos.

8. Así las cosas, dado que la parte demandante no ha acreditado que las supuestas afectaciones al debido proceso que plantea guarden conexidad alguna con una vulneración al derecho fundamental a la libertad individual, resulta improcedente pretender encausar la demanda en la vía del hábeas corpus.

§3. Sobre las condiciones de conversión de un proceso de hábeas corpus en un proceso de amparo.

9. Ahora bien, bajo el umbral del principio procesal de elasticidad en virtud del cual los jueces constitucionales deben adecuar las exigencias de las formalidades previstas en el CPCons. al logro de los fines de los procesos constitucionales, y del principio de economía procesal que ordena tratar de obtener la maximización de los resultados materiales del proceso con el mínimo empleo necesario de actividad procesal (ambos establecidos en el artículo III del Título Preliminar del CPCons.), el Tribunal Constitucional ha establecido una suma de reglas cuyo cumplimiento permite la conversión de un proceso de hábeas corpus en un proceso de amparo (SSTC 5761-2009-PHC, F. J. 27; 0126-2011-PHC, F. J. 9).
10. Tales reglas son las siguientes: a) la conversión no es obligatoria para los jueces constitucionales de primera instancia, mas sí para los de segunda y última instancia; b) la conversión deberá observar que el plazo de prescripción de la demanda no haya vencido, c) la conversión deberá verificar la legitimidad para obrar del demandante; d) la conversión en ningún caso podrá dar lugar a la variación del petitorio ni la fundamentación fáctica de la demanda; e) ha de existir riesgo de irreparabilidad del derecho; f) la conversión deberá preservar el derecho de defensa del demandado. A continuación se procederá al análisis acerca de si en la presente causa se cumplen estas condiciones.
11. En la demanda se alega la inconstitucionalidad de más de un acto en el marco de la investigación parlamentaria sobre una serie de hechos relacionados con el expresidente Alejandro Toledo Manrique y su esposa doña Eliane Chantal Karp Fernenburg de Toledo, motivo por el cual resulta pertinente revisar si todos ellos se encuentran dentro del plazo de prescripción de 60 días hábiles contemplado en el artículo 44º del CPCons.

La parte demandante afirma que la Moción de Censura N.º 7009 por vía de la cual se otorgó facultades de investigación sobre los referidos hechos a la Comisión de Fiscalización y Contraloría del Congreso de la República, resulta inconstitucional por encontrarse indebidamente motivada. Tal como queda acreditado con el Informe N.º 001-2014-2015-ATD-DRRA, obrante a fojas 783 de autos, la referida Moción fue aprobada por el Pleno del Congreso de la República el 17 de julio de 2013. No obstante, el expresidente Alejandro Toledo es notificado de ello a través de la comunicación (Oficio N.º 114/06/2013-2014/CFR-CR) que le fuera remitida notarialmente el 6 de setiembre de 2013 (obrante a fojas 337 de autos). Los demás actos cuestionados tienen como punto inicial la misma comunicación notarial.

Siendo ello así y dado que la demanda fue interpuesta el 11 de noviembre de 2013, en la presente causa no ha operado el plazo de prescripción con relación a ninguno de los actos cuestionados.

12. De otro lado, la demanda ha sido interpuesta por don Luciano López Flores, a favor de don Alejandro Toledo Manrique y doña Eliane Chantal Karp Fernenbug de Toledo. No obstante, ninguno de los favorecidos firma la demanda ni tampoco han comparecido de modo sobreviniente en el proceso.

El acceso al proceso de hábeas corpus está regido por la legitimación activa vicaria o flexible. En efecto, el artículo 26° del CPCons., en lo que ahora resulta pertinente, establece que “[l]a demanda puede ser interpuesta por la persona perjudicada o por cualquier otra en su favor, sin necesidad de tener su representación (...)”. No es ese el caso del proceso de amparo, en el cual es la persona que se considera lesionada en sus derechos la legitimada para interponer la demanda (artículo 39° del CPCons.), pudiendo en todo caso comparecer por medio de representante procesal, sin que sea necesaria la inscripción de la representación otorgada (artículo 40° del CPCons.).

1142

Sobre el particular, en el escrito de apelación se afirma lo siguiente: “quienes interpusimos la demanda no solo somos los abogados patrocinantes de los favorecidos, sino que contamos con poder suficiente como para interponer todo tipo de demandas a su favor, conforme consta en la Escritura Pública cuya copia certificada remitimos”⁴.

Empero, del análisis de la referida escritura pública, obrante a fojas 617 de autos, deriva que el poderdante es exclusivamente don Alejandro Toledo Manrique, mas no doña Eliane Chantal Karp Fernenbug de Toledo, quien, sin embargo, como quedó dicho, aparece como beneficiaria de la demanda de hábeas corpus interpuesta. Por consiguiente, operada la conversión del proceso en uno de amparo, debe asumirse que este ha sido interpuesto solamente en representación del ex Presidente de la República Alejandro Toledo Manrique.

13. Tal como se ha mencionado, otro de los requisitos para que opere la conversión de un proceso de hábeas corpus en uno de amparo es que ha de existir riesgo de irreparabilidad del derecho. Esta regla tiene sustento en lo previsto en el artículo 5°, inciso 2, del CPCons., en virtud del cual no procede el proceso de amparo cuando “[e]xistan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado”.

4 Cfr. Escrito de apelación, p. 12, a fojas 586.

En la STC 2383-2013-PA, FF. JJ. 12 a 15 se instituyeron como precedente constitucional vinculante unos criterios para la determinación de cuándo se está ante una vía procesal “igualmente satisfactoria” al proceso de amparo. Del análisis de tales criterios deriva que el riesgo de irreparabilidad del daño es un criterio medular, pero no el único que permite valorar la existencia o no de una vía igualmente satisfactoria.

14. Pero adicionalmente a ello, es preciso tener en cuenta de manera estricta que según lo previsto en el referido artículo 5º, inciso 2, del CPCons., antes de ingresar en un juicio comparativo entre la vía procesal ordinaria y el amparo, aquella debe ser “específica”. Como es lógico, la inexistencia de esta determina la imposibilidad de ingresar en una comparación de vías.

Que deba tratarse de una vía procesal específica significa, cuando menos, que de su sola regulación legal derive con claridad que se encuentra orientada a controlar específicamente el acto que también puede ser controlado por el amparo y alcanzar la misma finalidad de este. Así, por ejemplo, si el acto que se reputa como vulnerador del derecho es una resolución judicial firme, no resultará de aplicación el artículo 5º, inciso 2, del CPCons., pero no porque no exista una vía igualmente satisfactoria al amparo, sino porque de manera previa ni siquiera se ha podido detectar la existencia normativa de una vía específica que pueda controlar dicho acto bajo la misma concreta finalidad perseguida por el amparo.

15. Pues bien, resulta que los actos que tienen lugar en el marco de una investigación de una Comisión del Congreso de la República, no son susceptibles de ser controlados a través de ninguna específica vía procesal ordinaria. El artículo 1º de la Ley N.º 27564 –Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo–, es claro en disponer que dicho proceso –constitucionalizado por vía del artículo 148º de la Norma Fundamental– 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”.

Es decir, la posibilidad de entablar una demanda contencioso administrativa contra un acto proveniente del seno del Parlamento, está condicionada a que dicho acto se encuentre encuadrado dentro del genérico accionar de este órgano en tanto perteneciente al aparato estatal en sentido lato (*v.g.* reglas de contratación de personal, de gestión patrimonial, entre otras). No obstante, dicha vía resulta improcedente cuando los miembros del Congreso de la República actúan en el marco de las competencias y atribuciones previstas en la Constitución y su Reglamento.

Nada de lo dicho debe ser interpretado en el sentido de que este Tribunal se adhiera a la ortodoxa tesis de los *interna corporis acta*, conforme a la cual los actos del Congreso de la República que carecen de incidencia externa, es decir, que agotan su virtualidad dentro de la propia esfera del Parlamento, no son susceptibles de control jurisdiccional. Con prescindencia de si un acto parlamentario trasciende o no más allá de la esfera subjetiva de los propios miembros del Congreso de la República, dicho acto es pasible de control por parte de la jurisdicción constitucional, en la medida de que resulte violatorio de los derechos fundamentales. Así lo exige el principio de supremacía constitucional, el cual en razón de su fuerza jurídica, somete y desvirtúa el principio político de soberanía parlamentaria.

Se trata tan solo de asumir que ante la inexistencia de una vía procesal específica para el control jurisdiccional de un acto parlamentario regido por la Constitución, el Reglamento o la costumbre parlamentaria, no cabe la aplicación del artículo 5º, inciso 2, del CPCons., resultando procedente entablar contra dicho acto un proceso de amparo en tanto y en cuanto se le juzgue violatorio de algún derecho fundamental.

Por estas razones y además por el interés público que supone la impugnada investigación respecto de un expresidente de la República, existe mérito para valorar en el ámbito de un proceso de amparo la constitucionalidad de los actos derivados de la investigación parlamentaria seguida sobre el beneficiario de esta causa.

1144

16. A lo expuesto se suma que la conversión del presente proceso de hábeas corpus en uno de amparo no conllevará en ninguna medida la variación del petitorio ni de la fundamentación fáctica de la demanda, ni tampoco implicará una afectación del derecho de defensa de la parte demandada, puesto que en la contestación de la demanda, obrante a fojas 508 y siguientes, se han planteado los argumentos de forma y de fondo en virtud de los cuales se considera que la pretensión debe ser desestimada.
17. Así las cosas, cumplidos los presupuestos procesales correspondientes, entiéndase convertido el presente proceso en uno de amparo, interpuesto exclusivamente a favor del expresidente de la República Alejandro Toledo Manrique.

§4. Sobre el interés público como causa para la formación de una Comisión de Investigación en el Congreso de la República

18. La parte demandante sostiene que la Moción de Orden del Día N.º 7009 que le otorga a la Comisión de Fiscalización y Contraloría del Congreso de la República facultades para investigar presuntas irregularidades en una suma de hechos vin-

culados al expresidente de la República Alejandro Toledo no cumple con el deber de motivar las razones de interés público que justifican la investigación, y por ende, incurre en una violación del derecho fundamental a la debida motivación.

Justifica su planteamiento afirmando que “[e]l control político parlamentario instrumentalizado a través de los procedimientos de investigación se orienta, exclusivamente, a indagar el comportamiento, la conducta de los órganos de gobierno del aparato público estatal. No están en ese espacio público los particulares, los privados, salvo que estos guarden algún nivel de relación con la actuación estatal”⁵. Y a pesar de ello, a su juicio, en la Moción “[n]o se identifica ni la actuación de determinado órgano del aparato público que se pretende investigar ni algún funcionario público, en ejercicio del cargo, relacionado con el origen de los fondos para la adquisición de propiedades inmuebles por parte de la suegra del ex Presidente Alejandro Toledo Manrique”⁶.

19. El artículo 97° de la Constitución, en lo que ahora resulta pertinente, establece lo siguiente: “El Congreso puede iniciar investigaciones sobre cualquier asunto de interés público. Es obligatorio comparecer, por requerimiento, ante las comisiones encargadas de tales investigaciones, bajo los mismos apremios que se observan en el procedimiento judicial. (...)”.

1145

Por su parte, el artículo 88° del Reglamento del Congreso, *ab initio*, dispone lo siguiente: “El Congreso puede iniciar investigaciones sobre cualquier asunto de interés público, promoviendo un procedimiento de investigación que garantice el esclarecimiento de los hechos y la formulación de conclusiones y recomendaciones orientadas a corregir normas y políticas y/o sancionar la conducta de quienes resulten responsables, de acuerdo con las siguientes reglas”.

20. Como se aprecia, ninguno de los preceptos determina cuáles son las condiciones que debe ostentar el “asunto” para que pueda ser calificado de “interés público”. Empero, el aludido artículo 88° brinda elementos que permiten una primera delimitación. En efecto, si las conclusiones y recomendaciones de la Comisión de Investigación deben estar “orientadas a corregir normas y políticas y/o sancionar la conducta de quienes resulten responsables”, resulta que el asunto debe encontrarse vinculado con el resguardo de la denominada ética pública, esto es, con la eventual afectación de la ética reconocida en las normas establecidas por el ordenamiento jurídico, cuyo respeto es imprescindible para la convivencia pací-

5 Cfr. Escrito de demanda, p. 17, a fojas 18.

6 Cfr. Escrito de demanda, p. 25, a fojas 26.

fica y el respeto por los derechos fundamentales como condición necesaria para la efectiva vigencia del principio-derecho de dignidad humana.

Pero no puede tratarse de asuntos relacionados con la ética privada, es decir, con asuntos relativos a los variados modelos de virtud con los que los ciudadanos despliegan válidamente su libertad y construyen su proyecto de vida, aún cuando pueda una importante mayoría social discrepar con tales perspectivas de pensamiento y de acción.

No puede, pues, confundirse el sentido axiológico o prescriptivo del “interés público”, con el sentido sociológico o descriptivo del “interés del público”. En un Estado Constitucional, no todo asunto que *de facto* interesa a la ciudadanía, justifica jurídicamente que los poderes públicos lo aborden para desencadenar consecuencias *de iure*. Si aquel fuese el factor determinante para considerar que un asunto reviste interés público, la dignidad humana se encontraría en serio peligro.

21. A su vez, el artículo 5º del Reglamento del Congreso establece que la función de control político comprende, entre otras cuestiones, “la realización de actos e investigaciones y la aprobación de acuerdos sobre la conducta política del Gobierno, los actos de la administración y de las autoridades del Estado”. Es decir, hay una asociación entre las investigaciones congresales y el propósito de velar por el regular tratamiento de la *cosa pública*.

1146

Así, bajo una interpretación sistemática, puede agregarse que, en general, *los asuntos relacionados con el resguardo de la debida gestión estatal son de interés público, y por tanto, pueden ser objeto de investigación por el Congreso de la República*.

22. Ahora bien, ello no significa, como se afirma en la demanda, que “la responsabilidad que resulte fruto de las investigaciones tendría que recaer, siempre, en los funcionarios públicos sujetos o no al antejuicio político”⁷. Mientras el asunto revista interés público en los términos antes señalados, la investigación puede recaer sobre hechos vinculados también con particulares.

La parte demandante alega que su conclusión deriva “de la lectura de los incisos g), h), i) y j) del (...) artículo 88º del [Reglamento del Congreso]”⁸. Empero, se pierde de vista que el literal b) del mismo precepto señala que “[l]as autoridades, los funcionarios y servidores públicos **y cualquier persona**, están en la obligación

7 Cfr. Escrito de demanda, p. 15, a fojas 16.

8 Cfr. Escrito de demanda, p. 15, a fojas 16.

de comparecer ante las Comisiones de Investigación y proporcionar a estas las informaciones testimoniales y documentarias que requieran” (énfasis agregado).

De hecho el propio literal g) al que alude la demanda refiere que “[c]uando de las investigaciones que realizan las Comisiones de Investigación aparezca la presunción de la comisión de delito, el informe de la Comisión establece hechos y consideraciones de derecho, con indicación de las normas de la legislación penal que tipifiquen los delitos que se imputan **al investigado o a los investigados**, concluyendo con la formulación de denuncia contra los presuntos responsables” (énfasis agregado), sin que en modo alguno exprese que tal investigado o investigados deban ser funcionarios públicos.

Es incorrecto afirmar, por lo demás, como se hace en la demanda, que “los incisos i) y j) del artículo 88º del Reglamento del Parlamento distingan el procedimiento a seguir tratándose del hallazgo de delitos cometidos por funcionarios públicos no sujetos al beneficio de antejuicio político de aquellos que sí tienen tal beneficio”⁹, pretendiendo sostener que la investigación, en cualquier caso, debe recaer sobre funcionarios públicos.

Los referidos incisos establecen lo siguiente:

- i) Si el informe es aprobado, el Congreso lo envía al Fiscal de la Nación, acompañado de todos los actuados, a fin de que proceda a iniciar las acciones que correspondan, **tratándose de personas no pasibles de acusación constitucional**. Las conclusiones aprobadas por el Congreso no obligan al Poder Judicial, ni afectan el curso de los procesos judiciales.
- j) Si del informe se derivan denuncias **contra funcionarios sujetos a antejuicio**, deberán distinguirse las relacionadas con delitos cometidos en el ejercicio de función las que se tramitarán conforme a lo previsto en los Artículos 99 y 100 de la Constitución Política y las normas reglamentarias que regulan la materia. Las demás, seguirán el procedimiento establecido en el inciso i) de este artículo de ser el caso” (énfasis agregado).

Así, pues, los incisos no distinguen entre el procedimiento aplicable a funcionarios públicos pasibles de acusación constitucional y el aplicable a funcionarios públicos no pasibles de tal acusación, sino entre el procedimiento aplicable a personas no pasibles de acusación constitucional, sean funcionarios públicos o no, y el aplicable a las personas pasibles de tal acusación, las cuales obviamente solo

⁹ Cfr. Escrito de demanda, p. 16, a fojas 17.

pueden ser funcionarios públicos, concretamente, los enumerados en el artículo 99º de la Constitución.

Abunda en la conclusión de que un asunto puede ser de interés público aún cuando los hechos investigados no se relacionen directamente con funcionarios públicos, constatar que el artículo 102º, inciso 2, de la Constitución, establece que es atribución del Congreso, “[v]elar por el respeto de la Constitución y de las leyes, y disponer lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad de los infractores”, sin establecer que estos deban ser necesariamente funcionarios públicos.

23. En la demanda se aduce, sin embargo, que “la única excepción” que permite en el marco de una investigación parlamentaria investigar a privados, “consiste en la exposición de razones que justifiquen que las relaciones entre privados tienen, a su vez, alguna vinculación con la actuación de los órganos estatales”, las cuales además deben ser respetuosas de los principios de razonabilidad y proporcionalidad¹⁰.

Con prescindencia de si se trata de la única excepción o no, el Tribunal Constitucional coincide con el criterio de que *una comisión de investigación parlamentaria puede investigar hechos concernientes a personas que no son funcionarios públicos si ellos guardan una estrecha vinculación con la regular actuación o no de los órganos del Estado. De ser así, el asunto reviste interés público.*

1148

Por ello, corresponde valorar si dicha vinculación se encuentra suficientemente justificada en la Moción de Orden del Día, obrante a fojas 115 y siguiente de autos, que le otorga a dicha Comisión facultades para investigar presuntas irregularidades en la adquisición de determinados inmuebles por parte de la señora Eva Fernenbug, suegra del expresidente Alejandro Toledo Manrique.

24. En dicho documento se señala que la señora. Eva Fernenbug, suegra del expresidente Alejandro Toledo Manrique habría participado en la compra de una oficina, tres estacionamientos vehiculares y un depósito por un valor aproximado de 900 mil dólares. Se indica que ello sucedió poco tiempo después de haber adquirido una residencia en la urbanización Las Casuarinas del distrito de Santiago de Surco por un monto ascendente de 4 millones de dólares, lo cual, según un reporte migratorio, sucedió en una fecha coincidente con un viaje a Lima del expresidente Toledo (5 de setiembre de 2012). Se menciona también que con relación a tales hechos, originalmente, la notaría que participó en las transacciones dejó constancia de que no se había acreditado medio de pago, es decir, que

10 Cfr. Escrito de demanda, p. 21, a fojas 22.

no se conocía la procedencia del dinero, para luego emitir una escritura en la que aclaraba la original. Que los hechos descritos ya habían dado lugar al inicio de una investigación por parte del Ministerio Público en coordinación con la Procuraduría Pública de Lavado de Activos, para determinar la legalidad o no de las operaciones inmobiliarias. Que en virtud de todo ello resulta imprescindible investigar el origen de los fondos para las adquisiciones descritas y analizar presuntas irregularidades que podrían comprometer la participación del expresidente Alejandro Toledo Manrique.

25. Sobre el particular, la parte demandante aduce que “[n]o se especifican cuáles son las razones de hecho y de derecho que en conjunto justifiquen que la indagación sobre el origen de los fondos para la adquisición de propiedades inmuebles por parte de la suegra del expresidente Alejandro Toledo Manrique –que a todas luces son operaciones comerciales de orden privado y no público– tienen alguna vinculación con el funcionamiento del aparato público en la actualidad, de tal forma que permita ser catalogada dicha investigación como un ‘asunto de interés público’”¹¹.
26. El Tribunal Constitucional discrepa de este criterio. A menos que la muy alta capacidad adquisitiva de un ciudadano sea de sencilla verificación, el desembolso de casi 5 millones de dólares en un lapso corto de tiempo justifica en primer lugar un estudio más profundo sobre dicha capacidad, lo que supone una investigación sobre si tales fondos legítimamente pueden ser atribuidos a la titularidad del adquirente. En la eventualidad de que esta hipótesis resulte descartada, y dicho ciudadano sea pariente de quien es o fue funcionario público, puede fundadamente dirigirse la investigación también hacia este.

1149

Este razonamiento, bastante elemental por cierto, desencadena claramente el vínculo del asunto con la cosa pública, haciéndolo de interés público. De hecho, ha sido esta simple correlación de premisas la que ha llevado al Ministerio Público a ocuparse también del asunto.

Y nada de lo dicho puede ser interpretado como la asignación anticipada de algún grado de responsabilidad en la violación del orden jurídico. Se trata tan solo del diagnóstico de una suma de hechos que claramente justifican una formal investigación.

27. Pues bien, el ciudadano Alejandro Toledo Manrique no es, pero ha sido funcionario público, por lo demás, el de “la más alta jerarquía al servicio de la Nación”

11 Cfr. Escrito de demanda, p. 25, a fojas 26.

(artículo 39° de la Constitución). Por consiguiente, de las razones fácticas consignadas en la Moción de Orden del Día deriva la justificación para la intervención de una Comisión de Investigación del Congreso. Y con relación a la supuesta ausencia de las razones de Derecho que autorizan tal intervención, pues evidentemente ellas derivan del artículo 97° de la Constitución y del artículo 88° del Reglamento del Congreso, los cuales están plasmados en la referida Moción.

28. Como se mencionó, refiere la demanda también que las razones esbozadas para sustentar el interés público de una investigación parlamentaria, deben ser respetuosas de los principios de razonabilidad y proporcionalidad.
29. Tal como ha sostenido este Tribunal Constitucional “[e]l principio de razonabilidad implica encontrar justificación lógica en los hechos, conductas y circunstancias que motivan todo acto discrecional de los poderes públicos”. Se trata, pues, de analizar si la medida adoptada guarda adecuación con una finalidad constitucionalmente válida y ha sido adoptada por el órgano competente.
30. Como ha quedado establecido, el objetivo esencial de la investigación es explorar el origen eventualmente ilegal de los fondos para la adquisición de una serie de inmuebles, hechos en los que podría encontrarse comprometido un expresidente de la República. La finalidad no solo es constitucionalmente válida, sino que la decisión formal de investigar es *prima facie* una medida adecuada para alcanzarla, habiendo sido adoptada además por el órgano competente. No se advierte, pues, en la Moción violación alguna al principio de razonabilidad.
31. Ahora bien, en la demanda se solicita además analizar el asunto a la luz del principio de proporcionalidad. El esencial argumento para solicitarlo es la siguiente afirmación del Tribunal Constitucional:

“... 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” (STC 0090-2004-PA, F. J. 36).

32. Olvida la parte demandante, sin embargo, que tal criterio fue planteado en una causa en la que se evaluaba la constitucionalidad de la medida de pase a retiro de oficiales de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional. Es decir, se trataba de

una medida que incidía de modo definitivo sobre la esfera subjetiva de la persona humana. En tales circunstancias, existe eventual mérito para analizar si resulta respetuosa del principio de proporcionalidad, puesto que existe *prima facie* un conflicto entre bienes protegidos por el derecho, a saber, aquel que se busca optimizar o proteger con la medida, y aquel que se restringe a través de ella.

33. *La decisión del Pleno del Congreso de instituir una Comisión de Investigación para el análisis de un asunto de interés público no es per se restrictiva de ningún bien constitucional. Ergo, no existe una estructura que permita analizar dicha medida a la luz del principio de proporcionalidad.*
34. En definitiva, la Moción de Orden del Día N.º 7009 resulta conforme con la Constitución.

§5. Sobre la supuesta violación del derecho fundamental a la defensa técnica y a la asistencia letrada

35. De otro lado, en la demanda se alega que en el marco de la investigación parlamentaria seguida contra el expresidente Alejandro Toledo se ha violado el derecho fundamental a la defensa técnica y a la asistencia letrada. Sustenta el planteamiento, en primer término, en el hecho de que con fecha 24 de septiembre de 2013 se presentó un escrito a la Comisión de Fiscalización y Contraloría del Congreso de la República (obrante a fojas 121 de autos) en el que Alejandro Toledo nombraba como su abogado defensor en la investigación al abogado Luis Lamas Puccio.

No obstante, mediante Oficio N.º 235/2/2013-2014/CFC-CR, de fecha 2 de octubre de 2013, obrante a fojas 160 de autos, se decidió rechazar por insuficiente dicho apersonamiento procesal, por considerar que la firma de don Alejandro Toledo, que figuraba en el escrito “scaneada o fotocopiada” y no se correspondía con la firma que el mismo ciudadano había consignado en previos escritos ni tampoco con la que consta en la base del Registro Nacional Identificación y Estado Civil, motivos por los cuales se abrió “la posibilidad de una manipulación irregular de los documentos presentados a [la] Comisión”¹².

A juicio de la parte demandante este rechazo tuvo como objetivo “poner trabas a la designación de dicho letrado y no dar trámite a los actos de legítimo ejercicio de la defensa técnica”¹³, en particular, si se toma en cuenta que a la luz de lo que ya se ventilaba para entonces en los medios de comunicación era público y

12 Cfr. Oficio N.º 235/2/2013-2014/CFC-CR, de fecha 2 de octubre de 2013, a fojas 161.

13 Cfr. Escrito de demanda, p. 35, a fojas 36.

notorio que Alejandro Toledo había adoptado la decisión de nombrar como su abogado defensor a Lamas Puccio.

36. El Tribunal Constitucional, tempranamente, en criterio que se ha consolidado en el tiempo, ha destacado dos dimensiones del derecho de defensa, reconocido en el artículo 139º, inciso 14, de la Constitución, “una material, referida al derecho del imputado o demandado de ejercer su propia defensa desde el mismo instante en que toma conocimiento de que se le atribuye la comisión de determinado hecho delictivo, y otra formal, que supone el derecho a una defensa técnica, esto es, al asesoramiento y patrocinio de un abogado defensor durante todo el tiempo que dure el proceso” (STC 2028-2004-PHC, F. J. 3; RTC 4558-2013-PHC, F. J. 3; 7536-2013-PH, F. J. 5, entre otras).
37. Ahora bien, desde una perspectiva alterna, este Tribunal ha destacado también otra manera de abordar la formalidad o materialidad de la indefensión. Desde este otro enfoque, se entiende por indefensión formal a aquella irregularidad que queda en el llano incumplimiento, constitucionalmente intrascendente, de una regla formalmente vinculada con el derecho de defensa. Se entiende, en cambio, por indefensión material, aquella situación en la que de modo real, efectivo y concreto la persona ha quedado privada de las garantías necesarias que permiten afirmar que el derecho de defensa ha sido constitucionalmente respetado (STC 6712-2005-PHC, F. J. 32).

1152

Esta línea argumentativa la ha planteado este Colegiado por compartir el criterio de su homólogo español que de modo reiterado ha considerado que para que las irregularidades relacionadas con el derecho de defensa resulten constitucionalmente relevantes “la indefensión (...) ha de ser algo real, efectivo y actual, nunca potencial o abstracto, por colocar a su víctima en una situación concreta que le produzca un perjuicio, sin que le sea equiparable cualquier expectativa de un peligro o riesgo. Por ello hemos hablado siempre de una indefensión ‘material’ y no formal para la cual resulta necesaria pero no suficiente la mera transgresión de los requisitos configurados como garantía, siendo inexcusable la falta de esta, cuando se produce de hecho y como consecuencia de aquella. No basta, pues, la existencia de un defecto procesal si no conlleva la privación o limitación, menoscabo o negación, del derecho a la defensa” (STC español 181/1991, de 20 de junio; criterio reiterado en muy diversas oportunidades).

38. Aplicado este criterio a la presente causa y de la revisión de autos, no se evidencia en modo alguno cómo el impasse vinculado a la firma del expresidente Alejandro Toledo pueda haberle *de modo efectivo* vulnerado su derecho a la defensa técnica, puesto que, por el contrario, según deriva de lo narrado en la demanda, al abo-

gado se le ha permitido materialmente asistir a su defendido en todo momento, acompañándolo y asesorándolo en las ocasiones en que tuvo que comparecer ante la Comisión de Investigación. Siendo así, al no haberse acreditado la vulneración, debe declararse infundada la demanda en este extremo.

39. Por lo demás, una cuestión que llama la atención de este Tribunal, es que a la demanda acompaña un escrito fechado el 2 de octubre de 2013 (obrante a fojas 158 de autos), es decir, el mismo día en que se evacuó el Oficio N.º 235/2/2013-2014/CFC-CR, en el que se supera la supuesta irregularidad de la firma en la que se había incurrido en el escrito presentado con fecha 24 de septiembre. No obstante, con relación al escrito del 2 de octubre la demanda se limita a señalar que “próximamente será puesto en conocimiento de la [comisión de investigación]”¹⁴. Evidentemente, la interrogante es la siguiente: si desde el 2 de octubre se contaba con un escrito que superaba toda supuesta irregularidad formal vinculada a la defensa, ¿por qué hasta la fecha de interposición de la demanda (13 de noviembre de 2013) no se presentó ante la Comisión de Investigación? Desde luego, tal omisión es solo atribuible a la responsabilidad del propio beneficiario de esta demanda, con lo que termina de quedar desvirtuada toda supuesta afectación del derecho de defensa en la que pudiera haber incurrido el Oficio N.º 235/2/2013-2014/CFC-CR.
40. Por otra parte, en la demanda se aduce una violación al derecho de defensa del beneficiario de la acción durante la sesión de fecha 25 de octubre de 2013, en la que compareció ante la Comisión para rendir su declaración indagatoria. En ella, se afirma, se incurrió en “la limitación, el entorpecimiento y desconocimiento de la defensa técnica letrada”¹⁵. Para sustentar la afirmación, en la demanda se hace una extensa transcripción de diversas intervenciones que tuvieron lugar durante dicha sesión.
41. No obstante, del análisis de dichas intervenciones no deriva en modo alguno que se haya limitado o entorpecido la labor del abogado defensor. Se advierte tan solo que sus objeciones relacionadas a la metodología, forma y contenido de las intervenciones y preguntas de determinados miembros de la Comisión no fueron acogidas.
42. Al respecto, es cierto que forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la asistencia letrada que el abogado defensor pueda plantear, dentro de los cauces legales, todas las objeciones materiales y

14 Cfr. Escrito de demanda, p. 41, a fojas 43.

15 Cfr. Escrito de demanda, p. 58, a fojas 60.

formales que juzgue necesarias durante todas las etapas de investigación y juzgamiento, para que sean debidamente valoradas. Ahora bien, este contenido no puede considerarse transgredido si, pese a poder plantearlas, tales objeciones no son finalmente acogidas.

Ciertamente, el contenido de una pregunta, su manera de formulación o su contexto puede denotar, eventualmente, la afectación de otros derechos fundamentales, tales como el derecho a no ser obligado a declarar contra uno mismo o el derecho a ser juzgado por un juez independiente e imparcial, pero no per se el derecho de defensa. De hecho, antes bien, que se haya permitido plantear las objeciones evidencia que el derecho a la asistencia técnica ha sido efectivamente ejercido.

43. Por consiguiente, corresponde desestimar este extremo de la pretensión

§6. Sobre la supuesta violación del derecho fundamental a no ser compelido a declarar o reconocer culpabilidad contra sí mismo

44. Por otro lado, en la demanda se alega que en la misma sesión del 25 de octubre se violó el derecho del expresidente Alejandro Toledo a no ser compelido a declarar o reconocer culpabilidad contra sí mismo. Así, se plantea lo siguiente: “que un funcionario de la alta jerarquía estatal formule preguntas sobre si el favorecido ‘mintió’ o ‘si es cierto’ o ‘no cierto’, constituye una clara muestra (...) de compeler a que reconozca culpabilidad sobre los hechos investigados”¹⁶. También se juzga como violatoria de este derecho, la intervención de uno de los miembros de la comisión en la que se solicita al beneficiario que se acoja a la confesión sincera. Y, finalmente, se considera vulnerado el derecho al constatarse “la inducción a que los favorecidos respondan, permanentemente, las mismas preguntas que ya fueron contestadas”¹⁷.

45. El Tribunal Constitucional no comparte el criterio de la parte demandante. En efecto, el no ser compelido a declarar o reconocer culpabilidad contra sí mismo, es un derecho fundamental implícito en la Norma Fundamental, y expresamente reconocido como tal en el artículo 25º, inciso 2, del CPCons. Su contenido constitucionalmente protegido resulta resguardado, en primer lugar, garantizando a la persona el conocimiento cierto de que le asiste el derecho a guardar silencio “en el correcto supuesto de que debe ser la parte acusatoria la encargada de desvanecer la inocencia presunta” (STC 0376-2003-PHC, F. J. 9), aspecto que

16 Cfr. Escrito de demanda, p. 62, a fojas 64.

17 Cfr. Escrito de demanda, p. 66, a fojas 68.

resulta tutelado cuando se le permite a la persona de modo efectivo ser asistida técnicamente por un abogado defensor, cuestión que, como quedó dicho, ha sido respetada en el caso de autos.

En segundo término, se protege el derecho asegurando la inexistencia de todo elemento que razonable y objetivamente lleve a sostener que la persona está siendo forzada, amenazada o condicionada para que reconozca una culpabilidad que, de no haber mediado tal elemento, no habría reconocido.

Así, pues, ni la formulación de preguntas utilizando palabras como ‘mintió’ o ‘si es cierto’ o ‘no cierto’, ni una solicitud de confesión sincera, ni la reiteración de interrogantes, pueden ser razonable y objetivamente entendidos como factores que en sí mismos obliguen a nadie a confesarse culpable. Esta conclusión no varía por el hecho de que la pregunta sea formulada por una autoridad, menos aún si la persona se encuentra en dicho momento efectivamente asistida por un abogado defensor de su libre elección.

Siendo así, no se verifica la lesión iusfundamental alegada y debe desestimarse también este extremo de la pretensión.

§7. Sobre la supuesta violación del derecho fundamental a no ser sometido a procedimiento distinto a los previamente establecidos.

1155

46. Se alega, a su vez, violación del derecho fundamental a no ser sometido a procedimiento distinto a los previamente establecidos. Para sustentar esta supuesta afectación, la parte demandante recuerda lo estipulado por este Tribunal en el F. J. 25 de la STC 00156-2012-PHC. En dicho fundamento se señala lo siguiente:

El Tribunal Constitucional reitera su exhortación al Congreso de la República (STC N° 006-2003-AI/TC), para que éste cumpla con establecer en su Reglamento ‘un procedimiento de acusación constitucional para los casos de juicio político’ y para los que tienen lugar en las comisiones investigadoras, ya que resulta necesario fijar plazos de actuación, principios procesales, criterios para la ponderación de pruebas, requisitos para el levantamiento del secreto bancario, de las comunicaciones y de los documentos privados, medios de impugnación, tachas, recusaciones, impedimentos, etc.

Dado que la Comisión que investigó hechos vinculados al beneficiario no ha contado con un Reglamento que fije anticipadamente un procedimiento con las características descritas, en la demanda se concluye lo siguiente: “... la ausencia de esta Reglamentación determina, *per se*, que en el caso concreto de nuestro pa-

trocinado, éste se encuentre sometido a un procedimiento de investigación que no cuenta con reglas preestablecidas ajustadas al debido proceso legal”¹⁸.

47. El Tribunal Constitucional ha sostenido que el derecho fundamental a no ser sometido a procedimiento distinto a los previamente establecidos, reconocido en el artículo 139º, inciso 3, de la Constitución “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” (STC 1593-2003-PHC, F. J. 12).
48. El procedimiento de las comisiones de investigación se encuentra regulado en el artículo 88º del Reglamento del Congreso. La parte demandante no acusa la modificación del procedimiento previamente establecido; tampoco la inexistencia previa de dicho procedimiento. Acusa, como quedó dicho, que el “procedimiento de investigación (...) no cuenta con reglas preestablecidas ajustadas al debido proceso legal”. No existe, pues, violación al derecho fundamental a no ser sometido a procedimiento distinto al previamente establecido.
49. Ahora bien, la exhortación realizada por este Tribunal en el F. J. 25 de la STC 00156-2012-PHC tampoco puede ser interpretada en el sentido de que mientras el Parlamento no la acoja todo acto que realice una Comisión de Investigación del Congreso resulta contrario al derecho fundamental al debido proceso.

1156

La exhortación del Tribunal Constitucional tiene, entre otros objetivos, optimizar el contenido protegido de los derechos fundamentales que conforman el debido proceso, aminorando los riesgos de su violación. Pero no siempre puede ser interpretada en el sentido de que haya venido justificada por la detección de una omisión per se inconstitucional. Si así fuera, los principios de supremacía y de fuerza normativa de la Constitución hubiesen exigido que el camino a adoptarse sea en el de la cobertura de la laguna inconstitucional vía integración del Derecho o, cuando ello no resulte posible, la inclusión en el fallo de la orden dirigida al órgano competente para su respectiva superación, entre otros.

Si ninguna de ellas fue la vía utilizada *prima facie*, no puede interpretarse que este Colegiado haya constatado la existencia de un vicio de inconstitucionalidad, sino, antes bien, la oportunidad para que el Congreso de la República, en el marco de sus competencias y atribuciones, aminore los riesgos de su eventual surgimiento.

18 Cfr. Escrito de demanda, p. 71, a fojas 73.

§8. Sobre la supuesta violación del derecho fundamental a la comunicación previa y detallada de los cargos a cualquier persona investigada.

50. En la demanda se aduce la afectación del derecho fundamental a la comunicación previa y detallada de los cargos a cualquier persona investigada como manifestación del derecho de defensa. La razón esencial de tal vulneración, se afirma, reside en que no se cumplen los requisitos previstos en el F. J. 17 de la STC 00156-2012-PHC.

51. En dicho fundamento se señala lo siguiente:

De conformidad con el artículo 8.2.b) de la Convención Americana, una vez que se formula una acusación, ésta debe ser comunicada de manera ‘previa y detallada’ al inculpado. En sentido similar, el Título Preliminar del Código Procesal Penal en su artículo IX reconoce que toda persona tiene derecho ‘a que se le comunique de inmediato y detalladamente la imputación formulada en su contra’.

Al respecto, conviene precisar que en la sentencia del Caso *Barreto Leiva vs. Venezuela*, de fecha 17 de noviembre de 2009, la Corte Interamericana ha precisado que el ejercicio de este derecho se satisface cuando:

- a. Se le informa al interesado no solamente de la causa de la acusación, esto es, las acciones u omisiones que se le imputan (tiempo, lugar y circunstancias), sino también las razones que llevan al Estado a formular la imputación, los fundamentos probatorios de ésta y la caracterización legal que se da a esos hechos.
- b. La información es expresa, clara, integral y suficientemente detallada para permitir que el acusado ejerza plenamente su derecho a la defensa y muestre al juez su versión de los hechos. Esto quiere decir que la acusación no puede ser ambigua o genérica.

52. No obstante, la parte demandante incurre en un error al sostener que el contenido de este fundamento, en toda su dimensión, constituye parámetro de constitucionalidad para determinar la validez de una comunicación dirigida a una persona investigada en el marco de una comisión de investigación del Parlamento.

Tal como se desprende de la STC 00156-2012-PHC, lo expuesto en su F. J. 17 se sostiene cabalmente en lo estipulado, a su vez, en el párrafo 28 de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) recaída en el Caso *Barreto Leiva vs. Venezuela*, de fecha 17 de noviembre de 2009. Siendo ello así, resulta medular tener en cuenta que en esta misma sentencia la Corte IDH se encarga de precisar expresamente lo siguiente:

Evidentemente, el contenido de la notificación variará de acuerdo al avance de las investigaciones, llegando a su punto máximo, expuesto en el párrafo 28 *supra*, cuando se produce la presentación formal y definitiva de cargos. Antes de ello y como mínimo el investigado deberá conocer con el mayor detalle posible los hechos que se le atribuyen (párrafo 31).

53. Así las cosas, encontrándose una investigación por parte de una comisión del Congreso en su etapa más embrionaria y recordando, además, que no es en modo alguno condición *sine qua non* para ninguna futura imputación y que, de conformidad con el artículo 97º de la Constitución, sus conclusiones no obligan a los órganos jurisdiccionales, ni en estricto –agrega este Tribunal– a ningún órgano del Estado, el parámetro de constitucionalidad para determinar la validez de la comunicación dirigida a una persona vinculada con los hechos investigados no es ni lo sostenido en el F. J. 17 de la STC 00156-2012-PHC ni lo sostenido en el párrafo 28 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) recaída en el Caso Barreto Leiva *vs.* Venezuela, sino el que permita al notificado “conocer con el mayor detalle posible los hechos que se le atribuyen”, tal como se señala en el párrafo 31 de la referida sentencia internacional.

1158 54. Por lo demás, es exactamente eso lo sostenido en el F. J. 18 de la STC 00156-2012-PHC:

A decir de la Corte Interamericana, este derecho ‘rige incluso antes de que se formule una acusación en sentido estricto’. Para que se satisfaga los fines que le son inherentes, es ‘necesario que la notificación ocurra previamente a que el inculpado rinda su primera declaración ante cualquier autoridad pública’. Evidentemente, el ‘contenido de la notificación variará de acuerdo al avance de las investigaciones, llegando a su punto máximo (...) cuando se produce la presentación formal y definitiva de cargos. Antes de ello y como mínimo el investigado deberá conocer con el mayor detalle posible los hechos que se le atribuyen’.

55. Corresponde precisar que lo expuesto no resulta matizado o enervado por lo afirmado en el F. J. 23 de la misma sentencia constitucional. En él se señala lo siguiente:

El derecho a la comunicación previa y detallada de la acusación, supone en primer lugar que las comisiones investigadoras deben dar a conocer con claridad bajo qué cargos y por qué circunstancias se cita a una persona a declarar. Impone asimismo al Congreso la obligación de legislar con claridad los distintos procedimientos sancionatorios, especialmente para garantizar los derechos que le asisten a quienes son investigados y citados.

Sobre el particular, es bastante obvio, en primer lugar, que cuando este Colegiado refiere que el Congreso tiene “la obligación de legislar con claridad los distintos procedimientos sancionatorios, especialmente para garantizar los derechos que les asisten a quienes son investigados y citados”, no se refiere a los procedimientos de las comisiones de investigación del Parlamento, por el sencillo motivo de que estos no son “procedimientos sancionatorios”.

En segundo término, cuando en el fundamento se alude a la “acusación”, se hace en sentido lato, y no a la “acusación” en sentido estricto, puesto que los procedimientos de las comisiones de investigación del Congreso no son procedimientos acusatorios.

Y, en tercer lugar, cuando se alude al deber de “dar a conocer con claridad bajo qué cargos y por qué circunstancias se cita a una persona a declarar”, ello se hace bajo el umbral del parámetro constitucional *sine qua non* para una comisión de investigación que, como ya se dijo, cual es permitir al notificado “conocer con el mayor detalle posible los hechos que se le atribuyen”, tal como se señala en el párrafo 31 de la sentencia de la Corte IDH recaída en el Caso Barreto Leiva vs. Venezuela y en el F. J. 18 de la STC 00156-2012-PHC. De ahí que *el deber de dar a conocer los “cargos” respectivos dependerá del ámbito y del estado en el que se encuentre la respectiva investigación, no siendo una obligación que pueda imponerse con prescindencia del análisis de cada caso en particular.*

1159

56. Es bajo esta premisa que corresponde analizar la comunicación del 30 de septiembre de 2013 (obrante a fojas 339 de autos) cursada por la comisión de investigación al expresidente Alejandro Toledo Manrique, mediante Oficio N.º 203/062013-2014/CFC-CR.

En ella el Presidente de la Comisión de Fiscalización y Contraloría le comunica al beneficiario de esta causa que “en su condición de investigado” es citado para que preste declaración sobre los siguientes asuntos:

- a) Su participación en la conformación de la Empresa Ecoteva Consulting Group S.A.
- b) Su participación en la adquisición del Inmueble ubicado en la Av. Cascajal N° 709, Urbanización Panedia, Casuarinas de Santiago de Surco y la adquisición de una oficina, tres estacionamientos y un depósito ubicados en el edificio de Oficinas “Omega” ubicado en la Ave. Manuel Olguín N° 215-217, esquina con Jr. Cruz del Sur, en el distrito de Surco.
- c) El Financiamiento y pago de las hipotecas de los inmuebles ubicados en el Lote 2, Mz. F, Km. 1190 de la Carretera Panamericana Norte, en el Condo-

minio Punta Sal – Tumbes; y el localizado en la calle Los Olivos N° 185-183 de la Urbanización Camacho Distrito de La Molina.

d) El origen de los fondos con los actuales se hizo las adquisiciones mencionadas, el saneamiento de bienes inmuebles de propiedad del Sr. Toledo y otras inversiones financiadas por parte de Ecoteva Consulting Group S.A.

57. Así, a juicio del Tribunal Constitucional, la comunicación no solo ha sido previa al comparecimiento ante la comisión, sino que, considerando la etapa embrionaria en la que se encontraba la investigación en la fecha en que fue formulada, cumple, a todas luces, con el deber de haber dado a conocer al investigado, con el mayor detalle posible, los hechos materia de investigación que justifican su citación. Por tal motivo, este extremo de la pretensión debe desestimarse.

§9. Sobre la supuesta violación del derecho fundamental a ser oído

58. Por otro lado, se alega la violación del derecho fundamental a ser oído por parte de los miembros de la comisión investigadora parlamentaria. Se afirma que mediante comunicación de fecha 16 de septiembre de 2013, don Alejandro Toledo se dirigió al Presidente de la Comisión para solicitarle que se le permita acudir el 17 de septiembre de 2013 para que, por un espacio de 20 minutos, compartiera sus reflexiones y datos sobre los hechos materia de investigación. Se indica que, sin embargo, se desnaturalizó su pedido al pretender compelerlo a declarar, motivo por el cual la congresista Carmen Omonte solicitó la reprogramación de la cita, puesto que el expresidente Toledo no había preparado su defensa.

59. El Tribunal Constitucional considera que de la revisión de autos no se evidencia la vulneración del derecho fundamental a ser oído, esto es, como el derecho a ejercer la propia defensa (dimensión material), sin perjuicio de la defensa técnica (dimensión formal).

60. Tal como se reconoce en la propia demanda, dicha sesión, en efecto, fue reprogramada, y, finalmente, el expresidente Toledo asistió el 25 de octubre de 2013 a la Comisión. En dicha sesión, si bien fue interrogado en compañía de su abogado defensor, también ejerció plenamente su derecho a ser oído, motivo por el cual no se aprecia vulneración alguna de este derecho fundamental.

§10. Sobre la supuesta violación del derecho fundamental a la concesión del tiempo y de los medios adecuados para preparar la defensa

61. En la demanda se sostiene que la Comisión de Investigación ha violado el derecho fundamental a la concesión del tiempo y de los medios adecuados para preparar la defensa.

62. Son dos los motivos alegados para concluir tal inconstitucionalidad, uno atinente al tiempo y el segundo atinente a la falta de medios. El primero consiste en afirmar que en ningún Reglamento se ha previsto el plazo razonable para formular los descargos. Ello a pesar de lo señalado en el F. J. 28 de la STC 00156-2012-PHC, el cual señala lo siguiente:

El Tribunal Constitucional advierte que en el Reglamento del Congreso de la República no se ha establecido un plazo para ofrecer descargos frente a las acusaciones formales que pueden entablar las comisiones investigadoras y de fiscalización, lo que pone en riesgo el derecho de defensa. (...) Sería recomendable, por consiguiente, que el Congreso adecue sus procedimientos (...) a fin de establecer un plazo razonable que tenga en cuenta la complejidad de los casos a investigar.

Se trata nuevamente de recomendación o exhortación de este Tribunal en aras de reducir el riesgo de afectación al debido proceso. No puede ser entendida como la verificación de una inconstitucionalidad por omisión cuya no cobertura desencadena por sí misma el actuar inconstitucional de las comisiones de investigación del Congreso.

63. *Así, más allá de que aún no se proceda a la previsión de dicho plazo, la violación del derecho fundamental a la concesión del tiempo para preparar la defensa resultará efectivamente constatado si, a la luz de las circunstancias del caso concreto, se aprecia que no se brindó al investigado un plazo razonable para articular su defensa.*

1161

Sin embargo, en este caso concreto, entre la fecha en que se le notifica al expresidente Alejandro Toledo su condición de investigado y se le cita a rendir su manifestación (30 de septiembre de 2013) y la fecha de la sesión en que se efectiviza su derecho a ser oído y rinde su declaración indagatoria (25 de octubre de 2013), transcurrieron 25 días naturales, tiempo suficiente para preparar debidamente su defensa.

64. La segunda razón por la que se considera vulnerado el derecho a la concesión del tiempo y de los medios adecuados para preparar la defensa consiste en alegar que el pedido del abogado Lamas Puccio de acceder al expediente y a determinada y concreta información de diversas actuaciones de la investigación ha sido denegado. Se indica que, mediante carta de fecha 26 de septiembre de 2013 (obrante a fojas 356 de autos) el abogado Lamas Puccio solicitó al Presidente de la Comisión diversa información vinculada con la investigación y acceso al expediente.
65. Sin embargo, la parte demandante no acredita en modo alguno que dicha solicitud haya sido denegada. Ocurre que para entonces el expresidente Toledo aún no

había acreditado formalmente a Luis Lamas como su abogado ante la Comisión. Tal como se analizó *supra*, el Oficio N.º 235/2/2013-2014/CFC-CR, de fecha 2 de octubre de 2013, obrante a fojas 160 de autos, no deniega ninguna solicitud, se limita a rechazar por insuficiente el personamiento procesal del abogado por una aparente irregularidad en la firma del expresidente. Irregularidad que pudo subsanarse en cualquier momento.

De hecho, tal como se ha mencionado, también en el expediente obra un escrito fechado el 2 de octubre de 2013 (obrando a fojas 158 de autos), en el que se supera la supuesta irregularidad de la firma. Empero, con relación a este escrito, la demanda se limita a señalar que “próximamente será puesto en conocimiento de la [comisión de investigación]”¹⁹. Este Tribunal no encuentra motivo valedero aparente para que no haya sido presentado de inmediato a la Comisión, siendo dicha omisión solo atribuible a la responsabilidad del propio beneficiario de esta demanda.

En todo caso, lo cierto es que, con posterioridad a dicho evento, ha quedado acreditado que el abogado Lamas Puccio de modo efectivo ejerció la defensa de don Alejandro Toledo, sin que se haya probado que se le haya impedido el acceso a la documentación relacionada con la investigación.

1162

§11. Sobre la supuesta violación del derecho de intervenir, en igualdad de condiciones, en la actividad probatoria

66. Se considera, de otra parte, que se ha vulnerado el derecho de intervenir, en igualdad de condiciones, en la actividad probatoria. Concretamente, afirma que esta violación es resultado de que no se permita la intervención de los abogados de los investigados en las sesiones en que los testigos rinden declaraciones ante la Comisión.
67. Sobre el particular, *corresponde recordar que, a diferencia de otros procedimientos que pueden activarse en sede parlamentaria, el de las comisiones de investigación no es un procedimiento acusatorio, ni tampoco sancionatorio; sus conclusiones no siempre culminan en una recomendación de acusación; y, aunque así fuere, ellas no vinculan a ningún poder público. No es, pues, un ámbito en el que, a criterio de este Tribunal, opere el derecho fundamental a interrogar testigos como parte del derecho fundamental a la defensa.*

19 Cfr. Escrito de demanda, p. 41, a fojas 43.

§12. Sobre la supuesta violación del derecho fundamental a una investigación parlamentaria independiente e imparcial

68. Se alega la violación del derecho fundamental a una investigación parlamentaria independiente e imparcial, puesto que distintos miembros del Congreso de la República han adelantado opinión y han prejuzgado la supuesta responsabilidad del beneficiario de la acción.
69. El derecho a ser juzgado por un juez o tribunal independiente e imparcial es una garantía fundamental del debido proceso. El derecho a la independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional se encuentra reconocido en el artículo 139º, inciso 2, de la Constitución. Ambos derechos, no obstante, se encuentran reconocidos en el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
70. Si bien la independencia y la imparcialidad están relacionadas, ambas tienen un contenido jurídico propio. La independencia tiene una íntima relación con el principio de separación de poderes, previsto en el artículo 43º de la Norma Fundamental, y tiene una manifestación en esencia estructural e institucional. Su contenido protegido apunta a que la configuración del sistema jurídico e institucional garantice que el órgano que ejerce jurisdicción solo se encuentre vinculado por el ordenamiento jurídico, mas no por las decisión de otro poder público. Y, desde luego, esto que se predica del órgano jurisdiccional en términos más generales debe poder también predicarse del juez en términos más específicos.
71. La imparcialidad, en cambio, no apunta a la relación del órgano con el sistema, sino a la relación del órgano con la cuestión litigiosa. Existe imparcialidad cuando no hay razones suficientes para sostener que el órgano decisor tiene un interés subjetivo con el asunto que está llamado a heterocomponer o resolver, o que no guarda equidistancia respecto de las partes en oposición.
72. Tal como se ha sostenido en la STC 00156-2012-PHC, F. J. 52, los derechos a la independencia e imparcialidad también son extensibles a las etapas de investigación y de acusación. Así, por ejemplo, de acuerdo con el artículo 158º de la Constitución el Ministerio Público es autónomo, y el artículo 61º, inciso 1, del Nuevo Código Procesal Penal señala que el Fiscal actúa en el proceso penal con independencia de criterio; adecua sus actos a un criterio objetivo, rigiéndose únicamente por la Constitución y la Ley, sin perjuicio de las directivas o instrucciones de carácter general que emita la Fiscalía de la Nación.
73. No es esa, pues, una cuestión a poner en duda. Sí lo es en cambio la intensidad y el sentido concreto con los que estos derechos operan en el ámbito de la investigación. A juicio del Tribunal Constitucional, en la medida en que el Ministerio

Público no juzga, sino que es el titular de la acción penal (artículo 159º, inciso 5, de la Constitución), sin perjuicio de que también deba actuar con imparcialidad, el alcance de ella no es exigible en el mismo nivel ni con el mismo sentido con que actúa en el espacio de la jurisdicción, la cual, merced a su rol de heterocomposición, debe guardar equidistancia entre las partes y no pre-juzgar la cuestión litigiosa.

74. En la medida en que el Fiscal cumple una función de investigación y de acusación, es inevitable que articule un pre-juicio sobre el asunto investigado, cuando menos si por ello entendemos la propuesta de una hipótesis incriminatoria previa al acto de juzgar formalmente. Bien entendidas las cosas, la construcción de dicho juicio previo no solo no es ajena al rol del Ministerio Público, sino que, en importante medida, le es consubstancial.
75. Es por ello que bajo esta premisa la imparcialidad en el ámbito del Ministerio Público es entendida como deber de objetividad, es decir, el deber de hacer del asunto investigado un objeto de conocimiento en el que no pueden ser determinantes intuiciones subjetivas, sino elementos de valoración lo más objetivos posible sobre si existe mérito o no para atribuir a una persona responsabilidad sobre determinado hecho. Es así que el artículo IV, inciso 2, del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Penal establece lo siguiente: “El Ministerio Público está obligado a actuar con objetividad, indagando los hechos constitutivos de delito, los que determinen y acrediten la responsabilidad o inocencia del imputado (...)”.
76. Ahora, si bien la imparcialidad así entendida no es incompatible con la progresiva formación de convicción institucional respecto de la responsabilidad individual en la comisión de un delito, es medular asociar el cierre de esta convicción institucional con el mérito suficiente para *imputar*, pero no para *sentenciar*, pues, siendo este un acto exclusivamente jurisdiccional, la confusión de los planos puede representar un serio peligro para la efectiva vigencia del derecho fundamental a la presunción de inocencia, reconocido en el artículo 2º, inciso 24, literal e), de la Constitución. Por consiguiente, en la etapa de investigación, la imparcialidad en su dimensión objetiva debe ser interpretada bajo estos alcances.
77. Sin embargo, la imparcialidad tiene también una dimensión subjetiva que exige no tener interés personal, directo o indirecto, en el resultado del asunto que se encuentra bajo conocimiento. Esta es exigible con el mismo contenido tanto a quien juzga, como a quien investiga o acusa. Por ello, el Nuevo Código Procesal Penal ha hecho bien al estipular en su artículo 61º, inciso 4, que las causales de inhibición de los fiscales, son las mismas que se encuentran previstas para los jueces en el artículo 53º del mismo Código. Dicho precepto, en su primer inciso, establece lo siguiente:

Los Jueces se inhibirán por las siguientes causales:

- a) Cuando directa o indirectamente tuviesen interés en el proceso o lo tuviere su cónyuge, sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o sus parientes por adopción o relación de convivencia con alguno de los demás sujetos procesales. En el caso del cónyuge y del parentesco que de ese vínculo se deriven, subsistirá esta causal incluso luego de la anulación, disolución o cesación de los efectos civiles del matrimonio. De igual manera se tratará, en lo pertinente, cuando se produce una ruptura definitiva del vínculo convivencial.
 - b) Cuando tenga amistad notoria, enemistad manifiesta o un vínculo de compadrazgo con el imputado, la víctima, o contra sus representantes.
 - c) Cuando fueren acreedores o deudores del imputado, víctima o tercero civil.
 - d) Cuando hubieren intervenido anteriormente como Juez o Fiscal en el proceso, o como perito, testigo o abogado de alguna de las partes o de la víctima.
 - e) Cuando exista cualquier otra causa, fundada en motivos graves, que afecte su imparcialidad.
78. Pues bien, el Tribunal Constitucional ya ha referido que los derechos fundamentales a la independencia e imparcialidad de juzgador son extrapolables al ámbito de la sede parlamentaria cuando ella actúa *mutatis mutandis* ejerciendo competencias decisorias sobre la esfera subjetiva de las personas. Por antonomasia, cuando deba adoptar la decisión correspondiente sobre la suerte de un funcionario público enumerado en el artículo 99º de la Constitución, previo procedimiento de acusación constitucional (STC 00156-2012-PHC, FF. JJ. 54 – 55).
79. Sin embargo, atendiendo a lo planteado en la demanda, lo que ahora corresponde dilucidar es si el derecho fundamental a la imparcialidad es exigible a los miembros de una Comisión de Investigación del Congreso de la República. A juicio del Tribunal Constitucional, la respuesta es claramente afirmativa, puesto que, en estricto, el atributo de la imparcialidad, por ser condición *sine qua non* para la interdicción de la arbitrariedad, debe ser predicable del accionar de todo poder público.
80. Empero, siendo un ámbito orientado a la investigación de hechos y no a la toma de decisiones que de modo inequívoco, por su sola adopción, inciden sobre la esfera subjetiva de las personas, el contenido de la imparcialidad aquí exigible, con los matices que quepa establecer, está mucho más cercano al que cabe oponer al Ministerio Público que al que impregna la labor de la jurisdicción.

81. Por ello, resulta que no solo no es reprochable, sino que es inherente a una comisión de investigación que sus miembros, a medida que suman elementos de valoración, desarrollen una hipótesis del caso vinculada a los hechos que conocen, la cual, ciertamente, puede inclinarse progresivamente a la atribución de responsabilidades a determinadas personas hasta que ella sea verosímil o definitivamente quede configurada una vez adoptadas sus conclusiones. Es por ello que el artículo 88º del Reglamento del Congreso establece que dichas comisiones pueden emitir recomendaciones orientadas a sancionar la conducta de quienes consideren responsables.

Carece de sentido, pues, acusar a una comisión de investigación de pre-juzgamiento, cuando menos, como se decía, si por ello se entiende la construcción paulatina de una hipótesis previa al acto formal de juzgar. Es esa justamente su tarea.

82. *Lo que sí resulta claramente exigible a los miembros de una comisión de investigación es el respeto por la imparcialidad desde un punto de vista subjetivo. De ahí que ningún miembro de la comisión pueda tener un interés personal directo o indirecto en el resultado de la investigación. De ahí que, en lo que resulte pertinente, por analogía, son aplicables a los miembros de una comisión las causales de inhabilitación previstas en el artículo 53º, inciso 1, del Nuevo Código Procesal Penal.*

1166

Para tales efectos debe interpretarse que la “enemistad manifiesta” a la que alude el literal b), evidentemente, no puede ser entendida como las divergencias de posición institucionales que son el resultado de la distinta correlación de las fuerzas políticas en un Parlamento. La confrontación de posiciones que puedan surgir entre congresistas, en tanto congresistas, o entre ellos y miembros afines de fuerzas políticas contrarias, es el resultado de la democrática pluralidad de partidos o movimientos políticos en el Congreso. No se trata de la enemistad personal, que es aquella a la que, debe entenderse, se refiere el artículo 53º, inciso 1, literal e), del Nuevo Código Procesal Penal.

83. *De esta manera, mientras exista respeto por el honor y la buena reputación de las personas (artículo 7º de la Constitución) y no se realice una imputación directa de responsabilidad penal que resulte reñida con la presunción de inocencia (artículo 2º, inciso 24, literal e, de la Constitución), no resulta inconstitucional que los miembros de una comisión de investigación en sus intervenciones deslicen abrigar una hipótesis sobre el caso, una vez analizados los actuados respectivos. Por lo demás, sostener la tesis de que se encuentran jurídicamente impedidos de hacerlo es incompatible con la naturaleza eminentemente política del Parlamento.*

Asunto distinto es el análisis de si resulta prudente o no que lo hagan. Pero evidentemente adoptar una posición sobre dicha cuestión escapa a las competencias de este Colegiado.

84. En la demanda no se alega que las intervenciones de los miembros de la Comisión de Investigación hayan vulnerado el honor o la buena reputación del investigado. Tampoco que se le haya atribuido directamente responsabilidad penal antes de la adopción de sus conclusiones. Se alega que en su formulación subyace la posibilidad de la formación de una hipótesis acerca de la eventual responsabilidad del expresidente Alejandro Toledo relacionada con los hechos que son materia de investigación. En virtud de cuanto se ha señalado, a juicio del Tribunal Constitucional, ello no viola el deber de imparcialidad de los miembros de una Comisión de Investigación.

§13. Sobre la supuesta violación del derecho fundamental a la defensa y a la debida motivación en el levantamiento del secreto bancario

85. Finalmente, se aduce la violación del derecho de defensa y a la debida motivación en el levantamiento del secreto bancario, por considerar que al aprobar dicho levantamiento en el caso del beneficiario, no se respetó lo señalado en el F. J. 74 de la STC 00156-2012-PHC, ya que al hacerlo no se le había comunicado previamente que tenía la calidad de investigado ni los respectivos cargos, a lo que se agrega que ello se hizo de manera inmotivada.
86. El artículo 2, inciso 5, y el artículo 97 de la Constitución establecen que el secreto bancario puede levantarse, entre otros, a pedido “de una comisión investigadora del Congreso con arreglo a ley y siempre que se refiera al caso investigado”. Como una concretización de esta disposición constitucional puede considerarse el artículo 143, inciso 4, de la Ley N.º 26702, Ley General del Sistema Financiero y Sistema de Seguros, según el cual el secreto bancario no rige cuando se solicita el acceso al mismo a solicitud del “Presidente de una Comisión Investigadora del Poder Legislativo, con acuerdo de la Comisión de que se trate y en relación con hechos que comprometan el interés público”.
87. El artículo 143, inciso 4, de la Ley N.º 26702 no exige que para el acceso al secreto bancario por parte de una comisión parlamentaria de investigación, el titular del secreto bancario debe dar su consentimiento o conocer previamente, si bien quienes accedan a la información protegida por el secreto bancario en virtud de lo dispuesto en el artículo mencionado, “están obligados a mantenerla con dicho carácter en tanto ésta no resulte incompatible con el interés público”.
88. En el F. J. 74 de la STC 00156-2012-PHC, en lo que ahora resulta pertinente, se sostiene lo siguiente:
- a. Las Comisiones Investigadoras están facultadas para solicitar el levantamiento del secreto bancario solo de los investigados. Para que esto suceda pre-

viamente debe conformarse la Comisión Investigadora y comunicársele al alto funcionario los hechos por los cuales va a ser investigado, es decir, debe respetarse el derecho a la comunicación previa y detallada de la acusación.

- b. La solicitud de la Comisión Investigadora debe motivar por qué es necesario, indispensable y pertinente el levantamiento del secreto bancario, en qué medida va a contribuir en el esclarecimiento del caso investigado y qué indicios o medios probatorios justifican el levantamiento del secreto bancario. La solicitud no puede ser inmotivada.

89. Ciertamente es que cuando el literal a) señala que para solicitar el levantamiento del secreto bancario “previamente debe conformarse la Comisión investigadora y comunicársele al alto funcionario los hechos por los cuales va a ser investigado”, se incurre en un exceso que termina desvirtuando la finalidad de investigación de dicha solicitud de levantamiento del secreto bancario.

90. En tal sentido, es oportuna para que este Tribunal rectifique dicho criterio y precise que *el suceso que debe necesariamente verificarse antes de solicitar el levantamiento del secreto bancario es la conformación de la Comisión, mas no la comunicación al investigado de los hechos por los cuales se va a investigar*. Ello por el sencillo motivo de que esta última no es una condición previa que deba verificarse ni siquiera en el ámbito jurisdiccional, tal como deriva del artículo 235º, inciso 1), del Nuevo Código Procesal Penal, el cual dispone lo siguiente:

1168

El Juez de la Investigación Preparatoria, a solicitud del Fiscal, podrá ordenar, reservadamente y sin trámite alguno, el levantamiento del secreto bancario, cuando sea necesario y pertinente para el esclarecimiento del caso investigado.

En efecto, en determinadas circunstancias, el éxito del objetivo que subyace tras una solicitud de levantamiento del secreto bancario se encuentra, justamente, en que la decisión jurisdiccional se adopte sin conocimiento aún de que existe una investigación de por medio, sin perjuicio de lo cual con posterioridad debe conocerse el sentido de la resolución para tener la posibilidad de controlar que esta se encuentre debidamente motivada.

91. Así las cosas, el hecho de que se haya aprobado solicitar el levantamiento del secreto bancario del expresidente Alejandro Toledo, antes de que este sea comunicado formalmente de su condición de investigado, no resulta inconstitucional.

92. Y con relación a la supuesta falta de motivación de la solicitud de levantamiento del secreto bancario, dado que la parte demandante no la ha incorporado al pro-

ceso para su respectiva valoración, ello es un asunto que en modo alguno podría entenderse como acreditado.

§14. Precedente vinculante

93. Por lo antes señalado, este Tribunal considera pertinente establecer, de acuerdo con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, como precedente vinculante los criterios establecidos en los fundamentos 21 (segundo párrafo), 23 (segundo párrafo), 33, 42 (párrafo final), 45 (tercer párrafo), 49 (segundo párrafo), 55 (párrafo final), 63 (primer párrafo), 67, 82 (primer párrafo), 83 (primer párrafo) y 90 (primer párrafo), incluso para los procedimientos y procesos en trámite.

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

HA RESUELTO

1. Declarar **INFUNDADA** la demanda con respecto al expresidente de la República Alejandro Toledo Manrique.
2. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda con respecto a doña Eliane Chantal Karp Fernenbug de Toledo, de acuerdo con los fundamentos 14 y 19 de la presente sentencia.
3. Establecer como **PRECEDENTE VINCULANTE**, conforme al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, las reglas contenidas en los fundamentos 21 (segundo párrafo), 23 (segundo párrafo), 33, 42 (párrafo final), 45 (tercer párrafo), 49 (segundo párrafo), 55 (párrafo final), 63 (primer párrafo), 67, 82 (primer párrafo), 83 (primer párrafo) y 90 (primer párrafo), incluso para los procedimientos y procesos en trámite.

1169

Publíquese y notifíquese.

SS.

URVIOLA HANI

MIRANDA CANALES

RAMOS NÚÑEZ

SARDÓN DE TABOADA

LEDESMA NARVÁEZ

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

EXP. N.º 04968-2014-PHC/TC

LIMA

LUCIANO LÓPEZ FLORES A FAVOR DE ALEJANDRO TOLEDO

MANRIQUE Y OTRA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO URVIOLA HANI

Con el debido respeto que guardo por mis colegas magistrados y estando de acuerdo en los aspectos esenciales de la presente sentencia, emito sin embargo el siguiente fundamento de voto, por las razones que a continuación expongo:

1. En el fundamento jurídico 74 de la STC 00156-2012-PHC/TC, firmada por el suscrito, se afirmó que:

1170

“74. Teniendo presente que en sede parlamentaria existe una regulación incompleta para levantar el levantamiento del secreto bancario, este Tribunal ha de integrarla precisando las siguientes reglas a seguir:

a. Las Comisiones Investigadoras están facultadas para solicitar el levantamiento del secreto bancario solo de los investigados. Para que esto suceda previamente debe conformarse la Comisión Investigadora y comunicársele al alto funcionario los hechos por los cuales va a ser investigado, es decir, debe respetarse el derecho a la comunicación previa y detallada de la acusación.

b. La solicitud de la Comisión Investigadora debe motivar por qué es necesario, indispensable y pertinente el levantamiento del secreto bancario, en qué medida va a contribuir en el esclarecimiento del caso investigado y qué indicios o medios probatorios justifican el levantamiento del secreto bancario. La solicitud no puede ser inmotivada.”

2. En la presente sentencia (fundamento jurídico 90) se dice que este Colegiado tendría ahora la “oportunidad para que este Tribunal rectifique dicho criterio y precise que el suceso que debe necesariamente verificarse antes de solicitar el levantamiento del secreto bancario es la conformación de la Comisión, mas no la comunicación al investigado de los hechos por los cuales se va a investigar...”.

3. Desde mi punto de vista, no requiere de una “rectificación de criterio” propiamente, sino tan sólo de una precisión interpretativa del fundamento jurídico 74 de la STC 00156-2012-PHC/TC. En efecto, estamos sencillamente frente a una ambigüedad sintáctica que debe interpretarse, en todo caso, no en el sentido que son dos los hechos previos que deben verificarse antes de la solicitud (1. conformación de la Comisión, 2. comunicación de los hechos por los cuales se va a investigar); sino más bien en el sentido que el único evento que necesariamente debe verificarse de manera previa es la conformación de la Comisión parlamentaria de investigación.
4. Y es que no sería razonable ni lógico una interpretación distinta, pues ello vaciaría el contenido de la facultad constitucional de investigación del Parlamento, prevista expresamente, por lo demás, en el artículo 97 de la Constitución. En ese sentido, el fundamento jurídico 74 de la STC 00156-2012-PHC/TC no requiere pues “rectificación de criterio” alguna, sino simplemente una precisión de interpretación ya realizada compatible con la facultad de investigación parlamentaria.

Sr.
URVIOLA HANI

EXP. N.º 04968-2014-PHC/TC

LIMA

LUCIANO LÓPEZ FLORES A FAVOR DE ALEJANDRO TOLEDO
MANRIQUE Y OTRA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

En los Expedientes 01159-2014-PHC/TC y 05811-2015-PHC/TC, no compartí el criterio de la mayoría de convertir el proceso de hábeas corpus en uno de amparo. En ambos casos, consideré que el hábeas corpus resultaba procedente porque se cuestionaban investigaciones realizadas por el Ministerio Público que, de alguna manera, comprometían la libertad personal y el debido proceso.

1172

En esta oportunidad, sin embargo, avalo la conversión, puesto que una Moción de Orden del Día del Pleno del Congreso de la República, que otorga facultades de investigación a una de sus Comisiones, no compromete la libertad personal. En este caso, por tanto, resulta procedente no el hábeas corpus sino el amparo. Coincido, así, tanto con la fundamentación como con los puntos resolutive de la presente sentencia.

S.

SARDÓN DE TABOADA

EXP.Nº 4968-2014-HC/TC

LIMA

ALEJANDRO TOLEDO MANRIQUE Y OTRO

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

En tanto y en cuanto la Constitución es parámetro de validez formal y de validez material no solamente del ordenamiento jurídico de un Estado en particular, sino también de la vida política, económica o social de una sociedad determinada (aquella que constituye el pueblo de la sociedad a la cual acabamos de hacer referencia), bien puede entenderse que pueda darse y justificarse una interpretación conforme a la Constitución e incluso un control de constitucionalidad de las actividades que se realizan dentro de una comisión investigadora del Congreso de la República.

1173

Y es que hoy, si bien se sigue reconociendo que política y Derecho son dos materias diferentes, en un Estado Constitucional incluso el quehacer político tiene que ser conforme a Derecho, Derecho que cuenta como punto de partida a los preceptos, valores y derechos recogidos en una Constitución, a la cual hay que entender como una Constitución “convencionalizada”, y lo que se infiere de ella. Este fenómeno, habitualmente denominado “Constitucionalización de la Política”, no implica ni debe implicar una “politización de la justicia”. Y que los jueces y juezas no son políticos, no se guían bajo parámetros políticos, y, por principio, su quehacer no debe responder a consideraciones político-partidarias.

Lo que corresponde a jueces y juezas, sobre todo si integran un Tribunal Constitucional, es asegurar que el quehacer político, por su propia naturaleza con un alto grado de discrecionalidad, respete procedimientos, competencias y contenidos conforme a Derecho, para que así no devenga en arbitrario.

Existen entonces muchas fórmulas previstas en el Derecho Comparado para atender estos temas, en un contexto en donde conceptos como los de “actos políticos”, “actos de gobierno” o “cuestiones políticas no justiciables” (categorías que no hay que confundir con la de los otros propios, y por ende, no son invocables frente a cualquier actuación de un organismo político como, por ejemplo el Congreso) ya no subsisten,

o por lo menos, cada vez existe mayor consenso en aceptar un control de constitucionalidad de las mismas, control que básicamente se desarrolla en sede jurisdiccional (y con razón, donde se encuentre previsto, en un Tribunal Constitucional). En esta sentencia, sin explicitar la adscripción a alguna de estas fórmulas, se asume una labor de interpretación conforme a la Constitución y de control de una manifestación del ejercicio del control político en sede parlamentaria como son las llamadas “comisiones de investigación”.

La conveniencia de desarrollar interpretación conforme a la Constitución e incluso proceder a apuntalar control de constitucionalidad sobre el ejercicio del control político parlamentario ya ha sido una materia de preocupación del Tribunal Constitucional peruano. Ese razonamiento es que en su momento motivó la emisión de la sentencia que proporcionó respuestas al caso “Tineo Cabrera”.

Ahora bien, conviene aclarar que en “Tineo Cabrera” básicamente se buscó pronunciarse en función a una expresión de ese control político, como es la acusación constitucional. Sin embargo, es necesario también anotar que las comisiones investigadoras del Congreso son otra expresión de ese control político, aunque con características y alcances singulares, que no coinciden en todo con los elementos propios de una acusación constitucional.

1174

Me explico con mayor detalle: la acusación constitucional es un procedimiento parlamentario mediante el cual en el Perú, como todos sabemos, se permite, en algún supuesto, procesos y eventualmente condenar a altos funcionarios por la comisión de delitos de función; y en otro, inhabilitar a quienes desempeñaban importantes funciones públicas del ejercicio de esas tareas por algún tiempo. Las comisiones investigadoras, en cambio, tienen una labor que, como muchas veces ocurre en el ejercicio del control político, no involucran como uno de sus resultados la imposición de sanciones.

Esta es una referencia importante a tomar en cuenta para apreciar bajo qué parámetros deben entenderse los alcances de los diferentes derechos fundamentales invocados en el desarrollo de las labores de una comisión parlamentaria de investigación. En ese sentido, el tenor de esta sentencia es el de señalar, a propósito de la resolución de los diversos extremos presentados por la parte recurrente, algunas precisiones que consideramos indispensables al respecto, las cuales, en la línea de asegurar su cumplimiento por todos los actos involucrados, son consagradas con la condición de precedente, con los efectos horizontales, verticales e incluso interinstitucionales que todo precedente involucra.

Con ello este Tribunal no solamente ayuda a resolver este caso en concreto, sino también, en ejercicio de sus labores previsoras, establece un derrotero destinado a

evitar que las comisiones investigadoras caigan en dos posibles riesgos. Un primer riesgo puede ser el de convertirse en un espacio dentro del cual no se respeten los derechos fundamentales de quienes son invitados a sus sesiones o investigados en su seno. Un segundo riesgo se encuentra más en las antípodas de lo anterior, y es el de total pérdida de virtualidad y eficacia del control ejercido a través de una Comisión Investigadora parlamentaria. Es pues buscando un punto de equilibrio en este escenario que se emite el presente pronunciamiento, estableciéndose líneas de acción para la labor jurisdiccional que seguramente serán precisadas de mejor manera en posteriores pronunciamientos de este mismo Tribunal.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

EXP. N° 4968-2014-PHC/TC

LIMA

LUCIANO LÓPEZ FLORES A FAVOR DE ALEJANDRO TOLEDO
MANRIQUE Y OTRA

AUTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Lima, 5 de noviembre de 2015

VISTA

La sentencia de fecha 4 de noviembre de 2015; y,

ATENDIENDO A QUE

1176

1. De conformidad con el primer párrafo del artículo 121° del Código Procesal Constitucional, el Tribunal Constitucional, puede, de oficio o a instancia de parte, aclarar algún concepto o subsanar cualquier error material u omisión en que hubiese incurrido en sus resoluciones.
2. En el punto 2 de la parte resolutive de la sentencia de fecha 4 de noviembre de 2015, donde dice: “(...) de acuerdo con los fundamentos 14 y 19 de la presente sentencia”, debe decir: “(...) de acuerdo con los fundamentos 12 y 17 de la presente sentencia”.

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

RESUELVE, con la abstención del magistrado Blume Fortini aprobada por el Pleno el 5 de mayo de 2015,

SUBSANAR, de oficio, el error material del punto 2 de la parte resolutive de la sentencia de fecha 4 de noviembre de 2015, en los términos indicados en el considerando 2 del presente auto.

Publíquese y notifíquese

SS.

URVIOLA HANI

MIRANDA CANALES

RAMOS NÚÑEZ

SARDÓN DE TABOADA

LEDESMA NARVÁEZ

ESPINOSA- SALDAÑA BARRERA



ÍNDICE TEMÁTICO

ÍNDICE TEMÁTICO

TOMO VI

A

Acceso a la justicia: ATC 01761-2014-PA/TC

Actividad probatoria: STC 04968-2014-HC/TC

Asistencia letrada: STC 04968-2014-HC/TC

Apelación por salto: STC 00776-2014-PA/TC, STC 00791-2014-PA/TC, STC 01931-2013-HC/TC

Autonomía comunal: STC 01931-2013-HC/TC

Autonomía universitaria: STC 00011-2013-PI/TC, STC 00014-2014-PI/TC

1181

C

Capitalización de intereses: ATC 02214-2014-PA/TC

Carrera pública magisterial: STC 00021-2012-PI/TC,
STC 01401-2013-PC/TC

Comisión Investigadora del Congreso: STC 04968-2014-HC/TC

Competencias de los gobiernos regionales: STC 00001-2014-PCC/TC,
STC 00001-2013-PI/TC

Competencias municipales: STC 00005-2013-PCC/TC

Cómputo del plazo: STC 00295-2012-HC/TC, STC 01665-2014-HC/TC

Consejo Nacional de la Magistratura: STC 00776-2014-PA/TC,
STC 00791-2014-PA/TC

Contratación pública: STC 05057-2013-PA/TC

Control difuso en sede arbitral: STC 00003-2013-PI/TC

Cosa juzgada: STC 00022-2011-PI/TC, STC 00776-2014-PA/TC,
STC 00791-2014-PA/TC

Crímenes de lesa humanidad: STC 02071-2009-HC/TC

Cumplimiento: STC 01401-2013-PC/TC

D

Debida motivación de las resoluciones: STC 00776-2014-PA/TC, STC 00791-2014-PA/TC

Debido proceso: ATC 01761-2014-PA/TC, STC 01665-2014-HC/TC

Defensa letrada: STC 04968-2014-HC/TC

Delegación de facultades legislativas: STC 00022-2011-PI/TC

Delitos de función: STC 00022-2011-PI/TC

Demarcación territorial: STC 00012-2012-PI/TC

Denuncia fiscal: STC 02071-2009-HC/TC

Derecho a la educación: STC 00011-2013-PI/TC, STC 00014-2014-PI/TC, STC 04577-2012-PA/TC

Derecho a la igualdad y no discriminación: STC 04577-2012-PA/TC, STC 03655-2011-PA/TC, STC 00645-2013-PA/TC, STC 02505-2011-PA/TC

Derecho a la pensión: STC 07357-2013-PA/TC, ATC 02214-2014-PA/TC

Derecho a la propiedad: STC 00012-2014-PI/TC, STC 07357-2013-PA/TC

1182

Derecho a la remuneración: STC 00645-2013-PA/TC, STC 01205-2012-PA/TC

Derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable: STC 00295-2012-HC/TC

Derecho a ser oído: STC 04968-2014-HC/TC

Derecho de defensa: STC 00273-2010-PA/TC, STC 02738-2014-HC/TC, STC 01665-2014-HC/TC

Derechos del niño: STC 01665-2014-HC/TC

Doctrina jurisprudencial vinculante: STC 00295-2012-HC/TC, ATC 02214-2014-PA/TC, ATC 01761-2014-PA/TC, STC 01665-2014-HC/TC

E

Ejecución de sentencias: STC 00776-2014-PA/TC, STC 00791-2014-PA/TC, STC 01931-2013-HC/TC

I

Ius cogens: STC 02071-2009-HC/TC

Imprescriptibilidad: STC 02071-2009-HC/TC

Inconstitucionalidad por omisión: STC 00021-2012-PI/TC

Investigación fiscal: STC 05811-2015-HC

J

Justicia militar policial: STC 00022-2011-PI/TC

L

Levantamiento del secreto bancario: STC 04968-2014-HC/TC

Leyes de presupuesto: STC 00003-2013-PI/TC

Libertad de asociación: STC 00011-2013-PI/TC

Libertad de contratación: STC 00011-2013-PI/TC, STC 00014-2014-PI/TC

Libertad de empresa: STC 00011-2013-PI/TC, STC 00014-2014-PI/TC

Libre iniciativa privada: STC 00011-2013-PI/TC, STC 00014-2014-PI/TC

Libertad sindical: STC 03655-2011-PA/TC, STC 02505-2011-PA/TC

M

Medios adecuados para la defensa: STC 04968-2014-HC/TC

1183

N

Ne bis in idem: STC 05811-2015-HC

Negociación colectiva: STC 00003-2013-PI/TC, STC 03655-2011-PA/TC,
STC 02505-2011-PA/TC

P

Pluralidad de instancias: STC 01665-2014-HC/TC

Precedentes vinculantes: STC 000987-2014-PA/TC, STC 05057-2013-PA/TC,
STC 02383-2013-PA/TC, STC 04968-2014-HC/TC

Prescripción de la acción penal: STC 02071-2009-HC/TC

Principio de inmediación: STC 02738-2014-HC/TC

Procedencia del recurso de agravio constitucional: ATC 02214-2014-PA/TC,
STC 05811-2015-HC, STC 00987-2014-PA/TC

Procedimiento legislativo: 00012-2014-PI/TC

Propiedad comunal: STC 01931-2013-HC/TC

Prueba: ATC 01761-2014-PA/TC

R

Reconversión del proceso: STC 05811-2015-HC, STC 04968-2014-HC/TC

Reposición laboral: STC 05057-2013-PA/TC

S

Sentencias manipulativas: STC 00012-2014-PI/TC

T

Test de proporcionalidad: STC 00011-2013-PI/TC, STC 00021-2012-PI/TC

U

Uso de la fuerza: STC 00022-2011-PI/TC

V

Vía igualmente satisfactoria: STC 02383-2013-PA/TC

Este libro se terminó de imprimir en junio de 2016,
en los talleres gráficos de la imprenta Servicios Gráficos JMD S.R.L.,
por encargo del Centro de Estudios Constitucionales
del Tribunal Constitucional del Perú.

