TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

JURISPRUDENCIA RELEVANTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TOMO X

(Enero • diciembre 2019)

Ernesto Blume Fortini
(Editor)

CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

Jurisprudencia relevante del Tribunal Constitucional – Tomo Décimo

Hecho el Depósito Legal de la Biblioteca Nacional del Perú: N° 2020-10057

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

Primera edición: diciembre 2020
Tiraje: 500 ejemplares
Impreso en Perú

KADTE Corporación Gráfica S.A.C.
Av. José Gálvez 1549 - Lince
Telfs.: 470-6420 / 472-8273

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
DEL PERÚ

Presidente
Marianella Ledesma Narváez

Vicepresidente
Augusto Ferrero Costa

Magistrados
Manuel Miranda Canales
Ernesto Blume Fortini
Carlos Ramos Núñez
José Luis Sardón de Taboada
Eloy Espinosa-Saldaña Barrera

CENTRO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES

Director General
Ernesto Blume Fortini

Director de Publicaciones y Documentación
Luis R. Sáenz Dávalos

INDICE DE JURISPRUDENCIA RELEVANTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL AÑO JURISDICCIONAL 2019

Presentación **19**

A. PROCESOS ORGÁNICOS

A.1 PROCESOS DE INCONSTITUCIONALIDAD

– Sentencia 0025-2014-PI/TC (Publicada en el Portal Institucional del Tribunal Constitucional el 3 de abril de 2019 y en el diario "El Peruano" el 15 de abril de 2019)

Caso del plan urbano distrital de Río Negro.

Proceso de inconstitucionalidad promovido por la Municipalidad Provincial de Satipo contra la Ordenanza Municipal 017-2012-CM-MDRN, que aprobó el Plan Urbano Distrital de la Municipalidad de Río Negro. 29

– Sentencia 0005-2014-PI/TC (Publicada en el Portal Institucional del Tribunal Constitucional el 4 de abril de 2019 y en el diario "El Peruano" el 15 de abril de 2019)

Caso de la competencia para la contratación docente.

Proceso de inconstitucionalidad promovido por el Poder Ejecutivo contra la Ordenanza Regional 037-Arequipa y sus modificatorias; 039-Arequipa, 041-Arequipa, 042-Arequipa y 104-Arequipa, expedidas por el Gobierno Regional de Arequipa, mediante las que se regula el procedimiento de evaluación de profesores para acceder a una plaza docente a través de contratos por servicios personales en instituciones educativas públicas del nivel básico regular, alternativa especial, técnico productiva, superior no universitaria y programas especiales. 53

– Sentencia 0005-2015-PI/TC (Publicada en el Portal Institucional del Tribunal Constitucional el 9 de abril de 2019 y en el diario "El Peruano" el 27 de abril de 2019)

Caso Afocat (Sobre emisión de certificados contra accidentes de tránsito)

Proceso de inconstitucionalidad promovido por el Poder Ejecutivo, contra la Ordenanza Regional 008-2009- R/GRM, expedida por el Gobierno Regional de Moquegua, que autoriza y faculta a la Asociación de Fondos de Accidentes de Tránsito (Afocat) Moquegua, a emitir certificados contra accidentes de tránsito para vehículos de transporte terrestre en todas sus clases, modalidades, servicios y rutas dentro del ámbito regional. 87

– Sentencia 0011-2014-PI/TC (Publicada en el Portal Institucional del Tribunal Constitucional el 11 de abril de 2019 y en el diario "El Peruano" el 27 de abril de 2019)

Caso Colegio de Abogados de Ica contra el Congreso de la República (Sobre pago de sentencias judiciales).

8

Proceso de inconstitucionalidad promovido por el Colegio de Abogados de Ica contra los artículos 1 y 2 de la Ley 30137, Ley que establece criterios de priorización para la atención del pago de sentencias judiciales. 113

– Sentencia 0020-2015-PI/TC (Publicada en el Portal Institucional del Tribunal Constitucional el 23 de abril de 2019 y en el diario "El Peruano" el 26 de abril de 2019)

Caso potestad sancionadora de la Contraloría General de la República.

Proceso de inconstitucionalidad promovido por el Colegio de Abogados de Arequipa contra la Ley 29622, que modifica la Ley 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, y amplía las facultades en el proceso para sancionar en materia de responsabilidad administrativa funcional. 145

– Sentencia 0002-2017-PI/TC, 0005-2017-PI/TC y 0025-2018-PI/TC (acumulados) (Publicada en el Portal Institucional del Tribunal Constitucional el 30 de abril de 2019 y en el diario "El Peruano" el 17 de ma yo de 2019)

Caso de la fiscalización de velocidad del tránsito en vías nacionales.

Proceso de inconstitucionalidad promovido por el Poder Ejecutivo y el Colegio de Abogados de Junín contra las ordenanzas municipales 066-20/CM-MPH-M y 18-2015/CM-MPH-M, mediante las cuales se faculta a la Municipalidad Provincial de Huarochirí para fiscalizar las normas de tránsito en zonas urbanas y/o comerciales. 255

– Sentencia 0009-2015-PI/TC (Publicada en el Portal Institucional del Tribunal Constitucional el 30 de abril de 2019 y en el diario "El Peruano" el 17 de mayo de 2019)

Caso ciudadanos contra el Poder Ejecutivo (Sobre régimen de pensiones militar policial).

Proceso de inconstitucionalidad promovido por seis mil ciudadanos contra diversos artículos del Decreto Legislativo 1133, decreto legislativo para el ordenamiento definitivo del Régimen de pensiones militar y policial. 289

– Sentencia 0013-2015-PI/TC (Publicada en el Portal Institucional del Tribunal Constitucional el 8 de agosto de 2019 y en el diario "El Peruano" el 15 de agosto de 2019)

Caso de la Ley Servir 3.

Proceso de inconstitucionalidad promovido por más de cinco mil ciudadanos contra a el Artículo I del Título Preliminar y el literal "c" del artículo 1 de la Ley 30057, Ley de Servicio Civil. 363

– Sentencia 0012-2017-PI/TC (Publicada en el Portal Institucional del Tribunal Constitucional el 5 de setiembre de 2019 y en el diario "El Peruano" el 14 de setiembre de 2019)

Caso de la ordenanza regional de Cajamarca sobre reconocimiento de pueblos originarios e indígenas.

Proceso de inconstitucionalidad promovido por el Poder Ejecutivo contra los artículos primero, segundo, tercero y cuarto de la Ordenanza Regional 010-2016-GR.CAJ-CR, que reconocen que en la Región Cajamarca habitan pueblos originarios e indígenas. 387

– Sentencia 0004-2018-PI/TC (Publicada en el Portal Institucional del Tribunal Constitucional el 5 de setiembre de 2019 y en el diario "El Peruano" el 14 de setiembre de 2019)

Caso de la ordenanza regional de Loreto sobre reconocimiento de pueblos originarios e indígenas.

Proceso de inconstitucionalidad promovido por el Poder Ejecutivo contra los artículos primero, segundo, tercero y cuarto de la Ordenanza Regional 014-2017-GRL-CR, que reconoce que en la Región Loreto habitan pueblos originarios e indígenas, que utilizan denominaciones como: "pueblos indígenas", "pueblos originarios", "comunidades campesinas", "comunidades nativas", "rondas campesinas", "pueblos ancestrales", entre otros. 459

– Sentencia 0003-2019-PI/TC (Publicada en el Portal Institucional del Tribunal Constitucional el 7 de octubre de 2019 y en el diario "El Peruano" el 26 de octubre de 2019)

Caso de la fiscalización de velocidad del tránsito en vías nacionales 2.

Proceso de inconstitucionalidad promovido por el Poder Ejecutivo contra la Ordenanza 031-2014-MPH, mediante la cual se aprueba la facultad legal para desarrollar fiscalización de normas de tránsito en vías urbanas y avenidas de la provincia de Huaral. 531

– Sentencia 0023-2014-PI/TC (Publicada en el Portal Institucional del Tribunal Constitucional el 20 de noviembre de 2019 y en el diario "El Peruano" el 18 de diciembre de 2019)

Caso demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra diversos artículos de la Ley Universitaria, Ley 30220 (Ley Universitaria II).

Proceso de inconstitucionalidad promovido por ocho mil cuatrocientos once ciudadanos, contra diversos artículos de la Ley 30220, Ley Universitaria. 561

– Sentencia 0020-2014-PI/TC (Publicada en el Portal Institucional del Tribunal Constitucional el 21 de noviembre de 2019 y en el diario "El Peruano" el 18 de diciembre de 2019)

Caso sobre "incompatibilidad por parentesco en sede judicial"

Proceso de inconstitucionalidad promovido por el Ilustre Colegio de Abogados de Puno contra el inciso 3 del artículo 42 de la Ley 29277, de la Carrera Judicial, que establece la incompatibilidad por razón de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, por matrimonio y unión de hecho entre el personal administrativo, y entre estos, y el personal jurisdiccional, perteneciente al mismo distrito judicial 611

– Sentencia 0019-2015-PI/TC (Publicada en el Portal Institucional del Tribunal Constitucional el 30 de diciembre de 2019)

Caso de la minería ilegal y la minería informal.

Proceso de inconstitucionalidad promovido por dieciséis mil quinientos cincuenta y un ciudadanos, contra el Decreto Legislativo 1100, que regula la interdicción de la minería ilegal en toda la República y establece medidas complementarias; y, el Decreto Legislativo 1105, que establece disposiciones para el proceso de formalización de las actividades de la pequeña minería y minería artesanal. 667

A.2 PROCESOS COMPETENCIALES

– Sentencia 0005-2016-CC/TC (Publicada en el Portal Institucional del Tribunal Constitucional el 5 de setiembre de 2019 y en el diario "El Peruano" el 14 de setiembre de 2019)

Caso de la demanda de conflicto de competencias sobre permisos de pesca otorgados mediante resoluciones judiciales.

Proceso competencial promovido por el Poder Ejecutivo contra el Poder Judicial, en el que se alegó que el Poder Judicial expidió resoluciones judiciales que afectaban las atribuciones exclusivas del Poder Ejecutivo en materia de pesquería y acuicultura. 693

– Auto de admisibilidad 0006-2019-CC/TC y Resolución 2 (cautelar) 006-2019-CC/TC (Publicados en el Portal Institucional del Tribunal Constitucional el 4 de noviembre de 2019)

Caso disolución del Congreso de la República.

Proceso competencial promovido por Pedro Carlos Olaechea Álvarez-Calderón contra el Poder Ejecutivo sobre la disolución del Congreso de la República, en el que se alegó un menoscado de las atribuciones del Congreso de la República provocado por el acto de disolución del Congreso contenido en el Decreto Supremo 165-2019-PCM. 767

B. PROCESOS DE TUTELA DE DERECHOS

B.1 PROCESOS DE AMPARO

– Sentencia 01643-2014-PA/TC (Publicada en el Portal Institucional del Tribunal Constitucional el 17 de enero de 2019 y en el diario "El Peruano" el 4 de junio de 2019)

Caso Peralta Tapara sobre Participación de abuelos en las Apafas Escolares)

Proceso de amparo promovido por don Domingo Peralta Tapara contra la presidenta de la Asociación de Padres de Familia (Apafa) de la Institución Educativa 22346, San Martín de Porras, del distrito de Santiago de Ica, así como contra la Presidenta y la Secretaria del Comité Electoral 2012 de la aludida Apafa. Alegó como pretensión que tanto la presidencia de la Apafa como el Comité Electoral del año 2012, indiquen las razones por las que le impidieron participar en las Asambleas Generales del 8 y 23 de diciembre de 2012. 821

- Sentencia 1272-2017-PA/TC (Publicada en el Portal Institucional del Tribunal Constitucional el 7 de marzo de 2019 y en el diario "El Peruano" el 29 de marzo de 2019)

  Caso Cáceres Ramos (Sobre los derechos al disfrute del tiempo libre y al descanso, al trabajo y al libre desarrollo de la personalidad de las mujeres)

  Proceso de amparo promovido por Duberlis Nina Cáceres Ramos contra el Presidente de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios y la Administradora del Módulo del Nuevo Código Procesal Penal de Tambopata, en el que se alegó la vulneración de los derechos fundamentales al disfrute del tiempo libre y al descanso, a trabajar libremente y al libre desarrollo de la personalidad..... 851

12

- Sentencia 01479-2018-PA/TC (Publicada en el Portal Institucional del Tribunal Constitucional el 7 de marzo de 2019 y en el diario "El Peruano" el 29 de marzo de 2019)

  Caso que desarrolla la necesidad de incorporar la perspectiva de igualdad de género en la administración de justicia

  Proceso de amparo promovido por la recurrente contra la fiscal superior de la Oficina concentrada de Control Interno de Lima y el fiscal supremo de la Fiscalía Suprema de Control Interno, en el que se alegó la vulneración de los derechos fundamentales a la tutela jurisdiccional efectiva, en su manifestación del derecho de acceso a la justicia, y al debido proceso, en su manifestación del derecho a la debida motivación de las resoluciones y a la defensa. 889

- Sentencia 00442-2017-PA/TC (Publicada en el Portal Institucional del Tribunal Constitucional el 4 de setiembre de 2019)

  Caso Iriarte Ahón (twitter y funcionarios públicos)

  Proceso de amparo promovido por don Erick Américo Iriarte Ahón contra don Pedro Álvaro Cateriano Bellido, Presidente del

Consejo de Ministros del Perú, con el objeto de ser desbloqueado de su cuenta personal de Twitter @PCaterianoB, pues, a través de ella, comparte información sobre la institución que dirige. Alegó la vulneración de sus derechos fundamentales al acceso de información pública, y a las libertades de información y expresión. 909

– Sentencia 05410-2015-PA/TC (Publicada en el Portal Institucional del Tribunal Constitucional el 5 de setiembre de 2019)

Caso sobre los aportes por regulación en materia de fiscalización ambiental

Proceso de amparo promovido por Sociedad Minera Cerro Verde S. A. A. contra la Presidencia del Consejo de Ministros (PCM), el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), el Ministerio de Energía y Minas (Minen), el Ministerio del Ambiente y el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA). Solicitó la inaplicación del Decreto Supremo 130-2013-PCM y, seguidamente, se ordene la devolución de todos los aportes que, a la fecha de ejecución de sentencia, hubiese pagado, incluyendo los intereses legales. Además, solicitó que las demandadas se abstengan de realizar cualquier acto o medida destinada a hacer efectivo el cobro de los aportes por regulación y la inaplicación de toda norma infralegal o acto administrativo emitido para la aplicación, ejecución y fiscalización del cuestionado decreto supremo. 933

– Sentencia 01266-2017-PA/TC (Publicada en el Portal Institucional del Tribunal Constitucional el 24 de octubre de 2019)

Caso Navarrete (álbumes de colección y propiedad intelectual)

Proceso de amparo promovido por Corporación Gráfica Navarrete S.A. contra la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, a los efectos que se declare nula la resolución de fecha 23 de setiembre de 2013 (Casación 1616-2011-Lima), que declaró infundado el recurso de casación que interpuso contra la resolución de fecha 4 de noviembre de 2010 (Apelación 31-2010), expedida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, que, en segunda instancia declaró infundada su demanda contencioso-administrativa interpuesta contra el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección a la Propiedad Intelectual, Indecopi, a través de la cual solicitó que se declare nula la Resolución 249-2007/TDC-INDECOPI. 959

– Sentencia 06568-2015-PA/TC (Publicada en el Portal Institucional del Tribunal Constitucional el 25 de octubre de 2019)

Caso Orellana Zurita (principio de proporcionalidad en la potestad sancionadora de las universidades)

Proceso de amparo promovido por don Harold Orellana Zurita contra la Universidad Nacional del Centro del Perú (UNCP) y la Facultad de Ciencias de la Comunicación de la UNCP, en el que solicitó la nulidad de la Resolución 020-2013-CF-FCCUNCP, de fecha 15 de octubre de 2013; y se ordene su reincorporación a la citada casa de estudios, así como, el pago de costas y costos del proceso. 965

– Sentencia 7798-2013-PA/TC Vulcano (Publicada en el Portal Institucional del Tribunal Constitucional el 17 de diciembre de 2019)

Caso Vulcano (Sobre límites a la contratación pública)

Proceso de amparo promovido por Vulcano S.R.L., representada por su Gerente General, don Jorge Sullón Barrientos, contra don Jorge Carrasco Távara, en su calidad de Jefe de Contrataciones de Petróleos del Perú, y Petroperú, en el que solicitó que cese la amenaza de violación a sus derechos constitucionales a la libertad de trabajo y a la libertad de contratación; la cual se concretó con la Carta TL-ULOG-C0-6200-20 1, de fecha 22 de noviembre de 2011, y que se declare la validez y vigencia hasta su total ejecución de los Contratos 94351-YF-OBRA, 88789-YF-OBRA y 89394-ZFO-BRA. 979

– Sentencia 04801-2017-PA/TC (Publicada en el Portal Institucional del Tribunal Constitucional el 12 de diciembre de 2019)

Caso Contugas SAC (Sobre libertad de contratación)

Proceso de amparo promovido por Contugas contra el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (Osinergmin), en el que solicita la nulidad de las Reoluciones 007-2016-OS/CC-96 y 006-2016-OS/CC-97 de fechas 3 y 5 de febrero de 2016 por afectar sus derechos fundamentales al debido proceso, al juez determinado por ley, a la debida motivación, a la propiedad y a la libertad de contratación; asi como al principio de legalidad. 1007

B.2 PROCESOS DE HABEAS CORPUS

– Sentencia 04729-2015-PHC/TC (Publicada en el Portal Institucional del Tribunal Constitucional el 7 de marzo de 2019 y en el diario "El Peruano" el 29 de marzo de 2019)

Caso sobre migración y debido proceso en mujeres migrantes

Proceso de habeas corpus promovido por una ciudadana de nacionalidad ecuatoriana, contra la Superintendencia Nacional de Migraciones, en el que solicita la nulidad de todo lo actuado desde que fue intervenida por la Policía Nacional del Perú con fecha 21 de agosto de 2014, hasta la emisión de la Resolución de Superintendencia 00000432-2014-MIGRACIONES, de fecha 22 de agosto de 2014, por la que se resolvió cancelar su calidad migratoria de residente en el Perú y se le ordenó salir del país. 1041

– Sentencia 04937-2014-PHC/TC (Publicada en el Portal Institucional del Tribunal Constitucional el 17 de mayo de 2019 y en el diario "El Peruano" el 4 de junio de 2019)

Caso sobre medida de protección provisional de atención integral a favor de la menor N. I. B. P. en el Centro de Atención Residencial Hogar Transitorio Virgen de Lourdes.

Proceso de habeas corpus promovido por doña Angélica Reynoso Alviño a favor de su nieta N. I. B. P. y la dirigió contra la Directora de la Investigación Tutelar de Junín, Huancayo, doña Zina Yrene Romero Chávez, y que se disponga la libertad de la menor favorecida y le sea entregada a la recurrente, toda vez que se encuentra indebidamente retenida en el albergue del distrito de Jauja desde el 1 de julio de 2014, por disposición de la emplazada y por presunto abandono moral. 1067

– Sentencia 00194-2014-PHC/TC (Publicada en el Portal Institucional del Tribunal Constitucional el 8 de julio de 2019)

Caso Guillén Domínguez (interdicción y discapacidad)

Proceso de habeas corpus promovido por don José Antonio Guillén Tejada a favor de su hijo Juan José Guillén Domínguez, y la dirige contra doña Carolina Domínguez Ávila, madre del favorecido. Alegó que en relación a su hijo se han vulnerado los derechos a la integridad personal, a la libertad de tránsito y a no ser sometido a trato humillante. Además, solicita que se disponga el retiro de las rejas metálicas y el tapiado de la ventana que la demandada ha colocado en la habitación de su hijo. 1095

– Sentencia 01587-2018-PHC/TC (Publicada en el Portal Institucional del Tribunal Constitucional el 9 de julio de 2019)

Caso niñas Humala Heredia (interés superior del niño, niña o adolescente en el marco de investigaciones fiscales)

Proceso de habeas corpus promovido por don Ollanta Moisés Humala Tasso a favor de sus hijas menores de edad de iniciales I.H.H. y N.S.H.H., y la dirige contra Germán Juárez Atoche, Fiscal de la Segunda Fiscalía Supraprovincial Especializada en Delitos de Lavado de Activos y Pérdida de Dominio — Tercer Despacho del Ministerio Público (en ese entonces Tercer Despacho del Equipo Especial de Fiscales). 1147

– Sentencia 01470-2016-PHC/TC (Publicada en la página web del Tribunal Constitucional el 11 de julio de 2019)

Caso Velásquez Ramírez sobre reconocimiento constitucional del derecho a la alimentación

Proceso de habeas corpus promovido por Javier Velásquez Ramírez contra la Gobernadora Regional de Arequipa, el Gerente Regional de Arequipa, el Administrador del Centro de Apoyo Alimentario de la Región Arequipa, el Procurador Público encargado de los asuntos judiciales del Gobierno Regional de Arequipa, el Presidente del Directorio de la Beneficencia Pública de Arequipa y el Procurador Público encargado de la defensa de los asuntos judiciales de la Beneficencia Pública de Arequipa, en el que solicitó que los emplazados cumplan con permitir que el Centro de Apoyo Nutricional de Arequipa siga funcionando sin ninguna interrupción con todo su personal, su presupuesto, maquinarias y utensilios. Señaló que el inminente cierre del referido centro representa una violación a sus derechos fundamentales a la vida, la tranquilidad, la paz social, salud y bienestar social. 1181

– Sentencia 03607-2018-PHC/TC (Publicada en el Portal Institucional del Tribunal Constitucional el 28 de agosto de 2019 y en el diario "El Peruano" el 23 de setiembre de 2019)

Caso Alejandro Toledo Manrique (hábeas corpus y proceso de extradición) Sentencia de 27 de agosto de 2019

Proceso de habeas corpus promovido por don Heriberto Manuel Benitez Rivas a favor de don Alejandro Toledo Manrique y la dirige contra el Presidente de la República, don Pedro Pablo Kuczynski Godard, contra el ministro de Justicia Derechos Humanos, En-

rique Javier Mendoza Ramírez, y contra la ministra de Exteriores, doña Cayetana Aljovín Gazzani; por el que solicitó que se declare nula y sin efectos jurídicos la Resolución Suprema 054-2018-JUS, de fecha 21 de marzo de 2018, que vulneró sus derechos a la libertad personal y vulneración del derecho defensa. 1219

– Sentencia 02933-2019-PHC/TC (Publicada en el Portal Institucional del Tribunal Constitucional el 28 de agosto de 2019 y en el diario "El Peruano" el 24 de setiembre de 2019)

Caso Abimael Guzmán Reinoso (condiciones carcelarias y visitas) Sentencia de 27 de agosto de 2019

Proceso de habeas corpus promovido por don Alfredo Víctor Crespo Bragayrac en favor de Abimael Guzmán Reinoso y Elena Iparraguirre Revoredo, y la dirige contra el señor Carlos Antonio Romero Rivera, Presidente del Instituto Nacional Penitenciario (INPE). Solicitó el cese de la violación del derecho a la vida familiar de los agraviados y se disponga el traslado de Elena Yparraguirre Revoredo al Penal Militar de la Base Naval para que pueda visitar a su esposo Abimael Guzmán Reinoso. Alegó la vulneración de los derechos a la dignidad e integridad moral, psíquica, a la igualdad a la ley, a no ser discriminado, y a no ser objeto de un tratamiento carente de razonabilidad y proporcionalidad respecto de la forma y condiciones en que viene cumpliendo la pena impuesta. 1235

– Sentencia 02534-2019-PHC/TC (Publicada en el Portal Institucional del Tribunal Constitucional el 28 de noviembre de 2019 y en el diario "El Peruano" el 19 de diciembre de 2019)

Caso Keiko Sofía Fujimori (Sobre libertad individual y control de la prisión preventiva)

Proceso de habeas corpus promovido por Sachie Marcela Fujimori Higuchi de Koenig a favor de doña Keiko Sofia Fujimori Higuchi, y la dirige contra el juez del Primer Juzgado de Investigación Preparatoria y los jueces superiores de la Segunda Sala Penal de Apelaciones Nacional en adición a sus funciones de Sala Penal Especializada en delitos aduaneros, tributarios, de mercado y ambientales, solicitando la nulidad de la Resolución 7, del 31 de octubre de 2018, y la Resolución 26, del 3 de enero de 2019, expedidas en el Expediente 299-2017-36, mediante las que, en doble instancia, le impusieron 36 meses de prisión preventiva, vulnerando los derechos fundamentales a la libertad individual, al debido proceso, a la motivación de las resoluciones judiciales, a la

defensa, el principio de legalidad y la presunción de inocencia de la favorecida. 1241

– Sentencia 07392-2013-PHC/TC (Publicada en el Portal Institucional del Tribunal Constitucional el 05 de agosto de 2019)

Caso Horse Brown SAC (Sobre deber de protección animal y derecho de propiedad)

Proceso de Hábeas Corpus interpuesto por Ángelo Cárdenas Serrano, representante de la empresa Horse Brown SAC, contra el Servicio de Parques de Lima (Serpar), en el que solicita que se le devuelva los animales que son de su propiedad. Manifiesta que la demandada hace uso, disfrute y dispone de los animales sin que estos le pertenezcan e impide el ingreso de los trabajadores de la recurrente para poder alimentar a los animales, incurriendo en maltrato animal. 1367

– Sentencia 04007-2015-PHC/TC (Publicada en el Portal Institucional del Tribunal Constitucional el 16 de setiembre del 2019 y en el diario "El Peruano el 18 de diciembre del 2019)

Caso M.H.F.C (Sobre la salud mental de las personas internadas en los establecimientos penitenciarios del país y la declaratoria de un estado de cosas inconstitucional respecto de la falta de diagnóstico y tratamiento de las mismas)

Proceso de habeas corpus promovido por Melchora Castañeda Tuesta de Flores en favor de su hijo M.H.F.C. contra el Director del Establecimiento Penitenciario de Lurigancho solicitando el traslado de la citada persona a un hospital psiquiátrico debido al deterioro en su estado de salud mental. 1393

C. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

– Sentencia 01413-2017-PA/TC (Publicada en el Portal Institucional del Tribunal Constitucional el 9 de julio de 2019)

Caso Ruelas Noa (Sobre criterios en materia de tenencia de mascotas dentro de los edificios)

Proceso de amparo promovido por don Juan Fernando Ruelas Noa contra la Junta de Propietarios del Edificio Antonio Miró Quesada, sito en la avenida Antonio Miró Quesada 700-702-704 y jirón Francisco Graña 601, distrito de Magdalena del Mar, en el cual reside, a los efectos que se ordene la inaplicación del inciso 8 del artículo 35 del Reglamento Interno del citado edificio, en el extremo que regula la tenencia de mascotas. 1445

PRESENTACIÓN

Ernesto Blume Fortini
Magistrado del Tribunal Constitucional del Perú
Director General del Centro de Estudios Constitucionales

En mi calidad de Director General del Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional me complace presentar a la comunidad jurídica, nacional e internacional, el tomo X de la jurisprudencia relevante del Tribunal Constitucional, que contiene las resoluciones más importantes que ha emitido este órgano constitucional, supremo intérprete de la Constitución y garante de la vigencia efectiva de los derechos fundamentales y de la primacía normativa de la Constitución, como producto de su función jurisdiccional durante el ejercicio 2019.

Esta labor de sistematización de la jurisprudencia relevante del Tribunal Constitucional comenzó en el año 2013, bajo la dirección del ex magistrado del Tribunal Constitucional y ex director del Centro de Estudios Constitucionales, doctor Gerardo Eto Cruz; año en el que comenzaron a publicarse los cuatro primeros tomos que compendiaron la jurisprudencia relevante del Tribunal Constitucional dictada desde que entró en funciones el año 1996 hasta diciembre del año 2012. Vale decir, un período de 17 años. Y continúo bajo la batuta del actual magistrado y ex director del Centro de Estudios Constitucionales, doctor Carlos Ramos Núñez, quien se encargó de la publicación de los tomos V, VI, VII, VIII y IX, que abarcan el período comprendido entre enero de 2013 y diciembre de 2018. Es decir, seis años adicionales de jurisprudencia constitucional básica.

Hoy me corresponde, con mucha satisfacción, continuar la senda dejada por mis distinguidos colegas y sistematizar los pronunciamientos más importantes que han sido expedidos por el Tribunal Constitucional desde enero hasta diciembre del 2019; pronunciamientos que demuestran que el supremo intérprete de la Constitución ha mantenido una labor fructífera en la impartición de justicia constitucional, resuelto controversias nuevas y complejas y, en varios de los casos, desarrollado contenidos iusfundamentales, reconocido nuevos derechos de la persona, aplicado los principios

constitucionales, establecido nuevos lineamientos y criterios jurisprudenciales y creado doctrina jurisprudencial, todo lo cual, indudablemente, tiene un valor pedagógico que vincula a los demás operadores del Derecho.

La abundante jurisprudencia del Tribunal Constitucional, emitida a lo largo de todos estos años, nos ha servido para tener un mejor conocimiento de nuestra Constitución, lo que coadyuva en la forja de una ilusión personal, que es la de crear en el Perú un sentimiento constitucional, que implica hacer que todos nosotros nos convenzamos de la importancia y trascendencia de nuestra Constitución, la valoremos y la defendamos, que aprendamos a amar nuestra Constitución, para que, compenetrados con ella, no permitamos que la historia del pasado, que fue una de dictaduras y rompimientos del orden constitucional se repita, y para consolidarnos como un auténtico Estado Constitucional, que es el Estado de defensa a ultranza de los derechos fundamentales de la persona y el Estado de protección inclaudicable de la Constitución, que es la expresión normativa de la voluntad del Poder Constituyente. La jurisprudencia constitucional del 2019 sigue esa línea.

En cuanto al esquema temático, el presente volumen prosigue el camino trazado por los volúmenes anteriores y, por consiguiente, se encuentra dividido en tres secciones. La primera sección está referida a las sentencias constitucionales expedidas en los procesos orgánicos; esto es, en los procesos de inconstitucionalidad y competencial. La segunda sección trata sobre las sentencias constitucionales emitidas en los procesos de tutela de derechos; vale decir, en los procesos de hábeas corpus, amparo, cumplimiento y hábeas data. En el año 2019 no se emitieron precedentes vinculantes pero si se aprobó doctrina jurisprudencial, por lo que la tercera sección se ocupa, por último, del pronunciamiento en el que el Tribunal Constitucional estableció esta figura.

En cuanto a los procesos orgánicos, invito a revisar, por ejemplo, la Sentencia 0020-2015-PI/TC, dictada en el proceso de inconstitucionalidad promovido por el Colegio de Abogados de Arequipa contra la Ley 29622, que modificó la Ley 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, que amplió las facultades de la Contraloría General de la República para sancionar en materia de responsabilidad administrativa funcional; sentencia en la que el Tribunal Constitucional se pronunció sobre la aplicación de los principios de independencia e imparcialidad en los procedimientos administrativos sancionadores; desarrolló el principio de legalidad y el sub principio tipicidad o taxatividad en materia sancionatoria; y, entre otros importantes aspectos, se pronunció sobre el contenido del derecho fundamental implícito de acceso a la función pública.

En dicha sentencia, por contravenir el principio de tipicidad, el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional el artículo 46 de la Ley 27785, Orgánica del Sistema

Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, incorporado por el artículo 1 de la Ley 29622; y, además, por conexidad, declaró inconstitucional la frase "que fueron referidas en el artículo 46" del primer párrafo del artículo 47.1, literal a, de la Ley 27785, Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, incorporado por el artículo 1 de la Ley 29622. Asimismo, a fin de resguardar los derechos políticos de los servidores públicos, emitió un pronunciamiento interpretativo en relación al artículo 47.1, literal a, de la Ley 27785, incorporado por el artículo 1 de la Ley 29622, al establecer que "las sanciones de inhabilitación impuestas por la Contraloría General de la República no restringen los derechos políticos de aquellos que son objeto de inhabilitación; esto es, el conjunto de derechos reconocidos en el Capítulo III del Título I de la Constitución."

Del mismo modo, es importante resaltar la Sentencia 0009-2015-PI/TC, emitida en el proceso de inconstitucionalidad promovido por seis mil ciudadanos contra diversos artículos del Decreto Legislativo 1133, "Decreto legislativo para el ordenamiento definitivo del Régimen de pensiones militar y policial", en la que el Tribunal Constitucional se pronunció sobre el nuevo régimen de pensiones de las fuerzas armadas y la policía nacional y, entre otras decisiones que aparecen en la parte resolutiva, declaró un estado de cosas inconstitucional respecto del tratamiento legislativo desigual e injustificado de prohibir la doble percepción de ingresos para los pensionistas del Estado; en consecuencia, dispuso que el Poder Legislativo adopte, en el marco de las disposiciones constitucionales y presupuestarias correspondientes, las medidas adecuadas para corregir dicho estado en el plazo de un año; y, por su parte, que el Poder Ejecutivo reglamente el precitado Decreto Legislativo 1133, en el plazo de seis meses de publicada la sentencia.

En relación con el proceso competencial, interesa destacar la Sentencia 0005-2016-CC/TC, emitida en el conflicto de competencias promovido por el Poder Ejecutivo contra el Poder Judicial, en la que el Colegiado se pronunció sobre la validez de permisos de pesca otorgados mediante resoluciones judiciales, lo que, según el Poder Ejecutivo, afectaba sus atribuciones exclusivas en materia de pesquería y acuicultura. Esta sentencia declaró fundada la demanda del Ejecutivo por cuanto se advirtió el menoscabo de sus atribuciones por parte del Poder Judicial, el que incurrió en vicios competenciales al autorizar el incremento de flota y otorgar permisos de pesca en procesos judiciales en los que el Ministerio de la Producción no fue parte; al incumplir lo dispuesto en la Ley 29639, "Ley que regula el otorgamiento de medidas cautelares referidas al uso, aprovechamiento, extracción o explotación de recursos naturales hidrobiológicos"; al extender los efectos de una sentencia estimatoria impugnada luego de que fuera revocada en segundo grado sin que exista debida motivación; y al expedir

permisos de pesca y otras modalidades de autorizaciones, permisos o derechos pesqueros a través de procesos judiciales sin previo procedimiento administrativo.

En la segunda sección, relativa a los procesos de cautela de derechos fundamentales, la labor del Tribunal Constitucional no ha sido menos relevante. En la Sentencia 01643-2014-PA/TC, por ejemplo, expedida en el proceso de amparo promovido por don Domingo Peralta Tapara contra la Asociación de Padres de Familia (Apafa) de la Institución Educativa 22346, San Martín de Porras, del Distrito de Santiago de Ica, y otros, en el que se invocó la violación del derecho de petición, el supremo intérprete emitió un pronunciamiento sobre la participación de los abuelos en las Asociaciones Escolares de Padres de Familia – Apafas; y, para resolver la controversia, se pronunció sobre la familia y su relación con la escuela; la participación de los padres de familia en el proceso educativo de sus hijos mediante terceros (tutores o apoderados); y las Apafas como sujetos legitimados pasivos del derecho de petición. La sentencia, finalmente, declaró fundada la demanda al no habérsele permitido al demandante el derecho a participar en los asuntos internos de la Apafa de la institución educativa donde estudiaba su nieto.

Por su parte, en la Sentencia 1272-2017-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por doña Duberlis Nina Cáceres contra el Presidente de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios y la Administradora del Módulo del Nuevo Código Procesal Penal de Tambopata, en el que se alegó la vulneración de los derechos fundamentales al disfrute del tiempo libre y al descanso, a trabajar libremente y al libre desarrollo de la personalidad, el Tribunal Constitucional resolvió el caso de la actora, Jueza de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios, a quien se le obligaba a realizar jornadas de trabajo fuera del horario de despacho, a pesar de que contaba con el permiso de lactancia materna.

Para amparar la demanda, desarrolló estos importantes y novedosos temas: "La situación de las mujeres en la sociedad actual"; "La lactancia materna y su protección en el ámbito laboral"; la "Protección de las mujeres y madres trabajadoras según instrumentos internacionales"; "La familia y su protección por la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos. La especial protección de la unidad familiar"; la "Protección de la salud familiar"; el "Libre desarrollo de la personalidad"; "El interés superior del niño y su condición de sujeto de especial protección"; así como "La protección constitucional a la libertad de trabajo y el disfrute del tiempo libre y al descanso". Concluyó, por último, que es obligación de públicos y privados facilitar el permiso por lactancia para las madres trabajadoras y así evitar que cualquier trabajadora de una actividad remunerada pueda sufrir un tratamiento arbitrario.

En el caso "Vulcano", resuelto mediante la Sentencia 7798-2013-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por la empresa Vulcano SRL, Consorcio Alfa y otros, contra Petroperú y otro, en el que se alegó la amenaza de violación de los derechos constitucionales a la libertad de trabajo y a la libertad de contratación, el Tribunal Constitucional tuvo oportunidad de pronunciarse sobre los impedimentos legales para ser participante, postor y/o contratista que tienen los parientes de personas que trabajan en el Estado. En este caso, en aplicación del artículo 10 de la Ley de Contrataciones del Estado, vigente al momento de los hechos, Petroperú paralizó la ejecución de unos contratos (Contratos 94351-YF-OBRA, 88789-YF-OBRA y 89394-ZF-OBRA) porque el gerente general de Vulcano SRL y representante de Consorcio Alfa, don Jorge Sullón Barrientos, era hermano del trabajador de Petroperú, don Wilfredo Sullón Barrientos.

En este significativo pronunciamiento, el Tribunal Constitucional señaló que aunque no es cuestionable que los procesos de contratación que convoca el Estado deben manejarse con sujeción a los principios de interés general, transparencia y buena fe, y en función a ellos, establecerse restricciones para todos aquellos que puedan participar en los mismos, dichas restricciones deben tener una base elementalmente razonable y no ser enunciadas de modo abierto o indeterminado, tanto más cuando nuestra Constitución reconoce un modelo económico que privilegia la inversión privada y un amplio catálogo de libertades económicas, además de reconocer el derecho fundamental a participar en la vida económica de la Nación.

Por este motivo, el garante del efectivo cumplimiento de los derechos fundamentales estableció el criterio de que solo cabe prohibir la contratación cuando el funcionario tiene poder decisión o injerencia en la misma, mas no así en los casos en que el familiar que trabaja en el Estado no tenga cargo de dirección o potestad de inferir o de decidir sobre la contratación pública. En consecuencia, declaró fundada en parte la demanda e inaplicables a los demandantes los incisos d), f) e i) del artículo 10 del derogado Decreto Legislativo 1017, Ley de Contrataciones del Estado, estableciendo que estos pueden participar en las licitaciones públicas convocadas por Petroperú, sin que la relación de parentesco entre don Jorge Sullón Barrientos y don Wilfredo Sullón Barrientos sea causal de impedimento, siempre y cuando este último no tenga ningún poder de decisión, participación o de interferencia en los procesos de contratación que convoque. Asimismo, ordenó que se notifique la sentencia al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE para su conocimiento y fines pertinentes.

Entre los habeas corpus, se encuentra el Caso Keiko Fujimori, de especial resonancia, resuelto mediante Sentencia 02534-2019-PHC/TC, dictada en el proceso promovido por Sachie Marcela Fujimori Higuchi de Koenig a favor de doña Keiko Sofia Fu-

jimori Higuchi, contra el juez del Primer Juzgado de Investigación Preparatoria y los jueces superiores de la Segunda Sala Penal de Apelaciones Nacional en adición a sus funciones de Sala Penal Especializada en delitos aduaneros, tributarios, de mercado y ambientales, en el que solicitó la nulidad de la Resolución 7, del 31 de octubre de 2018, y la Resolución 26, del 3 de enero de 2019, expedidas en el Expediente 299-2017-36, mediante las que, en doble instancia, le impusieron 36 meses de prisión preventiva, vulnerando, según alegó la demandante, los derechos fundamentales a la libertad individual, al debido proceso, a la motivación de las resoluciones judiciales, a la defensa, el principio de legalidad y la presunción de inocencia de la favorecida.

Esta sentencia se pronuncia una vez más sobre la figura de la prisión preventiva en el Perú y su ejercicio desmedido. Y aunque hubo cuatro votos conformes únicamente en relación a la afectación de la libertad personal de la ciudadana Keiko Fujimori, se han mantenido los criterios establecidos en el caso Humala-Heredia, resuelto mediante Sentencia 4780-2017-PHC/TC (acumulado), en el que se reiteró que la prisión preventiva solo puede ser una medida de última ratio y se exigió una motivación cualificada en el dictado de la misma. Se ha señalado también en el pronunciamiento, que la lucha frontal contra la corrupción debe ser una lucha constitucionalizada y convencionalizada. Es decir, enmarcada escrupulosamente en el respeto de los derechos fundamentales, especialmente del debido proceso, la presunción de inocencia, el derecho de defensa y la tutela procesal efectiva.

De otra parte, en la Sentencia 4937-2014-PHC/TC, expedida en el proceso de hábeas corpus promovido por doña Angélica Reynoso Alviño en favor de su menor nieta de iniciales N. I. B. P. contra la Directora de la Investigación Tutelar de Junín, a fin que se disponga la libertad de la menor favorecida y le sea entregada a la recurrente, toda vez que se encontraba retenida en el albergue del Distrito de Jauja por disposición de la emplazada y por un presunto abandono moral, el Tribunal Constitucional volvió a manifestarse sobre el interés superior del niño, pero ahora al decidirse sobre el desarrollo de su personalidad en circunstancias excepcionales, como cuando tenga que estar alejado de sus padres. En ese sentido, señaló que una atención prioritaria demanda que en estos casos el niño siempre crezca con afecto, comprensión y felicidad, y en un ambiente de seguridad y responsabilidad, que sea adecuado para su desenvolvimiento y el desarrollo de su personalidad; y, en consecuencia, las autoridades correspondientes tomen decisiones razonables y no desproporcionadas en relación con el futuro del menor, lo que no ocurrió en este caso.

En el fallo de la sentencia se dispuso finalmente que, por ser lo más adecuado y acorde con el interés superior del niño, la menor permanezca bajo el cuidado, la crianza y las atenciones de sus abuelos maternos, y ordenó al A quo que, en la etapa de ejecución,

brinde todas las garantías necesarias y se le otorgue el apoyo psicológico a doña Angélica Reynoso Alviño y a su cónyuge para que puedan cuidar a la favorecida en un ambiente de sosiego y tranquilidad, libre de amenazas y de violencia.

En la tercera sección se ubica la sentencia constitucional del 2019 en la que el Tribunal Constitucional estableció doctrina jurisprudencial vinculante. Esto es, la Sentencia 01413-2017-PA/TC, dictada en el proceso de amparo promovido por don Juan Fernando Ruelas Noa contra la Junta de Propietarios del Edificio Antonio Miró Quesada, en el que solicitó que se ordene la inaplicación del inciso 8 del artículo 35 del Reglamento Interno del citado edificio en el cual reside, en el extremo que regulaba la tenencia de mascotas y establecía una serie de prohibiciones al respecto, como el prohibir subir a los ascensores con mascotas.

Luego de determinar que la tenencia de mascotas es una manifestación del derecho al libre desarrollo de la personalidad, en el entendido de que es opción de cada persona el decidir si tiene una mascota o no, el Tribunal Constitucional consideró que en el caso se vulneró dicho derecho, además del derecho a la libertad de tránsito, por lo que declaró fundada la demanda y estableció como doctrina jurisprudencial que la prohibición de tenencia de mascotas en el edificio, de adquisición de nuevas mascotas y de uso del ascensor en compañía de ellas, resultan desproporcionadas y configuran una transgresión de estos derechos. Asimismo, que prohibir el ingreso o permanencia visitas en compañía de animales no puede significar de ninguna manera restringir la entrada de perros guía al edificio en cual habita el demandante, incluso a sus áreas privadas.

Estas son algunas de las sentencias constitucionales que el lector podrá apreciar en el presente volumen, que esperamos sea de mucha utilidad para todos y coadyuven en la forja de nuestro Estado Constitucional.

A. PROCESOS ORGÁNICOS

A.1 PROCESOS DE INCONSTITUCIONALIDAD

PLENO JURISDICCIONAL

Expediente 0025-2014-PI/TC

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

12 de febrero de 2019

Caso del Plan Urbano Distrital de Río Negro

Municipalidad Provincial de Satipo c. Municipalidad distrital de Río Negro

Asunto

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra la Ordenanza Municipal 017-2012-CM-MDRN, mediante la cual s e aprueba el Plan Urbano Distrital de Río Negro 2012-2021

Magistrados firmantes:

SS.

BLUME FORTINI
MIRANDA CANALES
SARDÓN DE TABOADA
LEDESMA NARVÁEZ
FERRERO COSTA

TABLA DE CONTENIDOS

I. ANTECEDENTES

A. Petitorio Constitucional

B. Debate constitucional

Las partes presentan los argumentos sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la disposición impugnada que se resumen a continuación

B-1. Demanda

B-2. Contestación de la demanda

II. FUNDAMENTOS

§1. Inconstitucionalidad indirecta, Bloque de constitucionalidad y Parámetro de control

§2. Análisis y Aplicación del Bloque de constitucionalidad en el caso en concreto

§3. Plan de Desarrollo Urbano y Plan Urbano Distrital

§4. Análisis del Plan Urbano Distrital de Río Negro 2012-2021

III. FALLO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 12 días del mes de febrero de 2019, el Tribunal Constitucional, en sesión del Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados, Blume Fortini (presidente), Miranda Canales (vicepresidente), Sardón de Taboada y Ledesma Narváez, pronuncia la siguiente sentencia, sin la intervención del magistrado Espinosa- Saldaña Barrera, por encontrarse con licencia el día de la audiencia pública y con el abocamiento del magistrado Ferrero Costa, aprobado en la sesión de fecha 5 de setiembre de 2017. Asimismo, se agrega el fundamento de voto del magistrado Blume Fortini. Se deja constancia de que el magistrado Ramos Núñez votará en fecha posterior.

I. ANTECEDENTES

A. Petitorio Constitucional

Con fecha 2 de diciembre de 2014, la Municipalidad Provincial de Satipo solicita que se declare la inconstitucionalidad de la totalidad de la Ordenanza Municipal 017-2012-CM-MDRN por razones formales, y sustantivas, toda vez que contraviene el artículo 194 y los incisos 5, 6 y 10 del artículo 195 de la Constitución. Asimismo, infringe el artículo 79 de la Ley Orgánica de Municipalidades.

Por su parte, con fecha 24 de marzo de 2015, La Municipalidad Distrital de Río Negro contesta la demanda, negándola y contradiciéndola en todos sus extremos.

B. Debate constitucional

Las partes presentan los argumentos sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la disposición impugnada que se resumen a continuación.

B-1. Demanda

La demanda se sustenta en los siguientes argumentos:

- La demandante de autos afirma que la Municipalidad Distrital de Río Negro, mediante la ordenanza objetada, ha aprobado un "Plan de Desarrollo Urbano" (PDU) bajo la denominación "Plan Urbano Distrital" (PUD). Subraya que, de acuerdo con el artículo 79 de la Ley Orgánica de Municipalidades, tal competencia le corresponde a las municipalidades provinciales.

- Asimismo, sostiene que el contenido y desarrollo del plan urbano, aprobado por medio de la norma impugnada, no cumple con los requisitos que establece el artículo 14 del Decreto Supremo 004-2011-Vivienda.
- Concluye en su demanda la Municipalidad Provincial de Satipo que, si el fin de la norma era aprobar un Plan Urbano Distrital, este debió adecuarse al artículo 14 y no al artículo 11 del referido Decreto Supremo.
- Además, señala que la norma impugnada, técnicamente, se enmarca y desarrolla tomando en cuenta el "Plan de Acondicionamiento Territorial de la Provincia de Satipo (PAT Satipo)" y no bajo los criterios de un "Plan Urbano Distrital (PUD)", pese a que el artículo 3.1 del Decreto Supremo 004-2011-Vivienda distingue ambos supuestos.
- La municipalidad demandante subraya que el inciso 1 del artículo 40 del ya mencionado Decreto Supremo 004-2011-Vivienda establece que corresponde a las municipalidades provinciales la aprobación del Plan de Desarrollo Urbano; mientras tanto, el artículo 15 del referido decreto supremo fija la competencia de las municipalidades distritales en el ámbito de la formulación y aprobación de su "Plan Urbano Distrital".

- Por estas consideraciones, el demandante concluye que se ha vulnerado el artículo 194, así como los incisos 5, 6 y 10 del artículo 195 de la Constitución; y, por consiguiente, que la norma objetada debería ser declarara inconstitucional.
- Finalmente, la Municipalidad Provincial de Satipo señala que hasta la fecha no se han definido los límites interdistritales entre las municipalidades de Río Negro y Satipo, y, en consecuencia, si la demandada no tiene un territorio definido, mal podría irrogarse la facultad de planificación y ordenamiento de su espacio urbano
- Concluye el demandante que la norma objeto de controversia ha vulnerado también el artículo 4 de la Ley 15481, Ley de Creación de la Provincia de Satipo.

B-2. Contestación de la demanda

Los argumentos expuestos en la contestación de la demanda son los siguientes:

- La parte de demandada sostiene que a través de la ordenanza objetada únicamente se busca la creación de un Plan Urbano Distrital para la Municipalidad de Río Negro por un lapso de 9 años desde su publicación; es decir, desde el año 2012 hasta el año 2021.

- Asimismo, la demandada alega que la naturaleza del Plan Urbano (PU) recogido en la ordenanza objetada es un instrumento técnico-normativo mediante el cual se desarrollan disposiciones del Plan de Desarrollo Metropolitano y del Plan de Desarrollo Urbano.
- La demandada alega, además, que no ha usurpado funciones, toda vez que, en su condición de gobierno local, es una persona jurídica de derecho público que goza de autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia, tal como lo establece la Ley Orgánica de Municipalidades; y, por tanto, se encuentra en la potestad de expedir una norma relativa a la creación de un Plan Urbano Distrital.
- Además, sostiene que, en materia de organización del espacio físico y uso del suelo, la municipalidad distrital tiene por función específica y exclusiva la aprobación de un plan urbano o rural distrital; por consiguiente, la Municipalidad de Río Negro no ha hecho más que ejercer la competencia prevista en el numeral 3 del artículo 79 de la Ley Orgánica de Municipalidades.
- Añade que si en el segundo volumen del PUD se alude a "propuestas de desarrollo urbano" se utiliza el término de modo compatible con el que surge del glosario incluido en el Decreto Supremo 004-2011-Vivienda y sin invadir las atribuciones de la Municipalidad Provincial.

- La Municipalidad Distrital de Río Negro sostiene que, la propuesta del "Plan Urbano Distrital de Río Negro" fue exhibida en su sede institucional y de forma virtual en la página web por el término de sesenta días calendario. Asimismo alega que el contenido del referido plan urbano fue expuesto en audiencias públicas, y en virtud de ello se habría cumplido con las obligaciones emanadas del artículo 44 del Decreto Supremo 004-2011-Vivienda.
- La municipalidad demandada afirma que, según el informe 132-2012-SGPC-GDUR/MDRN, de fecha 18 de octubre de 2012, el subgerente de Planeamiento y Catastro de la Gerencia de Desarrollo Urbano y Rural manifiesta que el "Plan Urbano Distrital de Río Negro" y el procedimiento seguido en su elaboración resultan conformes con las exigencias derivadas del Decreto Supremo 004-2011-Vivienda.
- Respecto a la organización del espacio físico y uso del suelo, y de conformidad con el artículo 73 de la Ley Orgánica de Municipalidades, la parte demandada sostiene que los gobiernos locales deben sujetarse al ordenamiento jurídico vigente y este incluye el Plan de Acondicionamiento Territorial (PAT) aprobado por la Municipalidad Provincial, por lo que no puede decirse que haya excedido

sus atribuciones al mencionarlo en los considerandos de la ordenanza cuestionada.

– Finalmente, la demandada advierte que este Tribunal debe ser precavido al momento de resolver, toda vez que declarar la inconstitucionalidad de una norma como esta expondría un vacío normativo que podría generar afectaciones colaterales a los ciudadanos.

II. FUNDAMENTOS

1. El pronunciamiento sobre la constitucionalidad de las ordenanzas municipales en general, y de la cuestionada en particular, exige determinar las disposiciones constitucionales y legales que habrán de operar como parámetro de validez.

2. De hecho, la demandante sostiene que la ordenanza impugnada es inconstitucional por cuanto, a su criterio, resulta contraria a lo establecido por el artículo 79 de la Ley Orgánica de Municipalidades.

§1. Inconstitucionalidad indirecta, bloque de constitucionalidad y parámetro de control

3. De conformidad con el artículo 75 del Código Procesal Constitucional, la infracción contra la jerarquía normativa de la Constitución puede ser i) directa o indirecta, ii) de carácter total o parcial, y iii) tanto por la forma como por el fondo.

4. La infracción directa se produce cuando la norma legal resulta contraria a lo establecido o prohibido, expresamente, por una disposición constitucional. Así, el parámetro de control que permitirá verificar la constitucionalidad o inconstitucionalidad del dispositivo legal se reducirá, única y exclusivamente, a la Norma Fundamental.

5. En cambio, en el caso de la inconstitucionalidad indirecta, se requiere recurrir a disposiciones de rango legal por cuanto la regulación específica de la materia en controversia no fue abordada en la Constitución, sino que lo ha sido por normas legales aprobadas de conformidad con el marco dispuesto por aquella.

6. En casos como estos, el análisis de constitucionalidad no puede basarse en un mero juicio de compatibilidad directa entre la norma cuestionada y la Constitución, sino que su análisis requerirá que se verifique su conformidad con una norma legal perteneciente al parámetro o bloque de constitucionalidad.

7. Estas disposiciones, del mismo rango que la controlada, a las que se debe recurrir para resolver el caso, se denominan normas interpuestas. Estas últimas con-

forman un esquema trilateral, donde el parámetro de control está constituido por la propia Constitución y la norma interpuesta, en tanto que la ley o norma con rango de ley es la disposición objeto de control.

8. De lo expuesto se deduce que si la disposición impugnada no resulta conforme directamente con la norma interpuesta, será contraria, indirectamente, a la Constitución.

9. El contenido específico de las ordenanzas no se encuentra regulado por la Constitución. El artículo 194 de la Norma Suprema se limita a establecer que los gobiernos locales gozan de autonomía política y deriva en el legislador el diseño de las funciones y atribuciones que habrán de ponerse a cargo de cada una de estas instancias subnacionales.

10. Pero estas no operan de modo independiente o autárquico, sino que lo hacen en el contexto de las leyes y los planes nacionales y regionales de desarrollo, conforme se encuentra constitucionalmente ordenado por el artículo 195.

11. Para decidir la constitucionalidad o no de las ordenanzas que una Municipalidad provincial expida, se deberán tomar en cuenta las disposiciones de la ley orgánica de municipalidades y las normas expedidas en el ámbito regional o provincial dentro del que se encuentre.

12. Con la Constitución y las normas interpuestas se estructura lo que se denomina el bloque de constitucionalidad, que operará como parámetro de control de la disposición impugnada.

§2. Análisis y Aplicación del Bloque de constitucionalidad en el caso en concreto

13. La pretensión planteada por la parte demandante se refiere a la supuesta violación del artículo 194, así como de los incisos 5, 6 y 10 del artículo 195 de la Constitución, que, en lo pertinente, serán analizados por este Tribunal.

14. En primer lugar, el artículo 194 de la Constitución establece que las municipalidades provinciales y distritales son órganos de gobierno local y cuentan con autonomía política, administrativa y económica en los asuntos de su competencia.

15. Respecto a la autonomía de los gobiernos locales, este Tribunal ha sostenido lo siguiente:

> La autonomía de los gobiernos locales […] constituye una garantía institucional que, les permite desenvolverse con plena libertad en los asuntos designados por la Constitución misma o por la ley [Sentencia 0028-2007-PI/TC, fundamento 5].

16. En dicho caso, este Tribunal añadió lo siguiente sobre la autonomía de los gobiernos locales que establece el artículo 194 de la Constitución:

    a. La autonomía política consiste en la facultad de adoptar y concordar las políticas, planes y normas en los asuntos de su competencia, aprobar y expedir sus normas, decidir a través de sus órganos de gobierno y desarrollar las funciones que les son inherentes.

    b. La autonomía administrativa consiste en la facultad de organizarse internamente, así como de determinar y reglamentar los servicios públicos de su responsabilidad.

    c. La autonomía económica consiste en la facultad de crear, recaudar y administrar sus rentas e ingresos propios, así como de aprobar sus presupuestos institucionales conforme a la Ley de Gestión Presupuestaria del Estado y las Leyes Anuales de Presupuesto" [fundamento 8].

17. El desarrollo y aprobación de un Plan Urbano Distrital mediante ordenanza se relaciona sin duda con la potestad autoregulativa de las municipalidades distritales y las normas del bloque de constitucionalidad le asignan expresamente tal competencia.

18. Sin embargo, este Tribunal ya ha establecido que el concepto de autonomía no debe ser confundido con el de autarquía. Al respecto, ha señalado:

    > […] aunque la autonomía concedida a los gobiernos municipales les permite desenvolverse con plena libertad en los aspectos administrativos, económicos y políticos (entre ellos, los legislativos), la misma no supone autarquía funcional al extremo de que, de alguna de sus competencias, pueda desprenderse desvinculación parcial o total del sistema político o del propio orden jurídico en el que se encuentra inmerso cada gobierno municipal. En consecuencia no porque un organismo sea autónomo deja de pertenecer al Estado, pues sigue dentro de él y, como tal, no puede apartarse del esquema jurídico y político que le sirve de fundamento a éste y, por supuesto, a aquél [Sentencia 0007-2001-PI, fundamento 6].

19. Queda claro, entonces, que los planes urbanos distritales deben enmarcarse en el contexto de los planes de desarrollo urbano que aprueben las municipalidades provinciales y estos vincularse, a su vez, con los planes regionales y nacionales.

20. Por otra parte, el inciso 6 del artículo 195 de la Constitución establece que son competencias de los gobiernos locales para promover el desarrollo de su comunidad:

> Planificar el desarrollo urbano y rural de sus circunscripciones, incluyendo la zonificación, urbanismo y el acondicionamiento territorial.

21. Dicho artículo debe ser interpretado en correlación con el inciso 10 del artículo 195 del mismo cuerpo normativo, el cual establece que los gobiernos locales podrán ejercer otras atribuciones inherentes a su función siempre que esta se ajuste al marco legal vigente.

22. Ahora bien, en relación con el artículo 195 de la Constitución, este Tribunal ya ha señalado lo siguiente:

> En principio, si bien la Constitución no diferencia a las municipalidades provinciales de las distritales, al momento de regular las atribuciones otorgadas de manera expresamente por ella a los gobiernos locales, en el inciso 10) del artículo 195° hace un reenvío para que el legislador supla aquello que no está normado en la Carta Magna, lo que, como volvemos a reiterar, ya ha sido hecho a través de la Ley Orgánica de Municipalidades (STC 0046-2004-PI/TC, fundamento 12).

23. Atendiendo a lo expuesto deberá determinarse si el plan aprobado por el Concejo Distrital de Río Negro tiene la naturaleza de un Plan de Desarrollo Urbano o la de un Plan Urbano Distrital. A tal fin se deberán tomar en cuenta las competencias y atribuciones previstas por la Ley Orgánica de Municipalidades.

24. De otro lado, tanto la municipalidad demandante como la demandada han tomado en cuenta las disposiciones del Decreto Supremo 004-2011-Vivienda como referencia para diferenciar los tipos de planes de desarrollo.

25. Este Tribunal advierte que dicho decreto supremo ha sido derogado por la única disposición complementaria derogatoria del Decreto Supremo 22-2016-Vivienda, pero podría ser tomado en cuenta en el caso de autos ya que se encontraba vigente al momento en que se expidió la ordenanza impugnada.

26. Atendiendo a que el Decreto Supremo 004-2011-Vivienda desarrollaba las características y componentes de los planes de desarrollo en el marco de las políticas de acondicionamiento territorial y desarrollo urbano sostenible, será tomado en cuenta como pauta de interpretación sobre el contenido del plan aprobado por la ordenanza cuya constitucionalidad se cuestiona en autos.

§3. Plan de Desarrollo Urbano y Plan Urbano Distrital

27. A la luz de las normas del bloque de constitucionalidad y de las normas infralegales invocadas por las partes y que este Tribunal entiende que pueden ser toma-

das en cuenta como referencia, se deberá analizar el contenido y características de los planes de desarrollo urbano y de los planes urbanos distritales, así como las facultades y limitaciones con que contaba la municipalidad de Río Negro al momento de expedir la norma objeto de controversia.

28. El artículo 10 del Decreto Supremo 004-2011-Vivienda brinda la definición y características de los planes de desarrollo urbano, que es el instrumento técnico-normativo que orienta el desarrollo urbano de las ciudades o conglomerados urbanos con población entre 20 001 y 500 000 habitantes o ciudades capitales de provincia, en concordancia con el Plan de Acondicionamiento Territorial o el Plan de Desarrollo Metropolitano de ser aplicable.

29. Por otro lado, el artículo 13 del Decreto Supremo 004-2011-Vivienda establece que un Plan Urbano Distrital, por su parte, es el instrumento técnico-normativo mediante el cual se desarrollan disposiciones del Plan de Desarrollo Metropolitano y del Plan de Desarrollo Urbano, en los distritos que pertenecen a Áreas Metropolitanas o a áreas conurbadas.

30. Ahora bien, tanto el Plan de Desarrollo Urbano cono el Plan Urbano Distrital pertenecen al género "Plan Urbano". Ello puede ser evidenciado de la lectura del inciso 1 del artículo 3 del Decreto Supremo 004-2011-Vivienda que establecía lo siguiente:

> Planes urbanos (PU), que comprenden:
>
> 1) Planes de Acondicionamiento Territorial (PAT)
>
> 2) Plan de Desarrollo Metropolitano (PDM)
>
> 3) Plan de Desarrollo Urbano (PDU)
>
> 4) Plan Urbano Distrital (PUD)
>
> 5) Esquema de Ordenamiento Urbano (EU)

31. Desde la perspectiva del contenido material de los planes urbanos, el ya mencionado Decreto Supremo 4-2011-Vivienda establecía lo siguiente:

DECRETO SUPREMO 004-2011-VIVIENDA	
Artículo 11.- Contenido del Plan de Desarrollo Urbano	Artículo 14.- Contenido del Plan Urbano Distrital
El Plan de Desarrollo Urbano establece, lo siguiente: 1) El modelo de desarrollo urbano del Ámbito de Intervención del plan que contribuya a fortalecer y mejorar los niveles de eficacia de las acciones territoriales y urbanas de las municipalidades que la conforman. 2) Lineamientos de política y estrategias de desarrollo urbano. 3) La Clasificación del Suelo, para orientar las intervenciones urbanísticas. 4) La zonificación de usos del suelo urbano y de su área circundante, así como su normativa. 5) El plan vial y de transporte y su normativa respectiva. 6) La sectorización urbana y la determinación del nivel de servicio, la localización y dimensionamiento de los equipamientos de educación, salud, seguridad, recreación, otros usos y otros servicios complementarios, acorde con los requerimientos actuales y futuros de la población. 7) La proyección de la demanda de nuevas unidades de vivienda para determinar las áreas de expansión urbana y/o programas de densificación, de acuerdo a las condiciones y características existentes. 8) La delimitación de áreas que requieran de Planes Específicos. 9) Los requerimientos actuales y futuros de saneamiento, ambiental y de infraestructura de servicios básicos.	El Plan Urbano Distrital debe considerar los siguientes aspectos: 1) La compatibilidad del Índice de Usos para ubicación de actividades urbanas en las zonas residenciales, comerciales e industriales del distrito. 2) Los retiros de las edificaciones. 3) La dotación de estacionamientos en zonas comerciales y residenciales. 4) Las disposiciones relativas al ornato y mobiliario urbano. 5) Identificación de las áreas públicas aptas para la inversión privada.

10) La preservación de las áreas e inmuebles de valor histórico monumental; 11) La identificación de áreas de protección, conservación, prevención y reducción de riesgos, o recuperación y defensa del medio ambiente. 12) La programación de acciones para la protección y conservación ambiental y la de mitigación de desastres. 13) El Programa de Inversiones Urbanas y la identificación de las oportunidades de negocios, a fin de promover las inversiones y alcanzar el modelo de desarrollo urbano previsto en el Plan. 14) Los mecanismos de gestión urbana respecto de las determinaciones adoptadas en el Plan de Desarrollo Urbano. 15) Los mecanismos de seguimiento y evaluación de los resultados de la ejecución del Plan de Desarrollo Urbano.	

32. Queda claro, entonces, que existen importantes diferencias en torno a los aspectos que se desarrollan en cada uno de los planes urbanos de los que se diera cuenta en el cuadro anterior.

33. Además, el Tribunal Constitucional considera oportuno destacar que, a fin de determinar la competencia para la emisión de cada uno de esos planes, corresponde tomar en cuenta los incisos 1.2 y 3.1 del artículo 79 de la Ley Orgánica de Municipalidades, en cuanto establece que son lo siguiente:

> 1. Funciones específicas exclusivas de las municipalidades provinciales:
>
> 1.1. Aprobar el Plan de Desarrollo Urbano
>
> […]
>
> 3. Funciones específicas exclusivas de las municipalidades distritales:
>
> 3.1. Aprobar el plan urbano […] distrital[…]

34. Cabe concluir, entonces, que entre el Plan de Desarrollo Urbano (PDU) y el Plan Urbano Distrital (PUD) existen diferencias sustanciales relacionadas con el contenido de cada tipo de plan urbano y también diferencias competenciales, ya que los primeros deben ser aprobados por las municipalidades provinciales y los segundos por las distritales.

35. A fin de resolver la presente controversia, no bastará con analizar el título del plan aprobado por la ordenanza impugnada, sino que deberá analizarse su contenido, fundamentación y objeto final.

§4. Análisis del Plan Urbano Distrital de Río Negro 2012-2021

36. El demandante alega que el plan urbano contenido en la ordenanza objetada es en realidad un Plan de Desarrollo Urbano, y prueba de ello es que de los considerandos de la norma se desprende que esta habría sido aprobada bajo los parámetros del Plan de Acondicionamiento Territorial de Satipo (PAT Satipo).

37. En efecto, de la lectura del décimo párrafo de los considerandos que sustenta la norma objetada se desprende lo siguiente:

> […]el precitado Plan se elaboró teniendo como marco de referencia el Plan de Acondicionamiento Territorial de la Provincia de Satipo, aprobado mediante Ordenanza Nro. 021-2011-CM/MPS[…].

38. Ahora bien, como se ha detallado en los fundamentos anteriores, el principio de autonomía de los gobiernos locales debe ser entendido en conjunto con el deber de adecuarse a la ley y a la Constitución.

39. Asimismo, en materia de espacio físico y uso de suelos, es evidente que las normas aprobadas a nivel distrital deben tener como marco normativo también a las ordenanzas expedidas por la municipalidad provincial competente.

40. Dicho criterio se encuentra establecido en el literal "b" del artículo 73 de la Ley Orgánica de Municipalidades, la cual establece lo siguiente:

> [...] Los planes referidos a la organización del espacio físico y uso del suelo que emitan las municipalidades distritales deberán sujetarse a los planes y las normas municipales provinciales generales sobre la materia.

41. Siendo esto así, este Tribunal no considera que adecuar el Plan Urbano Distrital a lo establecido por el Plan de Acondicionamiento Territorial resulte por sí mismo inconstitucional, toda vez que este último ha sido expedido por la Municipalidad Provincial de Satipo mediante ordenanza y, por ende, forma parte

del marco jurídico que debe respetar la municipalidad distrital, aún cuando el Plan Urbano Distrital deba resultar conforme también con el Plan de Desarrollo Urbano.

42. Por otro lado, corresponderá analizar a continuación si el contenido del plan aprobado por la ordenanza objetada resulta conforme con las normas del bloque de constitucionalidad glosadas *supra*.

43. En tal sentido, corresponderá comenzar tomando en cuenta que el artículo primero de la norma objetada dispone:

> Aprobar el Plan Urbano Distrital de Río Negro 2012-2021, el mismo que consta de tres (03) volúmenes: (01) Diagnóstico Urbano (02) Propuesta de Desarrollo Urbano y (03) Planos: básico, zonificación, vial y equipamiento urbanos, y 01 archivo digital de los tres volúmenes.

44. Como puede apreciarse, a pesar de que la intención final de la ordenanza objeto de controversia es la creación de un "Plan Urbano Distrital", llama la atención a este Tribunal que el referido plan incluya "Propuestas de Desarrollo Urbano".

45. Además, como se advierte de fojas 164 del cuadernillo del Tribunal Constitucional, la propuesta de desarrollo urbano contiene aspectos tales como "Propuesta General de Estructuración Urbana" (1.1), la misma que contiene aspectos tales como Visión del Desarrollo Urbano Sostenible (1.1.1) , Objetivos Estratégicos de Desarrollo Sostenible (1.1.3), Estrategias de Desarrollo urbano Sostenible (1.1.4), Modelo de Desarrollo Urbano Local Sostenible (1.1.5), Políticas Generales de Desarrollo Urbano Sostenible (1.1.6).

46. Asimismo, dicha propuesta de desarrollo urbano contiene una "propuesta específica de Estructuración Urbana" (1.2) que contiene "Sectorización y Zonificación Urbana" (1.2.3), así como un Reglamento de Zonificación Urbana (1.3.1).

47. Todos estos aspectos, conforme se ha señalado *supra*, corresponden al contenido de un Plan de Desarrollo Urbano, que es competencia exclusiva de la Municipalidad Provincial.

48. Recuérdese que, como se ha señalado en el cuadro previo, los planes urbanos distritales solo contienen normas relacionadas con la compatibilidad del Índice de Usos para ubicación de actividades urbanas en las zonas residenciales, comerciales e industriales del distrito, los retiros de las edificaciones, la dotación de estacionamientos en zonas comerciales y residenciales, las disposiciones relativas al ornato y mobiliario urbano y la identificación de las áreas públicas aptas para la inversión privada.

49. Estando a lo expuesto, y a lo que surge de un análisis integral del "Plan Urbano Distrital de Río Negro 2012-2021", este Tribunal Constitucional concluye:

    1) No se desprende de forma explícita que se hayan incorporado los criterios que informan el contenido de un auténtico Plan Urbano Distrital que se desarrollaran en el cuadro *supra*; y

    2) Diversos tópicos integrados en el mencionado plan urbano, son en realidad consistentes con el contenido material de los planes de desarrollo urbano conforme a la normativa legal y reglamentaria vigente al momento en que se expidió la ordenanza.

50. En conclusión, este Tribunal Constitucional entiende que existe un vicio competencial por cuanto el "Plan Urbano Distrital de Río Negro 2012-2021" no constituye, desde la perspectiva material, relacionada con el contenido efectivo, un plan urbano que resulte de su competencia.

51. Por estas consideraciones, corresponde declarar fundada la demanda por infracción directa del artículo 79 de la Ley Orgánica de Municipalidades e indirecta de los artículos 194 y 195 (incisos 6 y 10) de la Constitución.

III. FALLO

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

HA RESUELTO

Declarar **FUNDADA** la demanda y, en consecuencia, inconstitucional la Ordenanza 017-2012-CM-MDRN.

Publíquese y notifíquese.

SS.

BLUME FORTINI
MIRANDA CANALES
SARDÓN DE TABOADA
LEDESMA NARVÁEZ
FERRERO COSTA

PONENTE MIRANDA CANALES

EXP. N.° 00025-2014-PI/TC
Caso del Plan Urbano Distrital de Rio Negro

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI

Si bien concuerdo con la sentencia, que declara FUNDADA la demanda y, en consecuencia, inconstitucional la Ordenanza 017-2012-CM/MDRN, me permito hacer algunas precisiones sobre el proceso de descentralización que propugna nuestra Constitución, el rol que tienen las municipalidades en este proceso y su importancia para el desarrollo integral y armónico del país; precisiones que efectuaré de acuerdo al siguiente esquema:

1. El carácter descentralizado del gobierno peruano y el rol de las municipalidades en el proceso de descentralización del país.
2. La descentralización como proceso de desarrollo integral y armónico del país.
3. Los gobiernos locales y regionales como principales instrumentos de la descentralización del país. La autonomía municipal y el rango de ley de las Ordenanzas Municipales.

A continuación, desarrollo dicho esquema, siguiendo la misma numeración temática:

1. El carácter descentralizado del gobierno peruano y el rol de las municipalidades en el proceso de descentralización del país.

Como ya lo tengo manifestado en oportunidades anteriores[1], el artículo 43º de la Constitución de 1993, reproduciendo el numeral 79º de la Carta de 1979, establece que el Perú es una república democrática, social, independiente y soberana, que conforma un Estado único e indivisible, cuyo gobierno es unitario, representativo y *descentralizado*, el cual se organiza en base a la separación de poderes.

1 Véase, entre otros, mis comentarios contenidos en el libro colectivo "El rango de ley de las ordenanzas municipales en la Constitución de 1993 (colisión normativa entre ley del Congreso y ordenanza municipal)", editado por la Municipalidad Metropolitana de Lima. Stampa Gráfica. Lima. 1997, pp. 2 – 63.

Esta tipificación de la forma del Estado Peruano y, especialmente de su forma de gobierno, en cuanto a su carácter descentralizado, a la vez que unitario y representativo, no se encuentra en ninguna de las diez constituciones anteriores a la de 1979 que rigieron en el Perú. En efecto, en lo que atañe a la forma del Estado Peruano, las Constituciones de 1823, 1826, 1828, 1834, 1839, 1856, 1860, 1867 y 1920 no consignaron expresamente un solo artículo en sus textos que hiciera referencia expresa a aquella; mientras que la Constitución de 1933 si recogió en su articulado normas referentes a la forma del Estado Peruano. Así, sus artículos 1º y 2º caracterizaban al Perú como una república democrática y soberana, cuyo Estado era uno e indivisible. En lo que respecta a la forma del gobierno peruano y contrariamente al tratamiento brindado a la forma del Estado, las Constituciones de 1823, 1826, 1828, 1834, 1839, 1856, 1860, 1867 y 1920 si consignaron artículos que la describían con la única excepción de la Constitución de 1933, que guardó un marcado silencio sobre el tema. Ciertamente, las de 1823 (artículo 27º) y de 1826 (artículo 7º) establecieron que era popular y representativo; las de 1828 (artículo 7º) y de 1834 (artículo 7º) le agregaron el carácter de consolidado en la unidad nacional; la de 1839 (artículo 12º) le sumó las características de responsable y alternativo; la de 1856 (artículo 41º) lo describió como democrático, representativo y basado en la unidad; y las de 1860 (artículo 42º), de 1867 (artículo 43º) y de 1920 (artículo 68º) lo tipificaron además como republicano.

Tal constatación significa sin lugar a dudas que, a nivel de normativa constitucional, a partir de la Constitución de 1979 y sin perjuicio de los intentos efectuados en el pasado, se introdujo un cambio inédito y de enorme trascendencia respecto a la tipificación del gobierno peruano, al introducir en la misma su carácter de *descentralizado*, el cual la Carta Constitucional de 1993 ha mantenido en su precitado artículo 43º, que fuera aprobado con el 79% de votos a favor de los señores miembros del Congreso Constituyente Democrático, como lo enfatizó el doctor Carlos Torres y Torres Lara, ex - Presidente de su Comisión de Constitución.[2]

No es del caso detenerse en este punto en la explicación de las razones históricas, sociales y políticas, entre muchas otras, que tuvo el Legislador Constituyente Peruano para adoptar una decisión de tan tremenda envergadura, pero es evidente que se trató de un cambio sustancial en la forma del gobierno, que apostaba

2 TORRES Y TORRES LARA, Carlos. "La Nueva Constitución del Perú 1993: Antecedentes, Fundamentos e Historia Documentada." Desarrollo y Paz. Lima. 1993, p. 466.

por un modelo que, sin perder sus características de unidad y de representatividad, conllevara un ejercicio del poder realmente descentralizado, que permitiera emprender la tarea de un desarrollo integral, armónico y uniforme del país, acabando con el ancestral centralismo, causante, en gran medida, de los males nacionales.

2. La descentralización como proceso de desarrollo integral y armónico del país.

En esta línea, en orden a la implementación del diseño de gobierno unitario, representativo y *descentralizado* concebido por el Legislador Constituyente Peruano, la Constitución de 1993 ha dado importantes avances que es necesario resaltar, a los efectos del presente voto singular.

Ciertamente, en primer término, ha establecido que la *descentralización es un proceso*, que tiene como objetivo fundamental el desarrollo integral del país. Vale decir, un proceso que permita que en todo el territorio nacional se den los elementos que posibiliten a los peruanos un nivel de vida acorde con su condición de seres humanos, dentro de la inspiración humanista ratificada por la Constitución vigente, que entiende que la persona es el fin supremo de la sociedad y del Estado, por lo que de lo que se trata es que en cada lugar de la República exista acceso a la educación, a la cultura, a la salud, al comercio, a la industria, al esparcimiento y, en general, a todos los elementos que trae consigo la modernidad en procura del bienestar y de la realización del hombre.

En segundo lugar, ha establecido que dicho proceso implica *el ejercicio del gobierno de manera descentralizada y desconcentrada*. Esto es, que para el desarrollo integral del país, sin romper el concepto unitario del gobierno peruano, deben reconocerse órganos de gobierno distintos a los que integran la estructura del gobierno central, con poder suficiente para enfrentar en forma autónoma la problemática de cada localidad. Ello, sin perjuicio de la desconcentración, que consiste en la delegación de funciones, atribuciones y decisiones desde el gobierno central (nivel de autoridad superior) hacia niveles de autoridades subordinadas, de menor jerarquía funcional o territorial, dentro del ámbito de la misma persona jurídica, para el mejor cumplimiento de sus fines nacionales. En tal sentido, en la concepción del Legislador Constituyente, la delegación del ejercicio del poder para lograr la ansiada descentralización del país corre por vías paralelas: por la vía de la descentralización propiamente dicha y por la vía de la desconcentración.

En tercer orden, ha establecido que el referido proceso *se da básicamente a través y a partir de las municipalidades*, a las cuales considera *instrumentos de la descen-*

tralización del país. En este punto, es importante resaltar el papel que se asigna a las municipalidades como órganos del gobierno local, a las que no solamente se concibe como entidades encargadas de enfrentar y atender los requerimientos que se presentan en sus respectivas jurisdicciones, en lo que atañe a las necesidades locales, sino también y, principalmente, como medios de materializar la descentralización del gobierno, en tanto entidades que representan a los vecinos de su respectiva circunscripción territorial, quienes, a través del sufragio directo, eligen a sus autoridades y, por medio de los mecanismos de democracia directa, participan en las tareas de su respectivo gobierno local.

En cuarto lugar, ha establecido que las municipalidades, para cumplir su papel de ser instrumentos y expresión de la descentralización, tengan *plena autonomía política, económica y administrativa, en los asuntos de su competencia*.

En quinto orden, ha establecido, en armonía con la referida autonomía política, económica y administrativa, que *las municipalidades mediante sus respectivos Concejos Municipales (equivalentes al Poder Legislativo en el nivel local, en los asuntos de su competencia) tienen la facultad de dictar normas con rango de ley, denominadas Ordenanzas Municipales*.

Estos significativos avances están consagrados en los artículos 188º, 189º, 191º, primer y segundo párrafo y 200º, inciso 4), de la Constitución de 1993, que fueron aprobados en sus textos originales por el 85, 83, 78 y 93% de los votos emitidos por los miembros del ex Congreso Constituyente Democrático[3], que establecen literalmente que "La descentralización es un proceso permanente que tiene como objetivo el desarrollo integral del país.", que "El territorio de la República se divide en regiones, departamentos, provincias y distritos, en cuyas circunscripciones se ejerce el gobierno unitario de manera descentralizada y desconcentrada.", que "Las municipalidades provinciales y distritales, y las delegadas conforme a ley, son los órganos de gobierno local. Tienen autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia. Corresponde al Concejo las funciones normativas y fiscalizadoras; y a la alcaldía, las funciones ejecutivas." Y que, al referirse a la acción de inconstitucionalidad, esta "… procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo.", respectivamente.

3 Ibíd. pp. 478-479.

3. Los gobiernos locales y regionales como principales instrumentos de la descentralización del país. La autonomía municipal y el rango de ley de las Ordenanzas Municipales

Queda claro de lo expuesto hasta esta parte, la gran importancia que atribuye el Legislador Constituyente Peruano a la descentralización, tanto como una de las principales características del gobierno peruano cuanto como proceso necesario e imprescindible para el desarrollo integral del país; y, dentro de este contexto, a las municipalidades como instrumentos de la descentralización, a las cuales ha dotado de autonomía normativa con rango de ley, en los asuntos de su competencia, por lo que corresponde a continuación detenerse brevemente en el tema relacionado con la autonomía municipal y, dentro de este, en el de la facultad normativa del Concejo Municipal y en el del rango de ley de las Ordenanzas Municipales.

Siguiendo al constitucionalista español Francisco Fernández Segado[4], puede afirmarse que el concepto de autonomía es de muy dificultosa precisión, si es que éste no se analiza dentro de el aquí y el ahora de cada momento histórico, así como de la cobertura constitucional existente en tal momento histórico. En este orden, el citado autor sostiene, siguiendo al profesor Santiago Muñoz Machado que "… el concepto de autonomía es difícil de precisar si no se enmarca en coordinadas concretas de tiempo y lugar y se atiende al contexto normativo en que se emplea porque, ciertamente, es polisémico, relativo, históricamente variable y comprendido en forma diferente en los diversos lugares en que se utiliza."[5]

Sin embargo, no obstante este carácter inicial del concepto de autonomía "si se tiene en cuenta la normativa constitucional peruana, así como los ingredientes que el Legislador Constituyente incorpora dentro de la autonomía asignada a las Municipalidades, resulta patente su voluntad de conformar la autonomía como un principio general de organización territorial del gobierno peruano y, a la par, como el derecho de la comunidad local a participar mediante sus propios órganos en el gobiernos y la administración de cuantos asuntos le atañen", al punto que, como bien apunta el mismo Fernández Segado, siguiendo la más actualizada doctrina que busca la redefinición de la autonomía local basada en el interés respectivo como base del principio de autonomía y, en particular a

4 FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. "La Autonomía Municipal en la Constitución Española de 1978". Citado por BLUME FORTINI, Ernesto, en el libro "El Rango de Ley de las Ordenanzas Municipales en la Constitución de 1993 (colisión normativa entre ley del Congreso y ordenanza municipal)", editado por la Municipalidad Metropolitana de Lima. Stampa Gráfica. Lima. 1997, p. 3.

5 Loc. Cit.

Alfonso Luciano Parejo, el verdadero objeto de la autonomía local "…*radica en el derecho al autogobierno, que significa el derecho a la atribución de potestades (sin precisar cuáles deban ser éstas) en todos aquellos supuestos en que se vean comprometidas o afectadas necesidades de la comunidad local*".[6]

En este orden de ideas, la autonomía municipal debe ser entendida en su más amplio sentido como la capacidad de la municipalidad "… *para ejecutar y cumplir todas las tareas de la Administración estatal con propia responsabilidad, y esto sin importar la posible trascendencia supralocal de estas tareas, pues lo que determinaría la capacidad sería la afectación a los intereses de los ciudadanos*"[7]. No cabe por consiguiente, una visión limitativa y restringida de la autonomía municipal, máxime cuando a esta se asignan caracteres políticos, económicos y administrativos, sino por el contrario una visión amplia que, en el fondo encierra, una redefinición de la autonomía local, que haga posible una interpretación coherente y armónica con lo que podría denominarse el sistema constitucional de distribución de competencias, el cual rompe los esquemas tradicionales e implica una nueva concepción, dentro de la cual, en la medida del nuevo rol de las municipalidades se incrementan las competencias y atribuciones de estas, así como se disminuyen y limitan las de otros entes estatales que antes (en el esquema centralista) las detentaba. Por ello, en opinión del constitucionalista español antes citado, la afirmación de la autonomía local "… *ha de ser entendida como un derecho de la comunidad local a participar a través de órganos propios en el gobierno y administración de cuantos asuntos le atañen*".[8]

Con relación a este último aspecto, la intensidad de la participación de la municipalidad, en el ejercicio del gobierno, depende de la relación que se pueda dar entre los intereses locales y los supralocales, en el contexto, como es obvio, de la atención a los problemas emergentes de la realidad local; ya que, por su propia naturaleza, el gobierno local ejerce poder únicamente sobre su respectiva circunscripción territorial.

Recalco que, a la luz de la normativa constitucional vigente, contenida puntualmente en los artículos 43º, 188º, 189º, 191º, 192º, 193º, 194º, 195º, 196º y 200º, inciso 4, de la Constitución de 1993, el Legislador Constituyente Peruano ha concebido a la municipalidad como el órgano del gobierno local, con autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia,

6 Loc. Cit.
7 Loc. Cit.
8 Loc. Cit.

encargado de organizar, reglamentar y administrar los servicios públicos locales, así como planificar el desarrollo urbano y rural de sus circunscripciones y ejecutar los planes y programas correspondientes, entre otras funciones, que es instrumento básico de la descentralización del país, en el marco de un modelo que maximiza, revalúa y repotencia al gobierno local, al cual para el cabal ejercicio de sus responsabilidades le ha dado funciones normativas, por intermedio de sus Concejos Municipales, dictando Ordenanzas, que son leyes municipales, de igual rango que las leyes ordinarias que dicta el Congreso de la República.

Sobre la función normativa debe hacerse hincapié que la autonomía política comprende la autorregulación; razón que llevó a consagrar expresamente en el artículo 191º de la Carta Fundamental de 1993 que el Concejo Municipal (que es una suerte de parlamento municipal integrado por el Alcalde y los Regidores) tiene la facultad de legislar o normar en materia municipal y, adicionalmente, de fiscalizar a la Alcaldía (que es el órgano ejecutivo municipal). Nótese en este punto que el Legislador Constituyente crea al legislador municipal o parlamentario municipal, a quien denomina Regidor; y que se trata de un legislador para quien se reservan áreas sobre las que deberá ejercer su función normativa: los asuntos de competencia municipal. Nótese, igualmente, que tal decisión se cimienta también en la teoría de la reserva constitucional o reserva legal, en cuya virtud la normación en el ámbito competencial municipal queda reservada al legislador municipal.

A contramano, tal reserva conlleva que el legislador ordinario (que dicta las leyes propiamente dichas: el Poder Legislativo, a través del Congreso de la República), el legislador delegado (que dicta decretos legislativos por delegación del Congreso: el Poder Ejecutivo) y el legislador infralegal (que dicta normas de inferior jerarquía que las leyes: el Poder Ejecutivo, entre otros), han quedado privados de normar en materias propias de las municipalidades, ya que esa tarea ha sido entregada al legislador municipal, en concordancia con la autonomía política que tienen las municipalidades.

Como está dicho la función legislativa o normativa municipal la realiza el legislador municipal vía Ordenanzas, que son en puridad leyes municipales; dispositivos o normas jurídicas (en el más estricto sentido) que regulan el ámbito competencial municipal y, en general, atienden a la necesidad normativa que presenta la problemática local o municipal. Empero, también en concordancia con la autonomía política, que, como quedó enfatizado, conlleva a la autonormación o autorregulación, el Legislador Constituyente Peruano le ha dado a la Ordenanza Municipal el rango de ley, al establecer en el artículo 200º, inciso

4), de la Constitución, al referirse a las normas impugnables por causal de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, que tienen rango de ley, al igual que las leyes propiamente dichas, los decretos legislativos, los decretos de urgencia, los tratados, los reglamentos del Congreso y las normas regionales de carácter general.

El rango significa "…índole, clase, categoría, calidad…"[9]. Por lo tanto, el rango de ley significa índole, clase, categoría y calidad de ley. En tal sentido, si por disposición constitucional la Ordenanza Municipal tiene rango de ley, consecuentemente tiene índole, clase, categoría y calidad de ley; raciocinio que permite arribar a la conclusión que la Ley del Congreso y la Ordenanza Municipal tienen igual índole, clase, categoría y calidad, diferenciándose únicamente en la materia normativa que corresponde a cada una.

S.

BLUME FORTINI

9 CABANELLAS, Guillermo. "Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual." Editorial Helíasta S.R.L., 1989, Tomo VII, p. 10

EXP. N.° 00025-2014-PI/TC
ALCALDE DE LA MUNICIPAL PROVINCIAL DE SATIPO

VOTO DEL MAGISTRADO RAMOS NÚÑEZ

Emito el presente voto, con fecha posterior, con el propósito de manifestar que, al igual que mis colegas, estimo que la demanda debe ser declarada **FUNDADA**. En consecuencia, corresponde declarar inconstitucional la Ordenanza 017-2012-CM-MDRN.

Lima, 04 de marzo de 2019

S.

RAMOS NÚÑEZ

PLENO JURISDICCIONAL

Expediente 0005-2014-PI/TC

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Del 20 de noviembre de 2018

Caso de la competencia para la contratación docente

Presidente de la República
c.
Gobierno Regional de Arequipa

Asunto

Demanda de inconstitucionalidad contra Ordenanza Regional 037-Arequipa y las respectivas ordenanzas modificatorias 039-Arequipa, 041-Arequipa, 042-Arequipa y 104-Arequipa expedidas por el Gobierno Regional de Arequipa

Magistrados firmantes:

SS.

MIRANDA CANALES
RAMOS NÚÑEZ
SARDÓN DE TABOADA
LEDESMA NARVÁEZ
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA
FERRERO COSTA

TABLA DE CONTENIDOS

I. ANTECEDENTES

A. Petitorio constitucional

B. Argumentos de las partes

B.1. Demanda

B.2. Argumentos del demandado presentados con posterioridad a la declaración de rebeldía

II. FUNDAMENTOS

§ 1. El contenido de las ordenanzas regionales cuestionadas

§ 2. Inconstitucionalidad indirecta

§ 3. El bloque de constitucionalidad para decidir el presente caso

§ 4. El Estado unitario descentralizado

§ 5. Sobre la regulación de la contratación docente

III. FALLO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 20 días del mes de noviembre de 2018, el Tribunal Constitucional, en sesión del Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Blume Fortini, presidente; Miranda Canales, vicepresidente; Ramos Núñez; Sardón de Taboada; Ledesma Narváez; Espinosa-Saldaña Barrera, y Ferrero Costa, pronuncia la siguiente sentencia y el voto singular del magistrado Blume Fortini que se agrega.

I. ANTECEDENTES

A. Petitorio constitucional

Con fecha 14 de febrero de 2014, el Poder Ejecutivo interpuso demanda de inconstitucionalidad contra la Ordenanza Regional 037-Arequipa y sus modificatorias; 039-Arequipa, 041-Arequipa, 042-Arequipa y 104-Arequipa, mediante las que se regula el procedimiento de evaluación de profesores para acceder a una plaza docente mediante contrato por servicios personales en instituciones educativas públicas del nivel básico regular, alternativa especial, técnico productiva, superior no universitaria y programas especiales.

El demandante alega la violación de los artículos 191 y 192 de la Constitución, así como de otras normas que conforman el bloque de constitucionalidad, por lo que solicita que se declare la inconstitucionalidad de las ordenanzas referidas.

El Gobierno Regional de Arequipa no cumplió con contestar la demanda dentro del término de ley, de lo que se dio cuenta en el decreto de fecha 31 de julio de 2015. Este decreto fue notificado al demandado el 3 de agosto de 2015. En la misma fecha (3 de agosto de 2015), tal demandado contestó la demanda. Con fecha 13 de agosto de 2015 se realizó la vista de la causa en la que no hubo informe de abogado por parte del mencionado Gobierno Regional. Pese a no haber contestado en el plazo de ley, el Tribunal Constitucional incorporó al Gobierno Regional de Arequipa como parte demandada en el estado en que se encuentra el proceso.

B. Argumentos de las partes

B.1. Demanda

La demanda se sustenta en los siguientes argumentos:

- El Poder Ejecutivo sostiene en su demanda que la Constitución establece que el Perú es un Estado unitario y descentralizado; y que, si bien los gobiernos regionales y locales gozan de autonomía política, económica y administrativa, según los artículos 191 y 194 de la Constitución respectivamente, ello no implica que el principio de unidad e integridad del Estado no debe ser preservado, aun cuando los gobiernos regionales ejerzan sus competencias.
- Alega que las ordenanzas regionales cuestionadas no han observado ni respetado los principios que conforman el test de competencia desarrollado en la sentencia del Expediente 00020-2005-PI/TC (y acumulado) del Tribunal Constitucional; y es que mediante tales normas regionales se está afectando la competencia específica del Ministerio de Educación en materia de regulación de contratación de personal docente.

- Así, argumenta que la competencia del Poder Ejecutivo en relación con el servicio público educativo está prevista en diferentes normas con rango de ley, las que conforman el denominado bloque de constitucionalidad, que para el presente caso se deriva de los artículos 15 y 16 de la Constitución.
- Sostiene que, de un lado, el artículo 15 de la Constitución establece que el régimen del profesorado en la enseñanza oficial es una carrera pública. Indica que la ley establece los requisitos para desempeñarse como director o profesor de un centro educativo y que el Estado y la sociedad procuran su evaluación, capacitación, profesionalización y promoción permanente. Por su otro lado, el artículo 16 de la Constitución establece que el Estado coordina la política educativa.
- Por su parte, el artículo 4, numeral 2, literal "h" de la Ley 29158, Orgánica del Poder, Ejecutivo (LOPE) establece que es competencia exclusiva del Poder Ejecutivo ejercer las funciones y atribuciones inherentes a la regulación de los servicios públicos, como el servicio educativo en general y la contratación del personal docente en particular.
- El artículo 23, numeral 1, literal "a", de la LOPE establece que son funciones de los ministerios "formular, planear, dirigir, coordinar, ejecutar, supervisar y evaluar la política nacional y sectorial bajo su competencia, aplicable a todos

los niveles de gobierno". Por su parte, alegan que el artículo 4 del Decreto Ley 25762, llamada Ley Orgánica del Ministerio de Educación, establece que es este ministerio el que formula las políticas nacionales en materia de educación, cultura, deporte y recreación.

- Por otro lado, el artículo 36 la Ley de Bases de la Descentralización señala que el Gobierno central y los gobiernos regionales comparten competencias en la gestión de servicios educativos. No obstante, las competencias específicas de estos últimos solo pueden ser ejercidas de conformidad con la ley y los reglamentos que emite el Ministerio de Educación.
- A ello debe sumársele que el artículo 27, numeral 1, de la referida norma establece que las competencias compartidas se rigen por la LOPE y las leyes específicas de organización y funciones de los sectores. Y de acuerdo con la Ley 28044, General de Educación, establece en su artículo 63 que la gestión del sistema educativo nacional es descentralizado, en donde el Ministerio de Educación es el responsable de preservar la unidad de este sistema.
- Agregan también que el artículo 80 de la Ley General de Educación, además, establece que entre las funciones del Ministerio de Educación se encuentra "definir las políticas sectoriales de personal". Por su parte, la Ley 29944, de Reforma Magisterial, establece en su artículo 15 que el Ministerio de Educación es responsable, en coordinación con los gobiernos regionales, de diseñar, planificar, monitorear y evaluar los procesos para el ingreso a cargos dentro de la carrera pública magisterial, asegurando transparencia, objetividad y confiabilidad.
- Por consiguiente, el Ministerio de Educación es la única entidad competente para regular los procedimientos conducentes a la incorporación de docentes a la carrera pública magisterial. Por ello, al normar esta materia mediante la Ordenanza 037-Arequipa y sus modificatorias, el Gobierno Regional de Arequipa ha vulnerado el marco jurídico previsto en la Constitución y las leyes.
- En efecto, las ordenanzas cuestionadas no han respetado el principio de cooperación y lealtad regional, toda vez que desconocen que los gobiernos regionales deben ejercer sus competencias de conformidad con la política nacional. Asimismo, resultan contrarias al principio de taxatividad y cláusula residual, puesto que la Constitución y el bloque de constitucionalidad han establecido claramente que es competencia del Poder Ejecutivo normar el servicio educativo y el procedimiento de contratación del personal docente.

B.2. Argumentos del demandado

- La Ordenanza Regional 037-Arequipa ha sido expedida dentro de los parámetros y competencias constitucionales del Gobierno Regional de Arequipa en materia de educación, ya que el artículo 47 de la Ley 27867, Orgánica de Gobiernos Regionales, establece como función del gobierno regional, en materia de educación, formular las políticas regionales de educación.
- Sostiene que la política regional establecida por la Ordenanza 034-Arequipa está legitimada en mérito de lo dispuesto en el inciso 1 del artículo 36 de la Ley de Bases de Descentralización, Ley 27783, el cual establece que la gestión de los servicios educativos es una competencia compartida entre el Gobierno nacional y los regionales.
- Asimismo, afirma que la Ordenanza 034-Arequipa se expidió en el marco de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 28044, General de Educación, que compromete al Estado a garantizar, entre otros factores, la calidad de las instituciones educativas públicas, la idoneidad de los docentes y autoridades educativas, y su buen desempeño para atender el derecho de cada alumno a un maestro competente.

- También alega que la Ordenanza Regional 037-Arequipa es la implementación de la política regional dada mediante la Ordenanza Regional 034-Arequipa, la que ha sido expedida dentro de los parámetros y competencias constitucionales del gobierno regional de Arequipa en materia de educación.
- Argumenta, por último, que la Ordenanza 034-Arequipa no ha sido cuestionada constitucionalmente por el demandante, y no es parte del petitorio de la demanda, por lo que esta se debe presumir plenamente constitucional.

II. FUNDAMENTOS

1. En este caso, el Tribunal Constitucional debe resolver si es que el Gobierno Regional de Arequipa ha excedido sus competencias al expedir la Ordenanza Regional 037-Arequipa y sus modificatorias; las Ordenanzas 039-Arequipa, 041-Arequipa, 042-Arequipa y 104-Arequipa, que regulan la contratación docente en dicha región.

2. En particular, el Poder Ejecutivo sostiene que el Gobierno Regional de Arequipa está sustituyendo la regulación que a nivel nacional se ha expedido sobre contratación docente, la cual sería de competencia específica del Ministerio de Educación. El Tribunal debe establecer entonces si es que las ordenanzas regionales

que regulan la contratación de docentes constituyen actos de intromisión a las competencias normativas del Gobierno nacional.

§ 1. El contenido de las ordenanzas regionales cuestionadas

3. Si bien la Ordenanza 037-Arequipa está compuesta por 56 artículos y 8 disposiciones complementarias, el demandante no centra su alegato de inconstitucionalidad en un aspecto puntual de esta, toda vez que cuestiona en general la competencia del Gobierno Regional de Arequipa para normar el procedimiento de contratación docente.

4. En el artículo 1 de la ordenanza aludida se establecen los procedimientos, reglas y funciones de entidades del gobierno regional respecto del procedimiento:

> Es finalidad de la presente, normar el procedimiento referido a la evaluación de profesores para acceder a una plaza docente mediante contrato por servicios personales en las instituciones educativas públicas del nivel de educación básica regular, alternativa especial, educación técnico productiva, educación superior no universitaria y programas especiales.

5. La Ordenanza 037-Arequipa establece también los requisitos para ser contratado, las prohibiciones, la documentación y experiencia acreditada requerida, causales de resolución del contrato y remuneraciones, entro otros aspectos. Asimismo, organiza el proceso de evaluación, los aspectos a evaluarse, los criterios de evaluación, entre los que figuran: clase magisterial, evaluación de expedientes, formación docente, experiencia docente, desempeño laboral, méritos y producción intelectual.

6. Mediante la Ordenanza Regional 039-Arequipa, publicada el 03 de abril de 2008, se modifica la ordenanza previamente referida. Sin especificar qué disposición estaba modificando, se estableció que, para ser contratados, los maestros deberán obtener nota aprobatoria dentro del proceso establecido en la Ordenanza 037-Arequipa. Además, se establece que las plazas que queden vacantes luego del proceso de contratación podrán participar en la evaluación del 9 de marzo de 2008.

7. La Ordenanza 041-Arequipa, publicada el 03 de abril de 2008, modifica la Quinta Disposición Complementaria Final de la Ordenanza 037-Arequipa en lo referente a las plazas docentes en instituciones educativas tecnológicas de educación superior no universitaria. Mediante la Ordenanza 042-Arequipa, se adiciona la octava disposición complementaria final, mediante la cual extiende a todas las modalidades educativas los alcances de la Quinta Disposición Complementaria Final.

8. Por último, la Ordenanza 104 Arequipa, publicada el 19 de febrero de 2010, establece que el procedimiento y evaluación para el contrato de servicios personales para el 2010 será el establecido en la Ordenanza 037-Arequipa, y especificando los puntos necesarios para poder ser contratados.

9. El Poder Ejecutivo alega que con estas normas se busca sustituir la regulación que a nivel nacional se ha expedido mediante leyes y reglamentos, afectando, de esta forma, las competencias normativas que corresponden al Ministerio de Educación en virtud de la Constitución y las leyes que regulan la materia.

§ 2. Inconstitucionalidad indirecta

10. De conformidad con el artículo 75 del Código Procesal Constitucional, la infracción contra la jerarquía normativa de la Constitución puede ser: i) directa o indirecta, ii) de carácter total o parcial, y iii) tanto por la forma como por el fondo.

11. La infracción directa se produce cuando la norma legal resulta contraria a lo establecido o prohibido, expresamente, por una disposición constitucional. Así, el parámetro de control que permitirá verificar la constitucionalidad o inconstitucionalidad del dispositivo legal se reducirá única y exclusivamente a la Norma Fundamental.

12. En cambio, en el caso de la inconstitucionalidad indirecta se requiere recurrir a disposiciones de rango legal por cuanto la regulación específica de la materia en controversia no fue abordada en la Constitución, sino que lo ha sido por normas legales aprobadas de conformidad con el marco dispuesto por aquella.

13. En casos como estos, el análisis de constitucionalidad no puede basarse en un mero juicio de compatibilidad directa entre la norma cuestionada y la Constitución, sino que su análisis requerirá que se verifique su conformidad con una norma legal perteneciente al parámetro o bloque de constitucionalidad.

14. Estas disposiciones, del mismo rango que la controlada, a las que se debe recurrir para resolver el caso, se denominan normas interpuestas. Estas últimas conforman un esquema trilateral, donde el parámetro de control está constituido por la propia Constitución y la norma interpuesta, en tanto que la ley o norma con rango de ley es la disposición objeto de control.

15. De lo expuesto se deduce que, si la disposición impugnada no resulta conforme directamente con la norma interpuesta, será contraria, indirectamente, a la Constitución.

16. Con la Constitución y las normas interpuestas se estructura lo que se denomina el bloque de constitucionalidad, que operará como parámetro de control de la disposición impugnada.

17. A continuación, deberá analizarse cuáles son las normas constitucionales y legales que componen el marco normativo que debe tomarse en cuenta para resolver la pretensión competencial planteada en autos.

§ 3. El bloque de constitucionalidad para decidir el presente caso

18. Como ya se mencionó, el parámetro para decidir la constitucionalidad de las normas con rango de ley puede comprender, en determinadas ocasiones, a otras fuentes distintas de la Constitución y, en concreto, a disposiciones con rango de ley, siempre que ello venga impuesto directamente por la propia Constitución.

19. El artículo 79 del Código Procesal Constitucional establece lo siguiente:

> Para apreciar la validez constitucional de las normas el Tribunal Constitucional considerará, además de las normas constitucionales, las leyes que, dentro del marco constitucional, se hayan dictado para determinar la competencia o las atribuciones de los órganos del Estado o el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona.

20. En relación con el caso de autos, conviene comenzar señalando que el inciso 7 del artículo 192 de la Constitución establece que el Gobierno regional es competente para "promover y regular actividades y/o servicios en materia de […] educación […], conforme a ley". En el numeral 10 del mismo artículo 192 de la Constitución se agrega, además, que los gobiernos regionales son competentes para "ejercer las demás atribuciones inherentes a su función, conforme a la ley".

21. Junto a las disposiciones glosadas, debe advertirse que el artículo 16 de la Constitución establece que el sistema y el régimen educativo son descentralizados. Asimismo, establece que el Estado […] "formula los lineamientos generales de los planes de estudios así como los requisitos mínimos de la organización de los centros educativos" .

22. Por último, se debe tener presente que el artículo 15 de la Constitución dispone que será la ley la que establezca "[…] los requisitos para desempeñarse como director o profesor de un centro educativo, así como su derecho y sus obligaciones".

23. Sin embargo, estos artículos constitucionales no bastan para resolver la presente controversia, puesto que no se llega a clarificar si es que tales mandatos constitu-

cionales deben ser implementados mediante normativa del gobierno nacional, si pueden ser válidamente desarrollados por los gobiernos regionales, o si, tratándose de una competencia compartida, debe existir coordinación y cooperación entre ambos.

24. El artículo 106 de la Constitución establece: "Mediante leyes orgánicas se regulan la estructura y el funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución[…]".

25. Cuando la Constitución establece que las competencias de los gobiernos regionales y locales son desarrolladas conforme a ley, se está refiriendo a una ley emitida por el Congreso de la República, puesto que, al ser la representación nacional quien agrupa a la multiplicidad y diversidad social, política, económica y cultural del país, tiene la legitimidad para establecer las líneas generales y de coordinación dentro de las que deben armonizarse las competencias regionales y locales.

26. Para delimitar los alcances de estas competencias se deberán tomar en cuenta las disposiciones de la Ley 27783, de Bases de la Descentralización (LBD), y la Ley 27867, Orgánica de Gobierno Regionales (LOGR), entre otras normas que desarrollen tal competencia tal como ha sido advertido en reiterada jurisprudencia (ver Expediente 00020-2005-PI/TC y acumulado, FFJJ 67 al 69).

27. Y si bien tanto la LBD como la LOGR conforman el bloque de constitucionalidad, este puede ser complementado además con otras normas, sean estas leyes ordinarias o inclusive decretos legislativos (Expediente 00020-2005-PI/TC y acumulado, FJ 69). En la citada sentencia, el Tribunal estableció, a manera de ejemplo, que frente a la regulación de competencias compartidas corresponde al Gobierno nacional precisar los principios fundamentales a los cuales deben sujetarse los otros niveles de gobierno, mientras que a la ordenanza regional le tocaría "complementar la regulación estatal". En tal sentido, tal regulación del Gobierno nacional tendría que ser incorporada al bloque de constitucionalidad.

28. Debe precisarse que la LBD establece en su artículo 13 los alcances de las competencias exclusivas, competencias compartidas y competencias delegables. Las competencias exclusivas son aquellas "cuyo ejercicio corresponde de manera exclusiva y excluyente a cada nivel de gobierno conforme a la Constitución y la ley" (art. 13.1). Las competencias delegables son aquellas que son delegadas de un nivel de gobierno a otro de distinto nivel, de mutuo de acuerdo y conforme al procedimiento legal.

29. Respecto a las competencias compartidas, la LBD ha establecido que son "aquellas en las que intervienen dos o más niveles de gobierno, que comparten fases sucesivas de los procesos implicados. La ley indica la función específica y responsabilidad que corresponden a cada nivel" (art. 13 LDB).

30. Por su parte, el Tribunal Constitucional ha señalado que estas competencias compartidas generan "funciones específicas" a cada nivel de gobierno que han sido recogidas en la respectiva LOGR (Expediente 00020-2005-PI/TC y acumulados, FJ 68).

31. En lo que respecta a este caso, debe tomarse en cuenta que dentro del capítulo de "Funciones específicas" de la LOGR, se indica en el artículo 46 que "las funciones específicas que ejercen los Gobierno Regionales se desarrollan […] en concordancia con las políticas nacionales sobre la materia".

32. De igual forma, el artículo 36, literal "a", de la LBD establece que son competencia compartidas de los gobiernos regionales la "Educación: Gestión de los servicios educativos de nivel inicial, primaria, secundaria y superior no universitaria, con criterios de interculturalidad orientados a potenciar la formación para el desarrollo".

33. Por su parte, el artículo 47, literal "a", de la LOGR establece que los gobiernos regionales tienen las funciones de "a) Formular, aprobar, ejecutar, evaluar y administrar las políticas regionales de educación, cultura, ciencia y tecnología, deporte y recreación de la región" .

34. A las normas glosadas como parte del bloque de constitucionalidad deberían añadirse también la Ley 28044, General de Educación (LGE), y la Ley 29944, de Reforma Magisterial (LRM), por cuanto sus disposiciones delimitan de manera más específica las competencias del Gobierno nacional en esta materia particular.

§ 4. El Estado unitario descentralizado

35. La Constitución vigente establece que el Estado peruano es unitario y descentralizado. Ello implica que existe el deber de reconocer y garantizar la autonomía política, económica y administrativa que corresponde a las regiones y municipalidades de acuerdo con los artículos 191 y 194 de la propia norma fundamental.

36. La autonomía es la 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 solo por el Estado, sino por el ordenamiento jurídico que lo rige.

37. Debe tenerse presente, en todo caso, que la autonomía reconocida por la Constitución no debe confundirse con autarquía, pues, desde el mismo momento en que aquella viene atribuida por el ordenamiento, su desarrollo debe realizarse con pleno respeto de este.

38. Puesto en otros términos, la autonomía no supone una autarquía funcional, o que alguna de sus competencias pueda desvincularse total o parcialmente del sistema político, o del propio orden jurídico en el que se encuentran comprendidos los gobiernos regionales y municipales.

39. La creación de gobiernos regionales con competencias normativas comporta la introducción de tantos subsistemas normativos como gobiernos regionales existan al interior del ordenamiento jurídico peruano, pero su articulación no puede efectuarse exclusivamente bajo los alcances del principio de jerarquía, sino conforme al principio de competencia.

40. Este Tribunal Constitucional tiene resuelto lo siguiente:

> […] si bien los Gobiernos Regionales poseen autonomía, no puede olvidarse que estos forman parte de un ordenamiento presidido por la Constitución, de modo que sus relaciones deben respetar las reglas inherentes al principio de *"lealtad constitucional"*, que impone a cada sujeto institucional el deber de ejercitar sus propias competencias teniendo en cuenta los efectos que sus decisiones pueden ocasionar en otros niveles constitucionales, pues de lo contrario se hablaría de entes autárquicos (Expediente 00011-2008-PI/TC, FJ 28).

41. Las disposiciones glosadas establecen las competencias de los gobiernos regionales, pero estas deben interpretarse de conformidad con la forma de Estado unitario y descentralizado plasmada en el artículo 43 de la Constitución.

42. Una exigencia de esta naturaleza se deriva del principio de unidad de la Constitución que debe guiar el proceso interpretativo. Al respecto, este Tribunal Constitucional tiene resuelto lo siguiente:

> […] la interpretación de la Constitución debe estar orientada a considerarla como un 'todo' armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto (Expediente 05854-2005-PA/TC, FJ 12, literal "a").

43. Junto a este principio interpretativo deben mencionarse otros principios, como el de cooperación y lealtad regional, de taxatividad y cláusula de residualidad, de

control y tutela y principio de competencia, desarrollado por este Tribunal en el Expediente 00020-2005-PI/TC y acumulado, FFJJ 39 al 64.

44. La disposición del aludido artículo 43 de la Constitución excluye el modelo unitario centralizado, que subordina de manera absoluta a las unidades locales y regionales, y en donde los conflictos entre el Gobierno nacional y las entidades descentralizadas serían resueltos mediante el principio de jerarquía normativa (Expediente 00020-2005-PI/TC y acumulado, FJ 34). Pero también se excluyen aquellos modelos en donde la autonomía regional se confunde con la autarquía.

45. Es por ello que el artículo 45 de la Ley Orgánica Gobierno Regionales establece que es competencia exclusiva del Gobierno nacional "definir, dirigir, normar y gestionar las políticas nacionales y sectoriales, las cuales se formulan considerando los intereses generales del Estado y la diversidad de las realidades regionales, concordando con el carácter unitario y descentralizado […]" .

§5. Sobre la regulación de la contratación docente

46. En virtud de lo dispuesto por el artículo 36, literal "a", de la LBD, queda establecido que la competencia en materia de educación es una de carácter compartido. Corresponderá, a continuación, explicitar en cómo se ha establecido la coordinación y cooperación que debe desarrollarse entre ambos para ejecutar tal competencia compartida.

47. El artículo 79 de la LGE establece que el Ministerio de Educación es el órgano encargado de "dirigir, definir y articular la política de educación […] en concordancia con la política general del Estado". Por su parte, el literal "h" del artículo 80 de la misma norma establece que entre las funciones del Ministerio de Educación se encuentra la de "definir las políticas sectoriales de personal, programas de mejoramiento del personal directivo, docente y administrativo del sector e implementar la carrera pública magisterial" .

48. A partir del contenido normativo de las disposiciones glosadas, este Tribunal entiende que parte de los alcances de la competencia respecto a las "políticas sectoriales de personal" incluye el control sobre la regulación del acceso —ya sea por nombramiento o contratación— a la carrera magisterial o a la labor docente en el ámbito que ahora se discute.

49. De esta disposición cabría concluir que, en lo que se refiere al diseño de políticas sobre contratación del personal docente, es el Gobierno nacional el competente.

50. A lo expuesto debe añadirse que el artículo 15 de la Ley 29944, de Reforma Magisterial, establece que el Ministerio de Educación, en coordinación con los gobiernos regionales, es responsable de diseñar, planificar, monitorear y evaluar los procesos para el ingreso, permanencia y asenso en la carrera pública magisterial.

51. Así, si bien este Tribunal Constitucional entiende que existe una competencia compartida en materia de educación entre el Poder Ejecutivo y los gobiernos regionales, la delimitación de las atribuciones de cada uno corresponde al Congreso de la República. Y como ya se han apreciado, aspectos relativos a la contratación de docentes ha sido encargados al Gobierno Nacional.

52. Efectivamente, mediante una ley del Congreso pueden establecerse no solamente los principios a los que tendrán que sujetarse las entidades descentralizadas, sino también la forma de implementación de las funciones compartidas.

53. Al analizar las políticas concernientes a los procesos de contratación y nombramiento del personal docente por parte de los gobiernos regionales, este Tribunal Constitucional dejó resuelto lo siguiente:

> El rango de ley que ostenta una ordenanza regional no autoriza a que ella pueda regular una materia sobre la cual el artículo 15 de la Constitución ha establecido una reserva de acto legislativo. El respeto de esta garantía normativa es la única forma de asegurar que las condiciones y requisitos para que pueda ejercerse la docencia en las instituciones públicas educativas sean generales en todo el territorio nacional, lo que no se logra ni se respeta con una norma, como la ordenanza regional, cuya aplicabilidad está delimitada al ámbito territorial del gobierno regional que la expide (Expediente 00025-2010-PI/TC, FJ 28).

54. Queda claro, entonces, que, cuando el Gobierno Regional de Arequipa aprueba una ordenanza que regula la contratación docente, afecta el diseño competencial previsto en la Constitución y las leyes, pero, además, amenaza el criterio de integralidad que debe existir en este ámbito.

55. El Estado tiene la obligación de garantizar la continuidad de los servicios educativos, así como la de aumentar progresivamente su cobertura y nivel de calidad por lo que resulta adecuado que exista una política nacional que oriente la contratación de los docentes.

56. Este Tribunal ha señalado lo siguiente al respecto:

> […] corresponde al Ministerio de Educación desarrollar políticas públicas que optimicen y lleven a la práctica el mandato constitucional (Expediente 06752-2008-AA/TC, FJJ 6 y 7).

57. Por último, se analizará si la inconstitucionalidad que afecta a la Ordenanza Regional 037-Arequipa, en cuanto norma el procedimiento referido a la evaluación de profesores para acceder a una plaza docente, debe extenderse a la ordenanzas modificatorias 039-Arequipa, 041-Arequipa, 042-Arequipa y 104-Arequipa.

58. 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:

> […] 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 (Expediente 00033-2007-PI/TC, FJ 9).

59. 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".

60. En el caso de autos, el Tribunal Constitucional advierte que las Ordenanzas 039-Arequipa, 041-Arequipa, 042-Arequipa y 104-Arequipa introducen reformas en diversos aspectos relacionados con la competencia de contratar docentes a cargo del Gobierno regional emisor de la norma que se introdujo por medio de la Ordenanza 037-Arequipa y, en consecuencia, deben ser declaradas inconstitucionales por su conexidad a esta.

61. Por las razones expuestas, corresponde estimar la demanda interpuesta por el Poder Ejecutivo y, en consecuencia, declarar inconstitucional la Ordenanza Regional 037-Arequipa por afectar la competencia del Poder Ejecutivo y declarar la inconstitucionalidad de sus ordenanzas modificatorias por conexidad.

III. FALLO

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

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda; en consecuencia, **INCONSTITUCIONAL** la Ordenanza Regional 037-Arequipa, que norma el procedimiento referido a la evaluación de profesores para acceder a una plaza docente mediante contratos por servicios personales.

2. Declarar **INCONSTITUCIONAL**, por conexidad, las ordenanzas modificatorias 039-Arequipa, 041-Arequipa, 042-Arequipa y 104-Arequipa expedidas por el Gobierno Regional de Arequipa.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MIRANDA CANALES
RAMOS NÚÑEZ
SARDÓN DE TABOADA
LEDESMA NARVÁEZ
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA
FERRERO COSTA

PONENTE LEDESMA NARVÁEZ

EXP. N.° 00005-2014-PI/TC
Caso de la competencia para la contratación docente

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI EN EL QUE OPINA QUE CORRESPONDE DECLARAR INFUNDADA LA DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD INTERPUESTA CONTRA LA ORDENANZA REGIONAL 037-AREQUIPA Y SUS MODIFICATORIAS, 039- AREQUIPA, 041-AREQUIPA, 042-AREQUIPA Y 104-AREQUIPA, POR HABER SIDO EMITIDAS POR EL GOBIERNO REGIONAL DE AREQUIPA EN EJERCICIO DE SUS COMPETENCIAS CONSTITUCIONALES

En la sentencia de mayoría se declara fundada la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra la Ordenanza Regional 037-Arequipa, que norma el procedimiento referido a la evaluación de profesores para acceder a una plaza docente mediante contratos por servicios personales; y, se declara inconstitucionales, por conexidad, las Ordenanzas modificatorias 039-Arequipa, 041-Arequipa, 042-Arequipa y 104-Arequipa, expedidas por el Gobierno Regional de Arequipa.

Con el respeto que me merecen mis distinguidos colegas Magistrados firmantes de la sentencia de mayoría, mediante el presente voto singular expreso mi radical disentimiento con la posición que subsume dicha sentencia, por cuanto:

- Trasunta una visión centralista del país, ajena a la lógica y filosofía del Legislador Constituyente Peruano, que ha optado por la descentralización como principal instrumento de su desarrollo integral y armónico, a través básicamente de los gobiernos regionales y locales, a los que ha otorgado autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia.
- Minimiza y desconoce tanto la descentralización, en cuanto proceso de desarrollo integral y armónico del país, como el rol constitucional de los gobiernos regionales y locales y sus competencias constitucionales, los cuales son instrumentos básicos de tal proceso.

– Contempla una visión limitativa y restringida de la autonomía regional, a pesar que se trata de una autonomía política, económica y administrativa; y no una visión amplia que haga posible una interpretación coherente y armónica con lo que podría denominarse el sistema constitucional de distribución de competencias, el cual implica una nueva concepción, dentro de la cual se incrementan las competencias y atribuciones de las regiones, así como se disminuyen y limitan las de otros entes estatales.

La fundamentación detallada del presente voto singular se efectuará de acuerdo al siguiente esquema:

1. El carácter descentralizado del gobierno peruano y el rol de las regiones en el proceso de descentralización del país.
2. La descentralización como proceso de desarrollo integral y armónico del país.
3. Los gobiernos locales y regionales como principales instrumentos de la descentralización del país. La autonomía regional y el rango de ley de las Ordenanzas Regionales.
1. La garantía institucional y el bloque de constitucionalidad regional en materia de educación.
2. El resumen de los fundamentos de mi posición.
3. El sentido de mi voto.

A continuación, desarrollo dicho esquema, siguiendo la misma numeración temática:

1. El carácter descentralizado del gobierno peruano y el rol de las regiones en el proceso de descentralización del país.

Como ya lo tengo manifestado en oportunidades anteriores[1], el artículo 43º de la Constitución de 1993, reproduciendo el numeral 79º de la Carta de 1979, establece que el Perú es una república democrática, social, independiente y soberana, que conforma un Estado único e indivisible, cuyo gobierno es unitario, representativo y *descentralizado*, el cual se organiza en base a la separación de poderes.

Esta tipificación de la forma del Estado Peruano y, especialmente de su forma de gobierno, en cuanto a su carácter descentralizado, a la vez que unitario y representativo, no se encuentra en ninguna de las diez constituciones anteriores

1 Véase, entre otros, mis comentarios contenidos en el libro colectivo "El rango de ley de las ordenanzas municipales en la Constitución de 1993 (colisión normativa entre ley del Congreso y ordenanza municipal)", editado por la Municipalidad Metropolitana de Lima. Stampa Gráfica. Lima. 1997, pp. 2 – 63.

a la de 1979 que rigieron en el Perú. En efecto, en lo que atañe a la forma del Estado Peruano, las Constituciones de 1823, 1826, 1828, 1834, 1839, 1856, 1860, 1867 y 1920 no consignaron expresamente un solo artículo en sus textos que hiciera referencia expresa a aquella; mientras que la Constitución de 1933 si recogió en su articulado normas referentes a la forma del Estado Peruano. Así, sus artículos 1º y 2º caracterizaban al Perú como una república democrática y soberana, cuyo Estado era uno e indivisible. En lo que respecta a la forma del gobierno peruano y contrariamente al tratamiento brindado a la forma del Estado, las Constituciones de 1823, 1826, 1828, 1834, 1839, 1856, 1860, 1867 y 1920 si consignaron artículos que la describían con la única excepción de la Constitución de 1933, que guardó un marcado silencio sobre el tema. Ciertamente, las de 1823 (artículo 27º) y de 1826 (artículo 7º) establecieron que era popular y representativo; las de 1828 (artículo 7º) y de 1834 (artículo 7º) le agregaron el carácter de consolidado en la unidad nacional; la de 1839 (artículo 12º) le sumó las características de responsable y alternativo; la de 1856 (artículo 41º) lo describió como democrático, representativo y basado en la unidad; y las de 1860 (artículo 42º), de 1867 (artículo 43º) y de 1920 (artículo 68º) lo tipificaron además como republicano.

Tal constatación significa sin lugar a dudas que, a nivel de normativa constitucional, a partir de la Constitución de 1979 y sin perjuicio de los intentos efectuados en el pasado, se introdujo un cambio inédito y de enorme trascendencia respecto a la tipificación del gobierno peruano, al introducir en la misma su carácter de *descentralizado*, el cual la Carta Constitucional de 1993 ha mantenido en su precitado artículo 43º, que fuera aprobado con el 79% de votos a favor de los señores miembros del Congreso Constituyente Democrático, como lo enfatiza el doctor Carlos Torres y Torres Lara, ex – Presidente de su Comisión de Constitución.[2]

No es del caso detenerse en este punto en la explicación de las razones históricas, sociales y políticas, entre muchas otras, que tuvo el Legislador Constituyente Peruano para adoptar una decisión de tan tremenda envergadura, pero es evidente que se trató de un cambio sustancial en la forma del gobierno, que apostaba por un modelo que, sin perder sus características de unidad y de representatividad, conllevara un ejercicio del poder realmente descentralizado, que permitiera emprender la tarea de un desarrollo integral, armónico y uniforme del país, acabando con el ancestral centralismo, causante, en gran medida, de los males nacionales.

2 TORRES Y TORRES LARA, Carlos. "La Nueva Constitución del Perú 1993: Antecedentes, Fundamentos e Historia Documentada." Desarrollo y Paz. Lima. 1993, p. 466.

2. La descentralización como proceso de desarrollo integral y armónico del país.

En esta línea, en orden a la implementación del diseño de gobierno unitario, representativo y *descentralizado* concebido por el Legislador Constituyente Peruano, la Constitución de 1993 ha dado importantes avances que es necesario resaltar, a los efectos del presente voto singular.

Ciertamente, en primer término, ha establecido que la *descentralización es un proceso*, que tiene como objetivo fundamental el desarrollo integral del país. Vale decir, un proceso que permita que en todo el territorio nacional se den los elementos que posibiliten a los peruanos un nivel de vida acorde con su condición de seres humanos, dentro de la inspiración humanista ratificada por la Constitución vigente, que entiende que la persona es el fin supremo de la sociedad y del Estado, por lo que de lo que se trata es que en cada lugar de la República exista acceso a la educación, a la cultura, a la salud, al comercio, a la industria, al esparcimiento y, en general, a todos los elementos que trae consigo la modernidad en procura del bienestar y de la realización del hombre.

En segundo lugar, ha establecido que dicho proceso implica *el ejercicio del gobierno de manera descentralizada y desconcentrada*. Esto es, que para el desarrollo integral del país, sin romper el concepto unitario del gobierno peruano, deben reconocerse órganos de gobierno distintos a los que integran la estructura del gobierno central, con poder suficiente para enfrentar en forma autónoma la problemática de cada localidad. Ello, sin perjuicio de la desconcentración, que consiste en la delegación de funciones, atribuciones y decisiones desde el gobierno central (nivel de autoridad superior) hacia niveles de autoridades subordinadas, de menor jerarquía funcional o territorial, dentro del ámbito de la misma persona jurídica, para el mejor cumplimiento de sus fines nacionales. En tal sentido, en la concepción del Legislador Constituyente, la delegación del ejercicio del poder para lograr la ansiada descentralización del país corre por vías paralelas: por la vía de la descentralización propiamente dicha y por la vía de la desconcentración.

En tercer orden, ha establecido que el referido proceso *se da básicamente a través y a partir de los gobiernos regionales y locales*, a los cuales considera *instrumentos de la descentralización del país*. En este punto, es importante resaltar el papel que se asigna a los gobiernos regionales y las municipalidades como órganos del gobierno regional y local, a los que no solamente se concibe como entidades encargadas de enfrentar y atender los requerimientos que se presentan en sus respectivas jurisdicciones, en lo que atañe a las necesidades locales, sino también y, principalmente, como medios de materializar la descentralización del gobierno,

en tanto entidades que representan a los vecinos de su respectiva circunscripción territorial, quienes, a través del sufragio directo, eligen a sus autoridades y, por medio de los mecanismos de democracia directa, participan en las tareas de su respectivo gobierno regional y local.

En cuarto lugar, ha establecido que los gobiernos regionales y las municipalidades, para cumplir su papel de ser instrumentos y expresión de la descentralización, tengan *plena autonomía política, económica y administrativa, en los asuntos de su competencia*.

En quinto orden, ha establecido, en armonía con la referida autonomía política, económica y administrativa, que *los gobiernos regionales y las municipalidades mediante sus respectivos Concejos Municipales y Consejos Regionales (equivalentes al Poder Legislativo en el nivel local y regional, en los asuntos de su competencia) tienen la facultad de dictar normas con rango de ley, denominadas Ordenanzas Municipales y Ordenanzas Regionales, respectivamente*.

Estos significativos avances están consagrados en los artículos 188º, 189º, 190º, 191º y 200º, inciso 4), de la Constitución de 1993, que establecen literalmente que "La descentralización es un proceso permanente que tiene como objetivo el desarrollo integral del país.", que "El territorio de la República se divide en regiones, departamentos, provincias y distritos, en cuyas circunscripciones se ejerce el gobierno unitario de manera descentralizada y desconcentrada.", que "Los gobiernos regionales tienen autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia. Coordinan con las municipalidades sin interferir sus funciones y atribuciones.". Y que, al referirse al proceso de inconstitucionalidad, este "…procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general (conocidas como ordenanzas regionales) y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo.", respectivamente.

3. Los gobiernos locales y regionales como principales instrumentos de la descentralización del país. La autonomía regional y el rango de ley de las Ordenanzas Regionales.

Queda claro de lo expuesto hasta esta parte, la gran importancia que atribuye el Legislador Constituyente Peruano a la descentralización, tanto como una de las principales características del gobierno peruano cuanto como proceso necesario e imprescindible para el desarrollo integral del país; y, dentro de este contexto, a los gobiernos regionales y las municipalidades como instrumentos de la descentralización, a los cuales ha dotado de autonomía normativa con rango de ley, en

los asuntos de su competencia, por lo que corresponde a continuación detenerse brevemente en el tema relacionado con la autonomía regional y, dentro de este, en el de la facultad normativa del Consejo Regional y en el del rango de ley de las Ordenanzas Regionales.

Siguiendo al constitucionalista español Francisco Fernández Segado[3], puede afirmarse que el concepto de autonomía es de muy dificultosa precisión, si es que éste no se analiza dentro de el aquí y el ahora de cada momento histórico, así como de la cobertura constitucional existente en tal momento histórico. En este orden, el citado autor sostiene, siguiendo al profesor Santiago Muñoz Machado que "… el concepto de autonomía es difícil de precisar si no se enmarca en coordinadas concretas de tiempo y lugar y se atiende al contexto normativo en que se emplea porque, ciertamente, es polisémico, relativo, históricamente variable y comprendido en forma diferente en los diversos lugares en que se utiliza."[4]

Sin embargo, no obstante este carácter inicial del concepto de autonomía "si se tiene en cuenta la normativa constitucional peruana, así como los ingredientes que el Legislador Constituyente incorpora dentro de la autonomía asignada a las Municipalidades (aplicable también a la autonomía de los gobiernos regionales), resulta patente su voluntad de conformar la autonomía como un principio general de organización territorial del gobierno peruano y, a la par, como el derecho de la comunidad local a participar mediante sus propios órganos en el gobiernos y la administración de cuantos asuntos le atañen", al punto que, como bien apunta el mismo Fernández Segado, siguiendo la más actualizada doctrina que busca la redefinición de la autonomía local basada en el interés respectivo como base del principio de autonomía y, en particular a Alfonso Luciano Parejo, el verdadero objeto de la autonomía local "…*radica en el derecho al autogobierno, que significa el derecho a la atribución de potestades (sin precisar cuáles deban ser éstas) en todos aquellos supuestos en que se vean comprometidas o afectadas necesidades de la comunidad local".*[5]

En este orden de ideas, la autonomía debe ser entendida en su más amplio sentido como la capacidad "… *para ejecutar y cumplir todas las tareas de la Administración estatal con propia responsabilidad, y esto sin importar la posible tras-*

3 FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. "La Autonomía Municipal en la Constitución Española de 1978". Citado por BLUME FORTINI, Ernesto, en el libro "El Rango de Ley de las Ordenanzas Municipales en la Constitución de 1993(colisión normativa entre ley del Congreso y ordenanza municipal)", editado por la Municipalidad Metropolitana de Lima. Stampa Gráfica. Lima. 1997, p. 3.

4 Loc. Cit.

5 Loc. Cit.

cendencia supralocal de estas tareas, pues lo que determinaría la capacidad sería la afectación a los intereses de los ciudadanos"[6]. No cabe por consiguiente, una visión limitativa y restringida de la autonomía tanto local como regional, máxime cuando a esta se asignan caracteres políticos, económicos y administrativos, sino por el contrario una visión amplia que, en el fondo encierra, una redefinición de la autonomía local y regional, que haga posible una interpretación coherente y armónica con lo que podría denominarse el sistema constitucional de distribución de competencias, el cual rompe los esquemas tradicionales e implica una nueva concepción, dentro de la cual, en la medida del nuevo rol de los gobiernos regionales se incrementan las competencias y atribuciones de estos, así como se disminuyen y limitan las de otros entes estatales que antes (en el esquema centralista) las detentaba. Por ello, en opinión del constitucionalista español antes citado, la afirmación de la autonomía"… *ha de ser entendida como un derecho de la comunidad local a participar a través de órganos propios en el gobierno y administración de cuantos asuntos le atañen".*[7]

Con relación a este último aspecto, la intensidad de la participación de la municipalidad o el gobierno regional, en el ejercicio del gobierno, depende de la relación que se pueda dar entre los intereses locales y los supralocales, en el contexto, como es obvio, de la atención a los problemas emergentes de la realidad local y regional; ya que, por su propia naturaleza, el gobierno local y también regional ejercen poder únicamente sobre su respectiva circunscripción territorial.

Recalco que, a la luz de la normativa constitucional vigente, contenida puntualmente en los artículos 43º, 188º, 189º, 190°, 191º, 192º, 193º, 194º, 195º, 196º y 200º, inciso 4, de la Constitución de 1993, el Legislador Constituyente Peruano ha concebido al Gobierno Regional como órgano con autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia, encargado de aprobar el plan de desarrollo regional, así como de promover el desarrollo socioeconómico regional y dictar las normas inherentes a la gestión regional, entre otras funciones, que es, junto con la municipalidad, instrumento básico de la descentralización del país, en el marco de un modelo que maximiza, revalúa y repotencia al gobierno regional, al cual para el cabal ejercicio de sus responsabilidades le ha dado funciones normativas, por intermedio de sus Consejos Regionales, dictando ordenanzas, que son leyes regionales, de igual rango que

6 Loc. Cit.
7 Loc. Cit.

las leyes ordinarias que dicta el Congreso de la República.

Sobre la función normativa debe hacerse hincapié que la autonomía política comprende la autorregulación; razón que llevó a consagrar expresamente en el artículo 191º de la Carta Fundamental de 1993 que el Concejo Regional (que es una suerte de parlamento regional integrado por el Gobernador Regional y los consejeros regionales) tiene la facultad de legislar o normar en materia regional y, adicionalmente, de fiscalizar al Gobernador Regional (que es el órgano ejecutivo regional). Nótese en este punto que el Legislador Constituyente crea al legislador regional o parlamentario regional, a quien se le denomina consejero regional; y que se trata de un legislador para quien se reservan áreas sobre las que deberá ejercer su función normativa: los asuntos de competencia regional. Nótese, igualmente, que tal decisión se cimienta también en la teoría de la reserva constitucional o reserva legal, en cuya virtud la normación en el ámbito competencial regional queda reservada al legislador regional.

A contramano, tal reserva conlleva que el legislador ordinario (que dicta las leyes propiamente dichas: el Poder Legislativo, a través del Congreso de la República), el legislador delegado (que dicta decretos legislativos por delegación del Congreso: el Poder Ejecutivo) y el legislador infralegal (que dicta normas de inferior jerarquía que las leyes: el Poder Ejecutivo, entre otros), han quedado privados de normar en materias propias de las Regiones, ya que esa tarea ha sido entregada al legislador regional, en concordancia con la autonomía política que tienen los gobiernos regionales.

Como está dicho, la función legislativa o normativa regional la realiza el legislador regional vía Ordenanzas Regionales, que son en puridad leyes regionales; dispositivos o normas jurídicas (en el más estricto sentido) que regulan el ámbito competencial regional y, en general, atienden a la necesidad normativa que presenta la problemática regional. Empero, también en concordancia con la autonomía política, que, como quedó enfatizado, conlleva a la autonormación o autorregulación, el Legislador Constituyente Peruano le ha dado a la Ordenanza Regional el rango de ley, al establecer en el artículo 200º, inciso 4), de la Constitución, al referirse a las normas impugnables por causal de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, que tienen rango de ley, al igual que las leyes propiamente dichas, los decretos legislativos, los decretos de urgencia, los tratados, los reglamentos del Congreso y las Ordenanzas Municipales.

El rango significa "…índole, clase, categoría, calidad…"[8]. Por lo tanto, el rango de ley significa índole, clase, categoría y calidad de ley. En tal sentido, si por disposición constitucional la Ordenanza Regional tiene rango de ley, consecuentemente tiene índole, clase, categoría y calidad de ley; raciocinio que permite arribar a la conclusión que la Ley del Congreso y la Ordenanza Regional(norma regional de carácter general según la Constitución) tienen igual índole, clase, categoría y calidad, diferenciándose únicamente en la materia normativa que corresponde a cada una.

4. La garantía institucional y el bloque de constitucionalidad regional en materia de educación.

A esta altura del análisis interesa detenerse en el principio de la garantía institucional que promoviera el constitucionalista Carl Schmitt, a raíz de sus reflexiones en torno a la Constitución de Weimar del 11 de agosto de 1919, cuando señaló que habría que establecer la distinción entre, de una parte, "derechos fundamentales" y, de otra parte, "garantías institucionales", en la idea que el Legislador Constituyente brindara lo que podría denominarse una protección especial a "… *instituciones que no convenía que fueran entregadas a las posibles veleidades del legislador ordinario".*[9]

Ciertamente, el *principio de la garantía institucional* resguarda que el legislador ordinario (que expresa y ejerce el poder constituido), en su tarea normativa no desnaturalice, limite, desconozca o anule aquellas instituciones creadas por el Legislador Constituyente (que expresa y ejerce el poder constituyente, que es el poder originario), al cual debe estar supeditado y subordinado. En buena cuenta, se trata de garantizar que al realizarse la tarea de reglamentación o de implementación normativa de la Constitución no se la contradiga, desnaturalice o desborde, sino, por el contrario quede garantizada una protección especial a ciertas instituciones, para que la normación constitucional impida su supresión en la vía legislativa ordinaria.

En otras palabras, a partir de las reflexiones de Carl Schmitt que, como está dicho apuntaban a la concesión de una protección constitucional especial a las instituciones de rango constitucional, protegiéndolas en su esencia (en su núcleo básico) frente a los peligros que podría significar una normativa infraconstitucional

8 CABANELLAS, Guillermo. "Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual." Editorial Helíasta S.R.L., 1989, Tomo VII, p. 10

9 FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. "El Sistema Constitucional Español." Dykinson, 1992, p. 1019.

que las desnaturalizara, se fueron introduciendo en las Constituciones ulteriores a la segunda guerra mundial una serie de mecanismos tendientes a hacer efectiva la garantía institucional y recogiendo a nivel doctrinario dicho principio, el cual ha sido fortalecido y complementado por la jurisprudencia constitucional. Con relación a esto último, resulta ilustrativo hacer referencia a la sentencia del Tribunal Constitucional Español 32/1981, del 28 de julio de 1981, que pese a que admite que las Constituciones pueden omitir consagrar una regulación orgánica de las instituciones de rango constitucional, el hecho de su propio reconocimiento y plasmación en el texto constitucional asegura su existencia "…*a las que se considera como componentes esenciales y cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales, estableciendo en ellas un núcleo o reducto indispensable por el legislador. Las instituciones garantizadas son elementos arquitecturales indispensables del orden constitucional y las normaciones que las protegen son, sin duda, normaciones organizativas, pero a diferencia de lo que sucede con las instituciones supremas del Estado, cuya regulación orgánica se hace en el propio texto constitucional, en éstas la configuración institucional concreta se defiere al Legislador Ordinario, al que no se fija mas límite que el del reducto indisponible o núcleo esencial de la institución que la Constitución garantiza".*[10]

Se trata de instituciones básicas, cuya normación o regulación corresponde al legislador ordinario, pero dentro del límite de la indisponibilidad del núcleo o reducto esencial consagrado en la Constitución, por lo que la garantía institucional es desconocida "…*cuando la institución es limitada, de tal modo que se la priva prácticamente de sus posibilidades de existencia real como institución para convertirse en un simple nombre".*[11]

La garantía institucional conlleva una limitación en la facultad normativa del legislador ordinario, quien debe circunscribir su accionar a la aprobación de la correspondiente ley de desarrollo constitucional (ley orgánica), para, como está dicho, complementar, fortalecer e implementar el modelo, en el marco del núcleo o reducto indisponible. En el caso peruano, de conformidad con el artículo 190º de la Constitución de 1993 el Congreso de la República dicta la correspondiente Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, que no es otra cosa que la ley de desarrollo constitucional de la institución denominada Gobierno Regional, la cual debe complementar, fortalecer e implementar el modelo. Esto es, un Gobierno Regional con plena autonomía política, económica y administrativa

10 Ibíd. p. 1021.
11 Ibíd. p. 1022.

en los asuntos de su competencia, con facultad de dictar normas con rango de ley para la regulación de tales asuntos, que es instrumento básico del proceso de descentralización del país, que constituye la expresión del ejercicio descentralizado del poder y que refleja el carácter descentralizado del gobierno peruano.

En tal sentido, *el principio de la garantía institucional* persigue precisamente garantizar que la creación del Legislador Constituyente Peruano denominado Gobierno Regional, sea desarrollado adecuadamente por el legislador ordinario en el plano normativo infraconstitucional, a fin de dotarlo de todos los instrumentos normativos que permitan su cabal desarrollo y el pleno y eficiente cumplimiento de sus fines (esto es, fortalecerlo, complementarlo e implementarlo, normativamente hablando); pues resulta inconcebible, carente de toda lógica elemental y, además, totalmente inconstitucional, que quien ejerce el poder constituido dicte normas para debilitar, maniatar y disminuir la creación del Legislador Constituyente. Es decir, insólitamente, convertir a esa creación denominada Gobierno Regional, que el Legislador Constituyente concibe como un órgano capaz de vencer con éxito las vallas y obstáculos que se le presenten, para cumplir con sus objetivos, en un ente tullido. En un órgano constitucional minusválido.

De otro lado, de acuerdo a la doctrina del Derecho Constitucional contemporáneo, la normativa que regula un determinado órgano, ente, entidad o institución del Estado de rango constitucional, conformada por el conjunto de normas contenidas en la propia Constitución que lo crean, establecen sus características básicas y determinan sus principales competencias, y la respectiva normativa infraconstitucional de primer rango que contiene su regulación complementaria, conformada por el conjunto de normas contenidas en su correspondiente ley de desarrollo constitucional y en las leyes que complementan a esta última, que desarrollan con más detalle sus características y competencias, así como otros aspectos atinentes a su adecuado funcionamiento constituyen el *bloque de constitucionalidad*.

Esto es, un conjunto normativo conformado por los preceptos contenidos en la misma Constitución y los preceptos contenidos en la ley de desarrollo constitucional y sus complementarias, dictados dentro del marco constitucional, que determinan las características, competencias y atribuciones de un determinado órgano constitucional; conjunto normativo que es considerado como un todo o bloque (por ello su denominación), a los efectos del análisis de constitucionalidad. En tal sentido, el bloque de constitucionalidad es una unidad, que comprende la sumatoria de ambas normativas (la constitucional y la infraconstitucional de primer rango), la cual será comparada con la norma cuestionada

para determinar su constitucionalidad o su inconstitucionalidad, entendiendo por constitucionalidad de una norma jurídica aquel "…vínculo de armonía y concordancia plena entre la Constitución y las demás normas del sistema jurídico que aquella diseña; tanto en cuanto al fondo como a la forma."[12], o aquella suerte de "…cordón umbilical que conecta o une los postulados constitucionales con sus respectivos correlatos normativos, en sus respectivos niveles de especificidad; siendo consustancial al proceso de implementación constitucional e imprescindible para la compatibilidad y coherencia del sistema jurídico."[13]

En el Perú se ha recogido la figura del bloque de constitucionalidad en el Código Procesal Constitucional, aprobado por Ley Nº 28237, al establecer en su artículo 79º (ubicado dentro del Título VI referido a las disposiciones generales de los procesos de acción popular y de inconstitucionalidad), que el Tribunal Constitucional para apreciar la validez constitucional de las normas "…considerará, además de las normas constitucionales, las leyes que, dentro del marco constitucional, se hayan dictado para determinar la competencia o las atribuciones de los órganos del Estado o el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona.".

Ahora bien, en lo que atañe específicamente a los órganos, entes, entidades o instituciones del Estado Peruano de rango constitucional, consagrados en la Constitución de 1993, el *bloque de constitucionalidad* está conformado únicamente por los preceptos constitucionales que los crean y regulan y por los preceptos infraconstitucionales contenidos en su correspondiente ley de desarrollo constitucional, denominada por el Legislador Constituyente Peruano ley orgánica, por cuanto su artículo 106º establece en sus partes pertinentes que mediante "…leyes orgánicas se regulan la estructura y el funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución…", y que para "…su aprobación o modificación, se requiere el voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso.".

En el caso concreto de los Gobiernos Regionales, estamos ante órganos de rango constitucional, ya que es la propia Constitución la que las crea, establece sus principales características, su composición básica, las facultades de sus órganos de gobierno, la forma de elección de sus máximas autoridades y sus competencias más importantes, entre otros aspectos, cuya implementación normativa debe darse en la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales. Por consiguiente, el

12 BLUME FORTINI, Ernesto. "El Control de la Constitucionalidad (Con especial referencia a Colombia y al Perú). Ersa. Lima. 1996, p. 23.

13 Loc. Cit.

bloque de constitucionalidad regional está integrado en el Perú por las normas sobre gobiernos regionales contenidas en la Constitución de 1993, los preceptos de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales Nº 27867 y también en la Ley de Bases de la Descentralización, Ley N° 27783, que establece las competencias de los diversos niveles de gobierno.

En cuanto al bloque de constitucionalidad regional en materia de educación, interesa destacar las siguientes normas:

> "La educación tiene como finalidad el desarrollo integral de la persona humana. El Estado reconoce y garantiza la libertad de enseñanza. Los padres de familia tienen el deber de educar a sus hijos y el derecho de escoger los centros de educación y de participar en el proceso educativo." (Artículo 13° de la Constitución).
>
> "La educación promueve el conocimiento, el aprendizaje y la práctica de las humanidades, la ciencia, la técnica, las artes, la educación física y el deporte. Prepara para la vida y el trabajo y fomenta la solidaridad.
>
> Es deber del Estado promover el desarrollo científico y tecnológico del país. La formación ética y cívica y la enseñanza de la Constitución y de los derechos humanos son obligatorias en todo el proceso educativo civil o militar. La educación religiosa se imparte con respeto a la libertad de las conciencias.
>
> La enseñanza se imparte, en todos sus niveles, con sujeción a los principios constitucionales y a los fines de la correspondiente institución educativa.
>
> Los medios de comunicación social deben colaborar con el Estado en la educación y en la formación moral y cultural."(Artículo 14° de la Constitución).
>
> 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 permanentes. El educando tiene derecho a una formación que respete su identidad, así como al buen trato psicológico y físico. 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."(Artículo 15° de la Constitución).
>
> "**Tanto el sistema como el régimen educativo son descentralizados.** El Estado coordina la política educativa. Formula los lineamientos generales de los planes de estudios así como los requisitos mínimos de la organización de los

centros educativos. Supervisa su cumplimiento y la calidad de la educación. 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. Se da prioridad a la educación en la asignación de recursos ordinarios del Presupuesto de la República."(Artículo 16° de la Constitución).

"La educación inicial, primaria y secundaria son obligatorias. En las instituciones del Estado, la educación es gratuita. 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. Con el fin de garantizar la mayor pluralidad de la oferta educativa, y en favor de quienes no puedan sufragar su educación, la ley fija el modo de subvencionar la educación privada en cualquiera de sus modalidades, incluyendo la comunal y la cooperativa. El Estado promueve la creación de centros de educación donde la población los requiera.

El Estado garantiza la erradicación del analfabetismo. Asimismo fomenta la educación bilingüe e intercultural, según las características de cada zona. Preserva las diversas manifestaciones culturales y lingüísticas del país. Promueve la integración nacional".(Artículo 17° de la Constitución).

"La descentralización es una forma de organización democrática y constituye una política permanente de Estado, de carácter obligatorio, que tiene como objetivo fundamental el desarrollo integral del país. El proceso de descentralización se realiza por etapas, en forma progresiva y ordenada conforme a criterios que permitan una adecuada asignación de competencias y transferencia de recursos del gobierno nacional hacia los gobiernos regionales y locales." (Artículo 188, primer párrafo, de la Constitución).

"El territorio de la República está integrado por regiones, departamentos, provincias y distritos, en cuyas circunscripciones se constituye y organiza el gobierno a nivel nacional, regional y local, en los términos que establece la Constitución y la ley, preservando la unidad e integridad del Estado y de la Nación." (Artículo 189, primer párrafo, de la Constitución).

"Los gobiernos regionales tienen autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia…" (Articulo 191, primer párrafo, primera parte).

"Los gobiernos regionales promueven el desarrollo y la economía regional, fomentan las inversiones, actividades y servicios públicos de su responsabi-

> lidad, en armonía con las políticas y planes nacionales y locales de desarrollo." (Artículo 192 de la Constitución, primer párrafo).

Se deduce, de las cláusulas anteriormente glosadas, que la finalidad descentralista como esquema dentro del que se estructura el Estado peruano, no es un simple desiderátum indicativo sino que representa sin duda alguna uno de los grandes objetivos de nuestro ordenamiento constitucional, el mismo que requiere ser concretizado de manera permanente y armónica.

Siendo las cosas del modo descrito, no es extraño que las normas integrantes de nuestro bloque de constitucionalidad se esfuercen en fortalecer dicha visión de manera tal que la misma pueda resultar verificable en la realidad. Es dentro de dicha lógica que encuentra acogida una norma como la contenida en los artículos 9, literal g, y 10 de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, de acuerdo con la cual:

> "**Los gobiernos regionales son competentes para**: (…)
>
> g) **Promover y regular actividades y/o servicios en materia de** agricultura, pesquería, industria, agroindustria, comercio, turismo, energía, minería, vialidad, comunicaciones, **educación**, salud y medio ambiente, conforme a Ley."

Asimismo, el artículo 47, literal a), de dicha ley, que establece que los gobiernos regionales tienen las funciones de:

> "a) **Formular, aprobar, ejecutar, evaluar y administrar las políticas regionales de educación**, cultura, ciencia y tecnología, deporte y recreación de la región."

Del mismo modo, resulta de suma importancia el artículo 6, literal c), de la Ley de Bases de la Descentralización, norma concordante con la precitada Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, que lleva por rótulo "Objetivos", en la que, acorde con la Constitución, se establecen los objetivos de la descentralización. A saber:

> "Artículo 6. Objetivos
>
> La descentralización cumplirá, a lo largo de su desarrollo, con los siguientes objetivos:
>
> (…)
>
> OBJETIVOS A NIVEL SOCIAL
>
> a) Educación y capacitación orientadas a forjar un capital humano, la competitividad nacional e internacional."

De igual modo el artículo 36, inciso a), de la Ley de Bases de la Descentralización, que reconoce como una competencia compartida del gobierno nacional y del gobierno regional la siguiente:

> "a) Educación. Gestión de los servicios educativos de nivel inicial, primaria, secundaria y superior no universitaria, con criterios de interculturalidad orientados a potenciar la formación para el desarrollo.".

Se observa entonces que, en armonía con el bloque de constitucionalidad regional en materia educativa, los gobiernos regionales tienen competencia para regular la educación; formular, aprobar, ejecutar, evaluar y administrar las políticas regionales de educación; gestionar los servicios educativos; y desarrollar acciones integrales de gobierno dirigidas a promover la educación y capacitación orientadas a forjar un capital humano, la competitividad nacional e internacional.

Esto último, como un objetivo inclaudicable de la descentralización, por lo que su materialización pasa primero por reconocer que en la circunscripción de los gobiernos regionales la educación y capacitación está orientada a forjar un capital humano competitivo, entendiéndose por tanto la preocupación del gobierno regional demandado por regular el procedimiento referido a la evaluación de profesores en su jurisdicción.

5. El resumen de los fundamentos de mi posición.

A la luz de los fundamentos hasta aquí expuestos, concluyo que el Gobierno Regional de Arequipa, al expedir la Ordenanza Regional 037-Arequipa, que norma el procedimiento referido a la evaluación de profesores para acceder a una plaza docente mediante contratos por servicios personales; así como sus normas modificatorias, las Ordenanzas 039-Arequipa, 041-Arequipa, 042-Arequipa y 104-Arequipa, ha actuado dentro del marco de sus competencias previstas constitucionalmente, y desarrolladas tanto por la Ley Orgánica de Municipalidades como por la Ley de Bases de la Descentralización.

La participación del Tribunal Constitucional, como supremo órgano de control de la constitucionalidad, resulta sumamente importante en el estudio y en el análisis de las competencias constitucionalmente asignadas a las entidades de gobierno en todos sus niveles, en cuanto garante de la primacía normativa de la Constitución, tarea que conlleva garantizar la plena vigencia del Estado Constitucional Unitario Descentralizado al que todos aspiramos.

Como ente responsable de velar porque se cumplan los postulados constitucionales, tal órgano no puede perder de vista al resolver el *telos* que inspiró al

legislador constituyente, que, como sabemos, en nuestro país ha optado por una posición descentralista como principal instrumento de su desarrollo, y cuyos roles protagónicos recaen, qué duda cabe, sobre los gobiernos regionales y locales, a los que la Constitución los ha dotado de autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia.

Por las razones expuestas, a mi juicio ni la ordenanza regional cuestionada ni sus modificatorias resultan inconstitucionales por cuanto, reitero, han sido expedidas por el gobierno regional emplazado en el ejercicio de su autonomía política y de sus antes mencionadas competencias en materia educativa. Materializan, además, una política descentralizadora y de desarrollo educativo dentro del ámbito de su jurisdicción.

6. El sentido de mi voto.

Por las razones precedentemente expuestas y explicadas, definitivamente voto en contra de la sentencia de mayoría, opinando, por el contrario, que debe declararse **INFUNDADA** la demanda.

S.

BLUME FORTINI

PLENO JURISDICCIONAL

Expediente 0005-2015-PI/TC

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

4 de abril de 2019

Caso AFOCAT

Presidente de la República c. Gobierno regional de moquegua

87

Asunto

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra la Ordenanza Regional 008-2009-CR/GRM

Magistrados firmantes:

SS.

BLUME FORTINI
MIRANDA CANALES
RAMOS NÚÑEZ
SARDÓN DE TABOADA
LEDESMA NARVÁEZ
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA
FERRERO COSTA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 4 días del mes de abril de 2019, el Tribunal Constitucional, en sesión del Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Blume Fortini, Miranda Canales, Ramos Núñez; Sardón de Taboada, Ledesma Narváez, y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento del magistrado Ferrero Costa aprobado en la sesión de Pleno del día 5 de setiembre de 2017, y con el fundamento de voto del magistrado Blume Fortini que se agrega.

I. CUESTIONES PRELIMINARES

A. PETITORIO CONSTITUCIONAL

La demanda de inconstitucionalidad de fecha 5 de enero de 2015, interpuesta por el presidente de la República, representado por el procurador público especializado supranacional, encargado de la Procuraduría Pública Especializada en Materia Constitucional, contra el texto íntegro de la Ordenanza Regional 008-2009-CR/GRM, que autoriza y faculta a la Asociación de Fondos de Accidentes de Tránsito (Afocat) Moquegua a emitir certificados contra accidentes de tránsito para vehículos de transporte terrestre en todas sus clases, modalidades, servicios y rutas dentro del ámbito regional, publicada el 23 de abril de 2010 en el diario oficial *El Peruano*.

El demandante alega que dicha ordenanza regional afecta las competencias constitucionalmente reconocidas de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (en adelante, SBSAPFP), previstas en el artículo 87 de la Constitución y en otras normas que integran el bloque de constitucionalidad, así como la obligación del Estado de proteger la salud y los derechos de los consumidores establecidas en los artículos 7 y 65 de la Constitución; por lo que solicita que se declare la inconstitucionalidad de la Ordenanza Regional 008-2009-CR/GRM.

En defensa de la constitucionalidad de la ordenanza impugnada, con fecha 8 de mayo de 2015, el Gobierno Regional de Moquegua, a través de la Procuraduría Pública Regional a cargo de los Asuntos Judiciales, contestó las demanda negándola y contradiciéndola en todos sus extremos, por lo que solicita que sea declarada infundada.

B. DEBATE CONSTITUCIONAL

El demandante y el demandado postulan un conjunto de razones o argumentos sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma objetada que, a manera de resumen, se presentan a continuación.

B-1. Demanda

Los argumentos que contiene la demanda son los siguientes:

- La SBSAPFP tiene la competencia constitucional de regular, supervisar, fiscalizar y controlar a las Asociaciones de Fondos Regionales o Provinciales contra Accidentes de Tránsito (en adelante, Afocat). Estas competencias están reconocidas en el artículo 87 de la Constitución, así como en diversas normas que desarrollan dicho artículo como la Ley 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros; la Ley 27181, Ley General de Transporte y Tráfico Terrestre; así como el Decreto Supremo 040-2006-MTC, Reglamento de Supervisión de las Asociaciones de Fondos Regionales o Provinciales contra Accidentes de Tránsito (Afocat) y de Funcionamiento de la Central de Riesgos de Siniestralidad derivada de Accidentes de Tránsito. Esta última norma, en su artículo 4 inciso 1 literal *b,* prevé la facultad exclusiva de la SBSAPFP para registrar a las Afocat, las que posteriormente estarán habilitadas para emitir los certificados contra accidentes de tránsito (en adelante, CAT) respecto a cada vehículo habilitado de la flota del transportista miembro o asociado de la Afocat, y que acredita la obligación de esta de pagar las coberturas a favor de las víctimas de accidentes de tránsito que sean ocupantes o terceros no ocupantes de los vehículos de los asociados.

- Adicionalmente, de conformidad con los artículos 5 y 8 del Decreto Supremo 040-2006-MTC mencionado, podrán obtener un CAT de una Afocat aquellas personas naturales o jurídicas que tengan la condición de miembros o asociados de esta y que, además, cuenten con concesión o autorización otorgada por la autoridad competente para la prestación de los servicios de transporte provincial de personas, urbano e interurbano, incluyendo los mototaxis, en una misma jurisdicción regional o provincial. De forma tal que aquellos transportistas que no formen parte de una Afocat tendrán que contratar un Seguro Obligatorio contra Accidentes de Tránsito (SOAT).

- De acuerdo con la Constitución, la Ley 27783, de Bases de la Descentralización, la Ley 27867, Orgánica de los Gobiernos Regionales, si bien los gobiernos regionales son competentes para adoptar regulaciones en materia de transportes, no

pueden alejarse de las políticas nacionales establecidas por la autoridad competente, en virtud del principio de unidad.

- La Ordenanza Regional 008-2009-CR/GR, expedida por la Gobierno Regional de Moquegua no supera el test de la competencia reconocida por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, afectando las competencias de la SBSAPFP establecidas en el artículo 87 de la Constitución y en las normas que forman parte del bloque de constitucionalidad, toda vez que i) no respeta los principios de cooperación y lealtad regional, de taxatividad y cláusula de residualidad, pues atribuye indebidamente al Gobierno Regional de Moquegua la potestad de autorizar a la Afocat a emitir CAT para vehículos de transporte terrestre en todas sus clases, modalidades, servicios y rutas dentro del ámbito regional; ii) desconoce el principio de distribución de competencias, por cuanto permite la aprobación de convenios celebrados por la AFOCAT, sin conocimiento previo de la SBSAPFP. De convalidarse esta disposición, sostiene el demandante, cualquier gobierno regional o local podrá aprobar que una AFOCAT emita CAT o celebre convenios sin participación de la SBSAPFP, desconociendo su competencia en esta materia.

B-2. Contestación de demanda

El Gobierno Regional de Moquegua en defensa de la constitucionalidad de la Ordenanza Regional 008-2009-CR/GRM, a través del procurador público regional adjunto a cargo de los asuntos judiciales, contesta la demanda con fecha 8 de mayo de 2015, solicitando que esta se declare infundada por los siguientes argumentos:

- De conformidad con la Ley 27181, Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre, modificado por la ley 28839, las Afocat estaban legitimadas legalmente a emitir certificados contra accidentes de tránsito (CAT), así como suscribir convenios para ampliar el ámbito de aplicación de los CAT en territorios continuos, con el conocimiento del Ministerio de Transportes y Comunicaciones y con el permiso previo de los gobiernos provinciales o regionales. Si bien el Decreto Legislativo 1051 modifica posteriormente la Ley 27181 —atribuyendo competencia a la SBSAPFP— y parece prohibitiva, todavía delega responsabilidad a los gobiernos regionales o locales para ampliar el ámbito de cobertura de las Afocat. Adicionalmente, la sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el Expediente 00024-2007-PI/TC reconoce las competencias de los gobiernos regionales y su relación con el gobierno nacional, lo que ha servido de sustento jurídico para la emisión de la ordenanza regional impugnada.

- El objeto de la ordenanza regional cuestionada es el bienestar social y el interés superior de la comunidad, ya que, como se señala en el Dictamen 001-2009-CR-

CC-GRM —que es parte del expediente administrativo de la Ordenanza materia de impugnación—, la atención brindada por la Afocat Moquegua ante un siniestro es más efectiva e inmediata, en comparación con el SOAT, además que la prima de seguro es mucho más económica que la exigida para el SOAT (aproximadamente el 50 %). De tal manera que la ordenanza cuestionada favorece a la colectividad en general, lo que deberá tenerse en cuenta al momento de emitirse pronunciamiento.

B-3. Intervención de la asociación de fondos contra accidentes de tránsito de la región moquegua (Afocat moquegua)

Con fecha 4 de setiembre de 2015, la Asociación de Fondos contra Accidentes de Tránsito de la Región Moquegua-AFOCAT Moquegua, incorporada como tercero legitimado por resolución del 8 de abril de 2016, presenta informe escrito en el que insta a que el Tribunal Constitucional declare infundada la demanda interpuesta contra la Ordenanza Regional 008-2009-CR/GRM:

- Manifiesta que la ordenanza regional impugnada ha sido emitida dentro de las competencias constitucionales que corresponden a los gobiernos regionales previstas en los incisos 7 y 10 del artículo 192 de la Constitución; así como en lo dispuesto en el literal "d" del artículo 36 de la Ley 27680, Ley de Bases de la Descentralización. En ese sentido, las materias reguladas a través de la ordenanza cuestionada constituyen competencias compartidas con el gobierno nacional, referidas a la regulación de actividades económicas (como es la venta de certificados contra accidentes de tránsito-CAT) y transportes.

- La ordenanza cuestionada se ha expedido en respeto a la autonomía de los gobiernos regionales que, como lo señaló el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente 00012-1996-AI/TC, se define como la 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 solo por el Estado, sino por el ordenamiento jurídico que rige a este.

- Afirma, además, que es constitucional modificar las competencias en función del tipo de interés que con su ejercicio se persigue. De allí que la ampliación de las coberturas del CAT a vehículos particulares en el ámbito de la región Moquegua obedece al interés social de los propietarios de un vehículo, en la medida en que evita el monopolio de seguros contra accidentes de tránsito por parte de las compañías de seguros y garantiza la libre competencia, ya que el costo de la primas por cobertura que ofrece Afocat Moquegua es aproximadamente el 50 % del costo de las primas por cobertura que ofrecen las compañías de seguros.

II. FUNDAMENTOS

CUESTIÓN PREVIA: PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD Y CONFLICTO DE COMPETENCIAS

1. En el presente proceso se alega la inconstitucionalidad de la Ordenanza Regional 008-2009-CR/GRM, debido a lo siguiente: i) no respeta los principios de cooperación y lealtad regional, de taxatividad y cláusula de residualidad del Test de Competencia, pues atribuye indebidamente al Gobierno Regional de Moquegua la potestad de autorizar a la Afocat Moquegua a emitir certificados contra accidentes de tránsito (CAT) para vehículos de transporte terrestre en todas sus clases, modalidades, servicios y rutas dentro del ámbito regional; ii) desconoce el principio de distribución de competencias, por cuanto permite la aprobación de convenios celebrados por la Afocat, sin conocimiento previo de la SBSAPFP.

2. Si bien desde un punto de vista formal el presente proceso responde a los presupuestos del proceso de inconstitucionalidad, en la medida en que se trata de enjuiciar la eventual inconstitucionalidad de una ordenanza regional, que tiene rango de ley, es imposible soslayar que, desde un punto de vista material, se trata de un conflicto de competencias positivo, pues las distintas partes reclaman como propia la competencia para regular las materias abordadas por la ordenanza regional objeto de control.

3. Dicha situación explica la regla prevista en el artículo 110 del Código Procesal Constitucional, que señala lo siguiente: "(...) si el conflicto versare sobre una competencia o atribución expresada en una norma con rango de ley, el Tribunal declara que la vía adecuada es el proceso de inconstitucionalidad".

4. Cabe precisar que este Tribunal, con fecha 12 de abril de 2011, declaró improcedente la demanda de conflicto de competencia interpuesta por la SBSAPFP contra el Gobierno Regional de Moquegua por la emisión de la Ordenanza Regional 008-2009-CR/GRM (Expediente 0002-2010-CC/TC), al considerar lo siguiente:

   a) El acto cuestionado en dicho proceso —la Ordenanza Regional 008-2009-CR/GRM mencionada— constituye una norma con rango de ley, por lo que en aplicación del Artículo 110 del Código Procesal Constitucional mencionado, la vía correcta para analizar dicha pretensión era el proceso de inconstitucionalidad;

   b) La SBSAPFP, de acuerdo con el artículo 203 de la Constitución y el artículo 98 del Código Procesal Constitucional, carece de legitimación activa

para ser parte en un proceso de control abstracto de constitucionalidad, por lo que no era posible la conversión del proceso competencial a un proceso de inconstitucionalidad.

c) El Tribunal Constitución dejó a salvo la potestad conferida por el artículo 203 de la Constitución para que un órgano legitimado pueda presentar una nueva demanda de inconstitucionalidad contra la referida Ordenanza Regional 008-2009-CR/GRM.

5. En cumplimiento de lo señalado, la presente demanda de inconstitucionalidad ha sido presentada por el Poder Ejecutivo —a través de la Procuraduría Pública Especializada en materia constitucional— cumpliendo todos los requisitos establecidos en la Constitución y el Código Procesal Constitucional. Por tanto, este Tribunal se encuentra facultado para conocer el fondo de la pretensión del presente proceso de inconstitucionalidad que, como se señaló, constituye materialmente un conflicto de competencias.

ANÁLISIS DEL CASO

i. Determinación de las competencias en materia de seguros y atribuciones de la SBSAPFP

6. 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 Sentencia recaída en el Expediente 0020-2005-PI/TC y otro).

7. 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 régimen de la Afocat Moquegua, buscándose que se determine si es que esta es exclusiva o compartida. Para definir el tipo de competencia aplicable para el tema materia de análisis se empleará como parámetro normativo a la Constitución, la Ley 27783, de Bases de la Descentralización (LBD); y la Ley 27867, Orgánica de Gobiernos Regionales (LOGR); además de la Ley 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros (LGSFSSOSBS); la Ley 27181, General de Tránsito y Transporte Terrestre (LGTTT).

a. Competencia exclusiva del gobierno nacional en materia de seguros

8. Así, por un lado, el artículo 188 de la Constitución señala que la descentralización es una forma de organización democrática y constituye una política permanente de Estado, de carácter obligatorio, que tiene como objetivo funda-

mental el desarrollo integral del país. Asimismo, afirma que el proceso de descentralización se realiza por etapas, en forma progresiva y ordenada conforme a criterios que permitan una adecuada asignación de competencias y transferencia de recursos del gobierno nacional hacia los gobiernos regionales y locales.

9. En esa línea, el artículo 191 de la Constitución establece que los gobiernos regionales tienen autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia. Mientras que el artículo 192 establece 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.

10. Cabe precisar que el referido artículo 192 de la Constitución señala las competencias de los gobiernos regionales sin que contemple en modo alguno el tema de seguros. Sin embargo, dicha enumeración no es cerrada, pues el propio precepto delega en la ley la posibilidad de establecer otras competencias a ser ejercidas por los gobiernos regionales (incisos 7 y 10).

11. Con relación a ello, como lo señaló anteriormente este Tribunal (fundamento 67 de la sentencia recaída en el Expediente 0020-2005-PI/TC y otro), las leyes orgánicas encargadas de determinar las competencias de los gobiernos regionales son la LBD y la LOGR. Dichas competencias, de conformidad con el artículo 13 de la referida LBD pueden ser exclusivas, compartidas o delegadas:

a) *Competencias exclusivas:* Son aquellas cuyo ejercicio corresponde de manera exclusiva y excluyente a cada nivel de gobierno conforme a la Constitución y la ley.

b) *Competencias compartidas:* Son aquellas en las que intervienen dos o más niveles de gobierno, que comparten fases sucesivas de los procesos implicados. La ley indica la función específica y responsabilidad que corresponde a cada nivel.

c) *Competencias delegables:* Son aquellas que un nivel de gobierno delega a otro de distinto nivel, de mutuo acuerdo y conforme al procedimiento establecido en la ley, quedando el primero obligado a abstenerse de tomar decisiones sobre la materia o función delegada. La entidad que delega mantiene la titularidad de la competencia, y la entidad que la recibe ejerce la misma durante el periodo de la delegación.

12. Al respecto, el artículo 26, inciso 1, literal f, de la Ley 27783, Ley de Bases de la Descentralización, señala que constituyen competencias *exclusivas* del gobierno

nacional los temas de "Moneda, Banca y Seguros", lo que ha reconocido además este Tribunal en la sentencia recaída en el Expediente 00011-2008-PI/TC (fundamento 18). Por el contrario, la Ley 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, no hace mención al tema de seguros como una competencia exclusiva, compartida o delegable de los gobiernos regionales.

13. De ello se infiere entonces que la competencia para regular la materia de seguros, de acuerdo con lo establecido en la Constitución y en la LBD y LOGR, que conforman el bloque de constitucionalidad, es de exclusividad del gobierno nacional, sin que los gobiernos regionales puedan tener injerencia directa alguna.

b. Competencia de la SBSAPFP para supervisar a las AFOCAT

14. Por otro lado, el artículo 87 de la Constitución señala lo siguiente:

> **Artículo 87.-** El Estado fomenta y garantiza el ahorro. La ley establece las obligaciones y los límites de las empresas que reciben ahorros del público, así como el modo y los alcances de dicha garantía.
>
> 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 (resaltado nuestro).

Se advierte entonces que la Norma Fundamental atribuye a la SBSAPFP el control sobre las empresas de seguros y de aquellas otras que, por realizar operaciones conexas o similares, determine la ley.

15. En esa línea, el artículo 345 de la Ley 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, establece la competencia expresa de la SBSAPFP para ejercer el control y supervisión en el ámbito del Sistema de Seguros, a fin de proteger los intereses de la ciudadanía. Así, señala lo siguiente:

> La Superintendencia de Banca y Seguros es una institución constitucionalmente autónoma y con personería de derecho público, cuyo objeto es proteger los intereses del público en el ámbito de los sistemas financiero y de seguros.
>
> La Superintendencia ejerce en el ámbito de sus atribuciones, el control y la supervisión de las empresas conformantes del Sistema Financiero y Sistema de Seguros y de las demás personas naturales y jurídicas incorporadas por esta ley o por leyes especiales, de manera exclusiva en los aspectos que le corresponda.
>
> La Superintendencia supervisa el cumplimiento de la Ley Orgánica y disposiciones complementarias del Banco Central, sin perjuicio del ejercicio de su autonomía, no incluyendo lo referente a la finalidad y funciones contenidas en los artículos 83 al 85 de la Constitución Política del Perú.

16. Adicionalmente, el artículo 349, inciso 3, de la citada Ley 26702 señala, que es una atribución del superintendente, ejercer supervisión integral de las empresas del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros, las incorporadas por leyes especiales a su supervisión, así como a las que realicen operaciones complementarias.

17. Por su parte, el artículo 30, inciso 1, de la Ley 27181, Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre —modificado por el Decreto Legislativo 1051— señala lo siguiente:

> Todo vehículo automotor que circule en el territorio de la República debe contar con una póliza de seguros vigente del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito - SOAT o certificados contra accidentes de tránsito - CAT, que contengan términos equivalentes, condiciones semejantes o mayores coberturas ofertadas que el SOAT vigente, en cuyo caso las asociaciones de fondos regionales o provinciales contra accidentes de tránsito - AFOCAT entregarán el certificado; y además el distintivo que acredita la vigencia del mismo, y serán destinados exclusivamente a vehículos de transporte provincial de personas, urbano e interurbano, incluyendo el transporte especial de personas en mototaxis que presten servicios al interior de la región o provincia, que sólo tendrán validez dentro de la respectiva circunscripción de funcionamiento.
>
> **Estos fondos y las asociaciones de fondos regionales o provinciales contra accidentes de tránsito serán regulados, supervisados, fiscalizados y controlados por la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones, de conformidad con las atribu-**

> **ciones establecidas en el artículo 345 y siguientes de la Ley Nº 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros y en el Reglamento de requerimientos patrimoniales de las empresas de seguros y reaseguros, aprobado por Resolución SBS Nº 1124-2006, siempre que no contravenga la naturaleza jurídica de las AFOCAT** (énfasis agregado).

18. Por tanto, esta norma atribuye la competencia específica de la SBSAPFP para regular, supervisar, fiscalizar y controlar a las Afocat, en tanto asociaciones facultadas por ley para emitir CAT, que no son otra cosa sino pólizas de autoseguro respaldadas en un fondo común contra accidentes de tránsito conformado por los aportes que, por cada vehículo coberturado, realizan los operadores de los servicios públicos de transporte que se encuentran bajo su ámbito de acción. Al respecto, el artículo 30, inciso 8, de la Ley 27181 mencionada señala que la SBSAPFP supervisará los certificados contra accidentes de tránsito emitidos por las Afocat, y verificará la magnitud, severidad y fecha de ocurrencia de los siniestros ocurridos.

19. Al respecto, el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente 0008-2009-PI/TC (fundamento 8-9 y 12), señaló que los artículos del Decreto Legislativo 1051 —que modifican el referido artículo 30 de la Ley 27181, Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre— constituyen una concretización de la potestad constitucionalmente reconocida a la SBSAPFP; es decir, la facultad de fiscalización, control y sanción de la SBSAPFP sobre las Afocat no solo es compatible con la Constitución, sino que tampoco desnaturaliza el carácter asociativo de estas. Adicionalmente, este Tribunal justificó esta facultad supervisora de la SBSAPFP hacia las AFOCAT, dado que el irregular funcionamiento de éstas comporta la afectación de derechos fundamentales como la vida, la seguridad y la integridad personal, así como el legítimo derecho de los familiares de las personas fallecidas a causa de un accidente de tránsito a hacer efectiva oportunamente una justa indemnización.

20. Asimismo, el artículo 30, inciso 1 de la Ley 27181, señala que los gobiernos locales o regionales, a solicitud de las Afocat y con conocimiento previo de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones, podrán autorizar a las Afocat a suscribir convenios para ampliar el ámbito de aplicación del certificado contra accidentes de tránsito en territorios continuos.

21. De lo expuesto en la normativa analizada anteriormente, se concluye:

    a) La regulación en materia de seguros constituye una competencia exclusiva del gobierno nacional. Por ende, los gobiernos regionales y locales no

tienen competencia para establecer regulaciones sobre dicha materia, sino que deben de alinear sus políticas, planes y normativa a lo que disponga normativamente el gobierno nacional.

b) La SBSAPFP es un organismo constitucional autónomo que se encarga de ejercer 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. Es en el marco de esta competencia general que la Ley 27181 y su reglamento establecen la competencia específica de la SBSAPFP para regular, supervisar, fiscalizar y controlar a las Afocat; mientras que el MTC y los gobiernos regionales y locales tienen atribuciones específicas en este ámbito: el primero, para determinar normativamente las características, coberturas y formalidades del Certificado contra Accidentes de Tránsito (CAT); y los segundos, para aprobar la suscripción de convenios entre Afocat provinciales y regionales que amplíen el ámbito de aplicación del CAT, previa comunicación a la SBSAPFP sobre dicha aprobación.

ii. Análisis de la Ordenanza Regional 008-2009-CR/GRM

22. La Ordenanza Regional 008-2009-CR/GRM emitida por el Gobierno Regional de Moquegua —y que fue publicada en el diario oficial *El Peruano* con fecha 23 de abril de 2010- señala lo siguiente:

> **Artículo Primero.-** AUTORIZAR y facultar a la AFOCAT Moquegua a emitir los Certificados Contra Accidentes de Tránsito (CAT) para los vehículos de Transporte Terrestre, servicio de pasajeros urbano, interurbano e interprovincial, de carga mayor y menor, particulares, motos de servicio de pasajeros y motos lineales, dentro del ámbito regional, en todas sus clases, modalidades, servicios y rutas que operen dentro de la jurisdicción de la Región Moquegua.
>
> **Artículo Segundo.-** APROBAR la ampliación de la cobertura de la Asociación de Fondos Contra Accidentes de Tránsito, AFOCAT Moquegua, y además para suscribir convenios con Hospitales, Clínicas y otros de mayor envergadura de otras regiones contiguas y para ampliar el ámbito de aplicación del CAT a territorios continuos, el mismo que debe de realizarse de inmediato y dar cuenta a la Dirección Regional de Transportes y Comunicaciones y al Gobierno Regional de Moquegua.
>
> **Artículo Tercero.-** DISPONER a que las autoridades regionales civiles y policiales otorguen los beneficios que sean del caso, a todos los transportistas

de la Región Moquegua que presenten como uno de los requisitos el CAT AFOCAT Moquegua y las autorizaciones que les correspondan.

Artículo Cuarto.- ENCARGAR a la Dirección Regional de Transportes y Comunicaciones del Gobierno Regional de Moquegua, para Implementar acciones técnicos normativos compatibles a la realidad regional y el ordenamiento jurídico nacional de manera complementaria si el caso lo amerita.

Artículo Quinto.- AUTORIZAR a la Dirección Regional de Transportes y Comunicaciones la publicación de la presente Ordenanza Regional de acuerdo a Ley.

Artículo Sexto.- Dispensar la presente Ordenanza Regional del trámite de lectura y aprobación de la presente acta.

23. El demandante afirma que el texto de dicha ordenanza vulnera las competencias constitucionalmente atribuidas a la SBSAPFP, previstas en el artículo 87 de la Constitución, así como en la Ley 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros y en la Ley 27181, Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre, que forman parte del bloque de constitucionalidad.

Ello se debe a que la ordenanza regional cuestionada: i) no respeta los principios de cooperación y lealtad regional, de taxatividad y cláusula de residualidad, pues atribuye al Gobierno Regional de Moquegua la potestad de autorizar a la AFOCAT a emitir CAT para vehículos de transporte terrestre en todas sus clases, modalidades, servicios y rutas dentro del ámbito regional; ii) desconoce el principio de distribución de competencias, por cuanto permite la aprobación de convenios celebrados por la A Afocat, sin conocimiento previo de la SBSAPFP.

24. A continuación, este Tribunal analizará de manera detallada la pretensión del demandante.

a. Sobre la ampliación de la cobertura de los CAT por el AFOCAT Moquegua a servicios de transporte fuera de los contemplados en la Ley 27181

25. El artículo primero de la Ordenanza Regional 008-2009-CR/GRM autoriza y faculta a la AFOCAT Moquegua a emitir los Certificados Contra Accidentes de Tránsito (CAT) para los vehículos de Transporte Terrestre, servicio de pasajeros urbano, interurbano e interprovincial, de carga mayor y menor, particulares,

motos de servicio de pasajeros y motos lineales, dentro del ámbito regional, en todas sus clases, modalidades, servicios y rutas que operen dentro de la jurisdicción de la Región Moquegua.

26. A partir de la confrontación entre la referida ordenanza regional y el artículo 30.1 de la Ley 27181, Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre, se advierte que, en efecto, aquella ha extendido los supuestos previstos para la emisión del certificado contra accidentes de tránsito (CAT) con el siguiente detalle:

Ley 27181	**O.R. 008-2009-CR/GRM**
30.1 Todo vehículo automotor que circule en el territorio de la República debe contar con una póliza de seguros vigente del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito - SOAT o certificados contra accidentes de tránsito - CAT, que contengan términos equivalentes, condiciones semejantes o mayores coberturas ofertadas que el SOAT vigente, en cuyo caso las asociaciones de fondos regionales o provinciales contra accidentes de tránsito - AFOCAT entregarán el certificado; y además el distintivo que acredita la vigencia del mismo, y ***serán destinados exclusivamente a vehículos de transporte provincial de personas, urbano e interurbano, incluyendo el transporte especial de personas en mototaxis que presten servicios al interior de la región o provincia, que sólo tendrán validez dentro de la respectiva circunscripción de funcionamiento.***	Artículo Primero.- AUTORIZAR y facultar a la AFOCAT Moquegua a emitir los Certificados Contra Accidentes de Tránsito (CAT) para los ***vehículos de Transporte Terrestre, servicio de pasajeros urbano, interurbano e interprovincial, de carga mayor y menor, particulares, motos de servicio de pasajeros y motos lineales, dentro del ámbito regional, en todas sus clases, modalidades, servicios y rutas que operen dentro de la jurisdicción de la Región Moquegua.***

27. Del análisis de las normas se advierte lo siguiente:

    - La ordenanza regional cuestionada extiende la emisión del CAT a servicios de transporte no contemplados expresamente en el artículo 30, inciso 1, de la Ley 27181, Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre, como son i) servicios de transporte interprovincial de personas ii) transporte de carga

mayor y menor iii) transporte en vehículos particulares y iv) transporte en motos lineales.

- Adicionalmente, el artículo 1 de la ordenanza regional cuestionada también extiende la vigencia territorial del CAT cuando señala que se aplicará a los servicios de transporte señalados "(...) dentro del ámbito regional, en todas sus clases, modalidades, servicios y rutas que *operen dentro de la jurisdicción de la Región Moquegua"*. Mientras que el artículo 30.1 de la Ley 27181 mencionada establece una fórmula restrictiva, al indicar que los CAT destinados a los servicios de transporte establecidos expresamente en la ley "(...) sólo tendrán validez dentro de la respectiva circunscripción de funcionamiento".

28. Se concluye, entonces, que la Ordenanza Regional 008-2009-CR/GRM sí amplía los supuestos para la emisión del CAT a servicios de transporte distintos a los establecidos en el artículo 30, inciso 1, de la Ley 27181, Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre, además de extender su vigencia territorial; sin tomar en cuenta que la competencia en materia de seguros es *de carácter exclusivo del gobierno nacional* y no de los gobiernos regionales, tal como se establece en el artículo 26, inciso 1, literal f, de la Ley 27783, Ley de Bases de la Descentralización.

29. En consecuencia, el artículo primero de la Ordenanza Regional 008-2009-CR/GRM es inconstitucional, ya que la ampliación de los supuestos de concesión del Certificado contra Accidentes de Tránsito (CAT), concerniente a un tema de seguros, constituye una materia de competencia exclusiva del gobierno nacional, y no de los gobiernos regionales. De allí que este extremo de la demanda sea declarado fundado.

b. Sobre la autorización de convenios sin conocimiento de la SBSAPFP

30. El artículo segundo de la de la Ordenanza Regional 008-2009-CR/GRM, por su parte, aprueba: i) la ampliación de la cobertura de Afocat Moquegua para suscribir convenios con hospitales, clínicas y otros de mayor envergadura de otras regiones contiguas; ii) la ampliación del ámbito de aplicación del CAT a territorios continuos.

31. Para verificar si existe o no vulneración de las competencias de la SBSAPFP, es necesario confrontar la ordenanza regional impugnada con el texto pertinente de la Ley 27181:

Ley 27181	Ordenanza Regional 008-2009-CR/GRM
Art. 30.1 (...) Los gobiernos locales y/o regionales, a solicitud de las AFOCAT y con conocimiento ***previo de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones***, **podrán autorizar a las AFOCAT a suscribir convenios para ampliar el ámbito de aplicación del certificado contra accidentes de tránsito en territorios continuos.**	Artículo Segundo.- APROBAR la ampliación de la cobertura de la Asociación de Fondos Contra Accidentes de Tránsito, AFOCAT Moquegua, y además para suscribir convenios con Hospitales, Clínicas y otros de mayor envergadura de otras regiones contiguas y **para ampliar el ámbito de aplicación del CAT a territorios continuos, el mismo que debe de realizarse de inmediato y dar cuenta a la Dirección Regional de Transportes y Comunicaciones y al Gobierno Regional de Moquegua.**

32. Al respecto, el artículo 30.1 sí establece competencias especiales a los gobiernos locales o regionales para autorizar a las Afocat —a solicitud de estas— a suscribir convenios para ampliar el ámbito de aplicación del certificado contra accidentes de tránsito en territorios continuos, siempre y cuando haya comunicado previamente a la SBSAPFP sobre dicha suscripción.

33. Sin embargo, la Ordenanza Regional 008-2009-CR/GRM suprime la participación de la SBSAPFP al aprobar directamente la suscripción de convenios para la ampliación del CAT que emita la Afocat Moquegua a territorios continuos. Si bien la parte emplazada señala que la Ley 27181 le atribuye competencia para ello, en los considerandos de la referida ordenanza regional se indica un argumento adicional:

> Que, el tercer párrafo del Art. 30º numeral 30.1; del Decreto Legislativo N° 1051; prescribe claramente; "...los gobiernos locales y/o regionales a solicitud de las AFOCAT y con consentimiento previo de la Superintendencia de Banca y Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones, podrán autorizar a las AFOCAT a suscribir convenios para ampliar el ámbito de aplicación del certificado contra accidentes de tránsito en territorios continuos...."; es decir, **que aún cuando la propia norma pareciera prohibitiva, delegan responsabilidad en los Gobiernos Regionales a efectos de poder ampliar el ámbito de cobertura de los AFOCAT., por lo que este Consejo Regional**

hace suya la responsabilidad de asumir lo establecido en la propia norma (énfasis agregado).

34. De ello se infiere que el propio gobierno regional tenía conocimiento de que la regulación de la ordenanza impugnada contradecía las competencias de la SBSAPFP en la suscripción de convenios para ampliar el ámbito de aplicación del certificado contra accidentes de tránsito en territorios continuos y, no obstante ello, asumió la responsabilidad por dicha omisión.

35. En consecuencia, este artículo también es inconstitucional por vulnerar las competencias atribuidas a la SBSAPFP, lo que contraviene a su vez el *principio de competencia* dentro del ánalisis del *test de competencia,* que establece que las ordenanzas de los gobiernos regionales no solo se encuentran limitadas territorialmente (solo resultan aplicables en la respectiva circunscripción territorial del gobierno regional), sino que su validez se encuentra supeditada a su compatibilidad con la Constitución y las normas legales que, para tales efectos, integren el bloque de constitucionalidad (fundamento 64 de la Sentencia 0020-2005-PI/TC y otro).

c. Disposiciones complementarias de la Ordenanza Regional 008-2009-CR/GRM

36. Por otro lado, el artículo tercero de la Ordenanza Regional 008-2009-CR/GRM dispone que las autoridades regionales civiles y policiales otorguen los beneficios aplicables a todos los transportistas de la Región Moquegua que presenten como uno de los requisitos el CAT Afocat Moquegua y las autorizaciones que les correspondan. Es decir, pretende garantizar el cumplimiento del CAT emitido por la Afocat Moquegua, de acuerdo con los términos establecidos en los artículos Primero y Segundo.

    Asimismo, los artículos cuarto, quinto y sexto regulan los aspectos referidos a la implementación, la publicación y la dispensa de lectura y aprobación del acta de la Ordenanza Regional 008-2009-CR/GRM.

37. Sin embargo, toda vez que se han declarado inconstitucionales los artículos primero y segundo de la mencionada Ordenanza Regional 008-2009-CR/GRM, los demás artículos referidos al cumplimiento, implementación, publicación y aprobación de la misma devienen en inconstitucionales.

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; en consecuencia declarar **INCONSTITUCIONAL** la Ordenanza Regional 008-2009-CR/GRM, emitida por el Gobierno Regional de Moquegua.

Publíquese y notifíquese.

SS.

BLUME FORTINI
MIRANDA CANALES
RAMOS NÚÑEZ
SARDÓN DE TABOADA
LEDESMA NARVÁEZ
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA
FERRERO COSTA

PONENTE MIRANDA CANALES

EXP. N.° 00005-2015-PI/TC
Caso AFOCAT
Ordenanza Regional 008-2009-CR/GRM

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI

Si bien concuerdo con la parte resolutiva de la sentencia de mayoría, discrepo de la inferencia a la que se hace alusión en el fundamento 13, en el cual, literalmente, se sostiene que "… *se infiere entonces que la competencia para regular la materia de seguros, de acuerdo con lo establecido en la Constitución y en la LBD y LOGR, que conforman el bloque de constitucionalidad, es de exclusividad del gobierno nacional, sin que los gobiernos regionales tengan injerencia alguna",* por cuanto, estando al mandato contenido en el artículo 87° de la Constitución, el control de las empresas de seguros, como lo son las Afocats, le corresponde a la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras de Fondos de Pensiones.

En efecto, el precitado artículo 87 de la Constitución, en su segundo párrafo, literalmente expresa 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.

De otro lado, considero necesario efectuar algunas precisiones respecto del proceso de descentralización.

1. El carácter descentralizado del gobierno peruano y el rol de las regiones en el proceso de descentralización del país

Como ya lo tengo manifestado en oportunidades anteriores[1], el artículo 43º de la Constitución de 1993, reproduciendo el numeral 79º de la Carta de 1979,

1 Véase, entre otros, mis comentarios contenidos en el libro colectivo "El rango de ley de las ordenanzas municipales en la Constitución de 1993 (colisión normativa entre ley del Congreso y ordenanza municipal)", editado por la Municipalidad Metropolitana de Lima. Stampa Gráfica. Lima. 1997, pp. 2 – 63.

establece que el Perú es una república democrática, social, independiente y soberana, que conforma un Estado único e indivisible, cuyo gobierno es unitario, representativo y *descentralizado*, el cual se organiza en base a la separación de poderes.

Esta tipificación de la forma del Estado Peruano y, especialmente de su forma de gobierno, en cuanto a su carácter descentralizado, a la vez que unitario y representativo, no se encuentra en ninguna de las diez constituciones anteriores a la de 1979 que rigieron en el Perú. En efecto, en lo que atañe a la forma del Estado Peruano, las Constituciones de 1823, 1826, 1828, 1834, 1839, 1856, 1860, 1867 y 1920 no consignaron expresamente un solo artículo en sus textos que hiciera referencia expresa a aquella; mientras que la Constitución de 1933 si recogió en su articulado normas referentes a la forma del Estado Peruano. Así, sus artículos 1º y 2º caracterizaban al Perú como una república democrática y soberana, cuyo Estado era uno e indivisible.

En lo que respecta a la forma del gobierno peruano y contrariamente al tratamiento brindado a la forma del Estado, las Constituciones de 1823, 1826, 1828, 1834, 1839, 1856, 1860, 1867 y 1920 sí consignaron artículos que la describían con la única excepción de la Constitución de 1933, que guardó un marcado silencio sobre el tema. Ciertamente, las de 1823 (artículo 27º) y de 1826 (artículo 7º) establecieron que era popular y representativo; las de 1828 (artículo 7º) y de 1834 (artículo 7º) le agregaron el carácter de consolidado en la unidad nacional; la de 1839 (artículo 12º) le sumó las características de responsable y alternativo; la de 1856 (artículo 41º) lo describió como democrático, representativo y basado en la unidad; y las de 1860 (artículo 42º), de 1867 (artículo 43º) y de 1920 (artículo 68º) lo tipificaron además como republicano.

Tal constatación significa sin lugar a dudas que, a nivel de normativa constitucional, a partir de la Constitución de 1979 y sin perjuicio de los intentos efectuados en el pasado, se introdujo un cambio inédito y de enorme trascendencia respecto a la tipificación del gobierno peruano, al introducir en la misma su carácter de *descentralizado*, el cual la Carta Constitucional de 1993 ha mantenido en su precitado artículo 43º, que fuera aprobado con el 79% de votos a favor de los señores miembros del Congreso Constituyente Democrático, como lo enfatiza el doctor Carlos Torres y Torres Lara, ex - Presidente de su Comisión de Constitución.[2]

2 TORRES Y TORRES LARA, Carlos. "La Nueva Constitución del Perú 1993: Antecedentes, Fundamentos e Historia Documentada." Desarrollo y Paz. Lima. 1993, p. 466.

No es del caso detenerse en este punto en la explicación de las razones históricas, sociales y políticas, entre muchas otras, que tuvo el Legislador Constituyente peruano para adoptar una decisión de tan tremenda envergadura, pero es evidente que se trató de un cambio sustancial en la forma de gobierno, que apostaba por un modelo que, sin perder sus características de unidad y de representatividad, conllevara un ejercicio del poder realmente descentralizado, que permitiera emprender la tarea de un desarrollo integral, armónico y uniforme del país, acabando con el ancestral centralismo, causante, en gran medida, de los males nacionales.

2. La descentralización como proceso de desarrollo integral y armónico del país

En esta línea, en orden a la implementación del diseño de gobierno unitario, representativo y *descentralizado* concebido por el Legislador Constituyente Peruano, la Constitución de 1993 ha dado importantes avances que es necesario resaltar.

Ciertamente, en primer término, ha establecido que la *descentralización es un proceso*, que tiene como objetivo fundamental el desarrollo integral del país. Vale decir, un proceso que permite que en todo el territorio nacional se den los elementos que posibiliten a los peruanos un nivel de vida acorde con su condición de seres humanos, dentro de la inspiración humanista ratificada por la Constitución vigente, que entiende que la persona es el fin supremo de la sociedad y del Estado, por lo que de lo que se trata es que en cada lugar de la República exista acceso a la educación, a la cultura, a la salud, al comercio, a la industria, al esparcimiento y, en general, a todos los elementos que trae consigo la modernidad en procura del bienestar y de la realización del hombre.

En segundo lugar, ha establecido que dicho proceso implica *el ejercicio del gobierno de manera descentralizada y desconcentrada*. Esto es, que, para el desarrollo integral del país, sin romper el concepto unitario del gobierno peruano, deben reconocerse órganos de gobierno distintos a los que integran la estructura del gobierno central, con poder suficiente para enfrentar en forma autónoma la problemática de cada localidad. Ello, sin perjuicio de la desconcentración, que consiste en la delegación de funciones, atribuciones y decisiones desde el gobierno central (nivel de autoridad superior) hacia niveles de autoridades subordinadas, de menor jerarquía funcional o territorial, dentro del ámbito de la misma persona jurídica, para el mejor cumplimiento de sus fines nacionales. En tal sentido, en la concepción del Legislador Constituyente, la delegación del ejercicio del poder para lograr la ansiada descentralización del país corre por vías

paralelas: por la vía de la descentralización propiamente dicha y por la vía de la desconcentración.

En tercer orden, ha establecido que el referido proceso *se da básicamente a través y a partir de los gobiernos regionales y locales*, a los cuales considera *instrumentos de la descentralización del país*. En este punto, es importante resaltar el papel que se asigna a los gobiernos regionales y las municipalidades como órganos del gobierno regional y local, a los que no solamente se concibe como entidades encargadas de enfrentar y atender los requerimientos que se presentan en sus respectivas jurisdicciones, en lo que atañe a las necesidades locales, sino también y, principalmente, como medios de materializar la descentralización del gobierno, en tanto entidades que representan a los vecinos de su respectiva circunscripción territorial, quienes, a través del sufragio directo, eligen a sus autoridades y, por medio de los mecanismos de democracia directa, participan en las tareas de su respectivo gobierno regional y local.

En cuarto lugar, ha establecido que los gobiernos regionales y las municipalidades, para cumplir su papel de ser instrumentos y expresión de la descentralización, tengan *plena autonomía política, económica y administrativa, en los asuntos de su competencia*.

En quinto orden, ha establecido, en armonía con la referida autonomía política, económica y administrativa, que *los gobiernos regionales y las municipalidades mediante sus respectivos Concejos Municipales y Consejos Regionales (equivalentes al Poder Legislativo en el nivel local, en los asuntos de su competencia) tienen la facultad de dictar normas con rango de ley, denominadas Ordenanzas Municipales y Ordenanzas Regionales, respectivamente*.

Estos significativos avances están consagrados en los artículos 188º, 189º, 190º, 191º y 200º, inciso 4), de la Constitución de 1993, que establecen literalmente que "La descentralización es un proceso permanente que tiene como objetivo el desarrollo integral del país", que "El territorio de la República se divide en regiones, departamentos, provincias y distritos, en cuyas circunscripciones se ejerce el gobierno unitario de manera descentralizada y desconcentrada", que "Los gobiernos regionales tienen autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia. Coordinan con las municipalidades sin interferir sus funciones y atribuciones". Y que, al referirse al proceso de inconstitucionalidad, este "…procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general (conocidas como ordenanzas

regionales) y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo", respectivamente.

3. Los gobiernos locales y regionales como principales instrumentos de la descentralización del país. La autonomía regional y el rango de ley de las Ordenanzas Regionales.

Queda claro de lo expuesto hasta esta parte, la gran importancia que atribuye el Legislador Constituyente peruano a la descentralización, tanto como una de las principales características del gobierno peruano cuanto como proceso necesario e imprescindible para el desarrollo integral del país; y, dentro de este contexto, a los gobiernos regionales y las municipalidades como instrumentos de la descentralización, a los cuales ha dotado de autonomía normativa con rango de ley, en los asuntos de su competencia, por lo que corresponde a continuación detenerse brevemente en el tema relacionado con la autonomía regional y, dentro de este, en el de la facultad normativa del Consejo Regional y en el del rango de ley de las Ordenanzas Regionales.

Siguiendo al constitucionalista español Francisco Fernández Segado[3], puede afirmarse que el concepto de autonomía es de muy dificultosa precisión, si es que éste no se analiza dentro de el aquí y el ahora de cada momento histórico, así como de la cobertura constitucional existente en tal momento histórico. En este orden, el citado autor sostiene, siguiendo al profesor Santiago Muñoz Machado que "… el concepto de autonomía es difícil de precisar si no se enmarca en coordinadas concretas de tiempo y lugar y se atiende al contexto normativo en que se emplea porque, ciertamente, es polisémico, relativo, históricamente variable y comprendido en forma diferente en los diversos lugares en que se utiliza".[4]

Sin embargo, no obstante este carácter inicial del concepto de autonomía "si se tiene en cuenta la normativa constitucional peruana, así como los ingredientes que el Legislador Constituyente incorpora dentro de la autonomía asignada a las Municipalidades (aplicable también a la autonomía de los gobiernos regionales), resulta patente su voluntad de conformar la autonomía como un principio general de organización territorial del gobierno peruano y, a la par, como el derecho de la comunidad local a participar mediante sus propios órganos en

3 FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. "La Autonomía Municipal en la Constitución Española de 1978". Citado por BLUME FORTINI, Ernesto, en el libro "El Rango de Ley de las Ordenanzas Municipales en la Constitución de 1993 (colisión normativa entre ley del Congreso y ordenanza municipal)", editado por la Municipalidad Metropolitana de Lima. Stampa Gráfica. Lima. 1997, p. 3.

4 Loc. Cit.

el gobierno y la administración de cuantos asuntos le atañen", al punto que, como bien apunta el mismo Fernández Segado, siguiendo la más actualizada doctrina que busca la redefinición de la autonomía local basada en el interés respectivo como base del principio de autonomía y, en particular a Alfonso Luciano Parejo, el verdadero objeto de la autonomía local "…*radica en el derecho al autogobierno, que significa el derecho a la atribución de potestades (sin precisar cuáles deban ser éstas) en todos aquellos supuestos en que se vean comprometidas o afectadas necesidades de la comunidad local".*[5]

En este orden de ideas, la autonomía debe ser entendida en su más amplio sentido como la capacidad "… *para ejecutar y cumplir todas las tareas de la Administración estatal con propia responsabilidad, y esto sin importar la posible trascendencia supralocal de estas tareas, pues lo que determinaría la capacidad sería la afectación a los intereses de los ciudadanos"*[6]. No cabe por consiguiente, una visión limitativa y restringida de la autonomía tanto local como regional, máxime cuando a esta se asignan caracteres políticos, económicos y administrativos, sino por el contrario una visión amplia que, en el fondo encierra, una redefinición de la autonomía local y regional, que haga posible una interpretación coherente y armónica con lo que podría denominarse el sistema constitucional de distribución de competencias, el cual rompe los esquemas tradicionales e implica una nueva concepción, dentro de la cual, en la medida del nuevo rol de los gobiernos regionales se incrementan las competencias y atribuciones de estos, así como se disminuyen y limitan las de otros entes estatales que antes (en el esquema centralista) las detentaba. Por ello, en opinión del constitucionalista español antes citado, la afirmación de la autonomía "… *ha de ser entendida como un derecho de la comunidad local a participar a través de órganos propios en el gobierno y administración de cuantos asuntos le atañen".*[7]

Con relación a este último aspecto, la intensidad de la participación de la municipalidad o el gobierno regional, en el ejercicio del gobierno, depende de la relación que se pueda dar entre los intereses locales y los supralocales, en el contexto, como es obvio, de la atención a los problemas emergentes de la realidad local; ya que, por su propia naturaleza, el gobierno local y también regional ejerce poder únicamente sobre su respectiva circunscripción territorial.

5 Loc. Cit.
6 Loc. Cit.
7 Loc. Cit.

Recalco que, a la luz de la normativa constitucional vigente, contenida puntualmente en los artículos 43º, 188º, 189º, 190º, 191º, 192º, 193º, 194º, 195º, 196º y 200º, inciso 4, de la Constitución de 1993, el Legislador Constituyente peruano ha concebido al Gobierno Regional como órgano con autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia, encargado de aprobar el plan de desarrollo regional, así como de promover el desarrollo socioeconómico regional y dictar las normas inherentes a la gestión regional, entre otras funciones, que es, junto con la municipalidad, instrumento básico de la descentralización del país, en el marco de un modelo que maximiza, revalúa y repotencia al gobierno regional, al cual para el cabal ejercicio de sus responsabilidades le ha dado funciones normativas, por intermedio de sus Consejos Regionales, dictando ordenanzas, que son leyes regionales, de igual rango que las leyes ordinarias que dicta el Congreso de la República.

Sobre la función normativa debe hacerse hincapié que la autonomía política comprende la autorregulación; razón que llevó a consagrar expresamente en el artículo 191º de la Carta Fundamental de 1993 que el Concejo Regional (que es una suerte de parlamento regional integrado por el Gobernador Regional y los consejeros regionales) tiene la facultad de legislar o normar en materia regional y, adicionalmente, de fiscalizar al Gobernador Regional (que es el órgano ejecutivo regional). Nótese en este punto que el Legislador Constituyente crea al legislador regional o parlamentario regional, a quien se le denomina consejero regional; y que se trata de un legislador para quien se reservan áreas sobre las que deberá ejercer su función normativa: los asuntos de competencia regional. Nótese, igualmente, que tal decisión se cimienta también en la teoría de la reserva constitucional o reserva legal, en cuya virtud la normación en el ámbito competencial regional queda reservada al legislador regional.

A contramano, tal reserva conlleva que el legislador ordinario (que dicta las leyes propiamente dichas: el Poder Legislativo, a través del Congreso de la República), el legislador delegado (que dicta decretos legislativos por delegación del Congreso: el Poder Ejecutivo) y el legislador infralegal (que dicta normas de inferior jerarquía que las leyes: el Poder Ejecutivo, entre otros), han quedado privados de normar en materias propias de las Regiones, ya que esa tarea ha sido entregada al legislador regional, en concordancia con la autonomía política que tienen los gobiernos regionales.

Como está dicho, la función legislativa o normativa regional la realiza el legislador regional vía Ordenanzas Regionales, que son en puridad leyes regionales; dispositivos o normas jurídicas (en el más estricto sentido) que

regulan el ámbito competencial regional y, en general, atienden a la necesidad normativa que presenta la problemática regional. Empero, también en concordancia con la autonomía política, que, como quedó enfatizado, conlleva a la autonormación o autorregulación, el Legislador Constituyente peruano le ha dado a la Ordenanza Regional el rango de ley, al establecer en el artículo 200º, inciso 4), de la Constitución, al referirse a las normas impugnables por causal de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, que tienen rango de ley, al igual que las leyes propiamente dichas, los decretos legislativos, los decretos de urgencia, los tratados, los reglamentos del Congreso y las Ordenanzas Municipales.

El rango significa "…índole, clase, categoría, calidad…"[8]. Por lo tanto, el rango de ley significa índole, clase, categoría y calidad de ley. En tal sentido, si por disposición constitucional la Ordenanza Regional tiene rango de ley, consecuentemente tiene índole, clase, categoría y calidad de ley; raciocinio que permite arribar a la conclusión que la Ley del Congreso y la Ordenanza Regional (norma regional de carácter general según la Constitución) tienen igual índole, clase, categoría y calidad, diferenciándose únicamente en la materia normativa que corresponde a cada una.

S.

BLUME FORTINI

8 CABANELLAS, Guillermo. "Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual." Editorial Helíasta S.R.L., 1989, Tomo VII, p. 10

PLENO JURISDICCIONAL

Expediente 00011-2014-PI/TC

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Del 4 de abril de 2019

Colegio de Abogados de Ica
c.
Congreso de la República

Asunto

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra la Ley 30137, mediante la cual se establecen criterios de priorización para la atención del pago de sentencias judiciales.

Magistrados firmantes:

SS.

MIRANDA CANALES
RAMOS NÚÑEZ
LEDESMA NARVÁEZ
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

TABLA DE CONTENIDO

I. ANTECEDENTES

A. Petitorio constitucional

B. Debate Constitucional

B.1. Argumentos de la demanda

B.2. Contestación de la demanda

B.3. Intervención de terceros

II. FUNDAMENTOS

§ 1. Ley 30841 que modifica el párrafo 2.1 de la Ley 30137

§ 2. Criterios de priorización para el pago de sentencias en calidad de cosa juzgada

§ 3. El principio-derecho de igualdad y la prohibición de la arbitrariedad

§ 4. El derecho a la tutela procesal efectiva

§ 5. Igualdad y diferenciación en el pago de obligaciones contenidas en sentencias judiciales

§ 6. Constitucionalidad de los criterios de priorización

III. FALLO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 4 días del mes de abril de 2019, el Tribunal Constitucional, en sesión del Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Blume Fortini (presidente); Miranda Canales (vicepresidente); Ramos Núñez, Sardón de Taboada, Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento del magistrado Ferrero Costa, aprobado en la sesión de Pleno de fecha 5 de setiembre de 2017. Asimismo, se agregan el fundamento de voto del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera y los votos singulares de los magistrados Blume Fortini, Sardón de Taboada y Ferrero Costa.

I. ANTECEDENTES

A. Petitorio constitucional

Con fecha 19 de mayo de 2014, el Colegio de Abogados de Ica interpone demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1 y 2 de la Ley 30137, publicada el 27 de diciembre de 2013, en el diario oficial *El Peruano*.

Dicha ley establece criterios de priorización para la atención del pago de sentencias judiciales.

En defensa de la constitucionalidad de ley objetada, con fecha 10 de junio de 2015, el Congreso de la República, que actúa a través de sus apoderados especiales, ha contestado la demanda negándola y contradiciéndola en todos sus extremos, y solicita que se la declare infundada.

B. Debate constitucional

Las partes postulan una serie de razones o argumentos sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la ley objetada que, resumidamente, se presentan a continuación:

B.1. Argumentos de la demanda

El demandante alega que los artículos cuestionados de la Ley 30137 contravienen el principio de igualdad ante la ley reconocido en el artículo 2, inciso 2 de la Constitución, así como el principio de tutela jurisdiccional, consagrado en el artículo 139, numeral 3, de la Constitución.

Afirma que el artículo 2 de la ley objetada establece tres criterios discriminatorios de prelación para los pagos de las deudas del Estado contenidas en sentencias judiciales con calidad de cosa juzgada: (i) materia de las sentencias, (ii) características del acreedor, (iii) monto de la acreencia.

Cuestiona también el criterio de prelación basado en las características del acreedor, así como los criterios relacionados con el monto de la acreencia en cuanto se indica que aquellas que son superiores a 50 UIT "son pagadas proporcionalmente" y de acuerdo "al orden de prioridad antes señalado".

Sostiene, en resumen, que la Ley 30137 establece una discriminación entre sentencias con calidad de cosa juzgada, cuando jurídicamente estas no guardan ninguna diferencia.

El recurrente señala que la norma establece una jerarquía entre los propios grupos desfavorecidos, pero alega que la disposición no sustenta con bases constitucionales por qué la materia laboral tiene grado máximo de prioridad, mientras que las violaciones de derechos humanos se establecen en un tercer grado de prioridad.

De otro lado, el demandante sostiene que se está vulnerando el principio de efectividad procesal al promover el retardo en el cumplimento de las sentencias, toda vez que se dispone priorizar tomando en cuenta aspectos tales como la cuantía (no superior a 50 UIT) cuando las demandas pudieron ser presentadas mucho tiempo antes.

Lejos de servir para alcanzar un fin social, la disposición termina afianzando más la injusticia, ya que se condiciona la efectividad procesal a criterios económicos discriminatorios. Con base en lo expuesto, concluye que no se trata de una norma idónea y, por lo tanto, no supera el test de igualdad.

Alega que tampoco supera el criterio de necesidad, ya que existen otras medidas menos gravosas que permiten al Estado alcanzar el fin perseguido por la norma. Por ejemplo, sostiene que el Estado podría establecer un cronograma integral de pago de deudas judiciales en la Ley Anual de Presupuesto.

En cambio, con la ley cuestionada se está discriminando entre grupos que se encuentran en situaciones idénticas, protegidas por el derecho a la tutela judicial efectiva. Más aún, las deudas que se dejen de lado seguirán generando intereses, con lo cual el Estado continuará aumentando su incapacidad de pago.

En suma, alega que el derecho constitucional a la tutela jurisdiccional implica que las sentencias con calidad de cosa juzgada sean susceptibles de ser ejecutadas. Sin embargo, con la norma cuestionada se retrasa claramente su ejecución e, incluso, puede volver tal sentencia en inejecutable.

B.2. Contestación de la demanda

El Congreso de la República contesta la demanda sosteniendo que el legislador se encuentra facultado para establecer diversos límites al derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales con calidad de cosa juzgada, siempre que estas restricciones tengan una justificación constitucional. En tal sentido, el artículo 2 de la Ley 30137 no puede ser inconstitucional por el solo hecho de establecer límites al derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales.

Se expresa que los criterios de priorización corresponden a objetivos establecidos en la Constitución. Así, la priorización en materia laboral reproduce el contenido del artículo 24 de la Constitución que establece que el pago de la remuneración y de los otros beneficios sociales del trabajador tiene prioridad sobre cualquier otra obligación del empleador.

En virtud de la sentencia de los Expediente 015-2001-AI/TC, 006-2001-AI/TC, 004-2002-AI/TC (en adelante Sentencia 0015-2001-AI/TC), agrega que, para el Tribunal Constitucional, las deudas de carácter previsional o laboral tienen una "solución especial y autónoma". En consecuencia, no es inconstitucional que se establezca una prioridad a favor del pago de las deudas provenientes de sentencias de carácter laboral en contra del Estado.

Sobre los casos en materia de víctimas de actos de defensa del Estado y víctimas por violaciones de derechos humanos, el Congreso de la República ha dicho que su priorización está directamente vinculada con el deber del Estado de garantizar y proteger el ejercicio y goce de los derechos de las personas, en virtud del artículo 68 de la Convención Americana de Derechos Humanos que dispone que los Estados partes se comprometen a cumplir con la decisión de la Corte.

Concordante con lo anterior, el artículo 1 de la Ley 27775, que regula el procedimiento de ejecución de sentencias emitidas por tribunales supranacionales, declara de interés nacional el cumplimiento de las sentencias dictadas en los procesos seguidos contra el Estado.

De otro lado, tal como se indicó en el proyecto de ley que dio origen a la disposición ahora cuestionada, una de las políticas de Estado del Acuerdo Nacional se refiere a la atención integral de las secuelas de la violencia y reparación a las víctimas.

Respecto a la referencia a "deudas de carácter social", se ha indicado que se trata de casos cuyos acreedores son personas en situación de extrema pobreza según la calificación del Sistema de Focalización de Hogares (Sisfoh), personas que han padecido negligencias médicas en centros hospitalarios públicos, personas con alguna disca-

pacidad mental o física grave que les impida autosostenerse o personas víctimas del terrorismo. En suma, no se han utilizado criterios irrazonables o que generen una situación contraria al principio de proporcionalidad.

El Congreso plantea igualmente que se está limitando proporcionalmente el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en su dimensión de la efectividad de las sentencias judiciales. Expresa que el artículo 2 de la ley cuestionada no es contrario a los derechos fundamentales referidos en la demanda, puesto que la intensidad de la intervención en el derecho de igualdad de ejecución de las resoluciones judiciales es leve, ya que la norma no establece una limitación absoluta del ejercicio del referido derecho.

La disposición cuestionada busca garantizar la igualdad en su dimensión material. Explicitando los subcriterios del test de proporcionalidad, el Congreso de la República afirma que la finalidad (o fin) del tratamiento diferente es el principio de equilibrio presupuestal y el de justicia presupuestal (artículos 77 y 78 de la Constitución), mientras que el objetivo es "reducir los pagos pendientes o costos del Estado a efectos de maximizar de manera estratégica los recursos del Estado".

Sobre el examen de idoneidad, alega que, a diferencia de lo planteado por los demandantes, debe considerarse que con la norma cuestionada sí se coadyuva a reducir los costos del Estado, pues se reduciría en un 74 % u 89 % el número de sentencias judiciales pendientes, con lo que se permite optimizar el principio de equilibrio y justicia presupuestal.

La disposición permite también cumplir con el mandato constitucional de los artículos 10, 11 y 24 de la Constitución, así como el del artículo 68 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Sobre el examen de necesidad, el Congreso afirma que, si bien existen otros medios, lo cierto es que estos no serían igualmente eficaces. Cuestiona así la alternativa propuesta en la demanda respecto de la creación de un "cronograma integral" por cuanto ello implicaría que no se puede cumplir tal cronograma debido a las limitaciones establecidas en el Texto Único Ordenado de la Ley 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto.

Sobre el examen de proporcionalidad en sentido estricto, recuerda que la limitación implementada es una restricción leve en el derecho a la ejecución de resoluciones judiciales.

De otro lado, el grado de optimización del mandato contenido en el artículo 24 de la Constitución —garantía de los derechos a la pensión y seguridad social— y optimización de las obligaciones por cumplimiento de las obligaciones originadas por violaciones de derechos humanos es elevada.

Finalmente, la optimización del derecho a la vida digna de las personas en pobreza extrema, salud e integridad de las víctimas de negligencia médica o personas con discapacidad es también elevado. Adicionalmente, la optimización de los principios de equilibrio y justicia presupuestaria es también elevada. En conclusión, sostiene el Congreso de la República que la ley cuestionada supera el test de proporcionalidad.

B.3. Intervención de terceros

A través del auto de fecha 22 de mayo de 2018, el Tribunal Constitucional admitió la solicitud de intervención de la Asociación de Pensionistas del Ministerio de Agricultura, incorporándola al presente proceso de inconstitucionalidad en calidad de tercero.

El tercero admitido en autos alega que la demanda debe ser declarada fundada en parte en el sentido de que la disposición cuestionada relega a un segundo plano el cumplimiento de las sentencias que han pasado en autoridad de cosa juzgada cuando versan sobre materia previsional y añade que se ha establecido un límite o tope a la atención de las deudas o devengados derivados de dichas sentencias cifrado en S/ 50,000.00, monto que arbitrariamente los "revictimiza" y discrimina respecto de otros pensionistas igualmente amparados por sentencias que tienen la calidad de cosa juzgada en materia previsional.

II. FUNDAMENTOS

1. En el presente caso corresponde resolver si las disposiciones de la Ley 30137, que establece criterios de priorización para la atención del pago de sentencias judiciales, publicada el 27 de diciembre de 2013, en el diario oficial *El Peruano*, contravienen el derecho a la igualdad y el derecho a la tutela jurisdiccional como alega el recurrente, según se ha puesto de manifiesto.

2. Es decir, se deben analizar los criterios de priorización establecidos por la ley cuestionada para determinar luego si han sido seleccionados arbitrariamente y afectando los principios aludidos, o si, por el contrario, obedecen a razones constitucionalmente legítimas.

§ 1. Ley 30841 que modifica el párrafo 2.1 de la Ley 30137

3. Antes revisar el fondo de la presente demanda, este Tribunal debe pronunciarse sobre los efectos de la Ley 30841 en la presente causa. Y es que, con fecha 19 de agosto de 2018, se ha publicado la Ley 30841, que modifica el artículo 2.1 de la Ley 30137, materia del presente caso.

4. Esta ley modificatoria repite literalmente tanto el título, el primer párrafo y los 5 criterios de priorización ya establecidos en el artículo 2.1 de la Ley 30137, por lo que, hasta aquí, no se introduce novedad alguna. En realidad, la modificación se produce con el añadido de un nuevo párrafo en el que se establece lo siguiente:

> En los casos de los numerales 1, 2, 3 y 4 se prioriza el pago a los acreedores mayores de sesenta y cinco años de edad y/o a los acreedores con enfermedad en fase avanzada y/o terminal, debidamente diagnosticada y acreditada por especialistas del Ministerio de Salud y/o ESSALUD.

5. En tal sentido, antes de iniciar la revisión de la constitucionalidad cabe preguntarse ¿qué ocurre cuando una ley materia de un proceso de inconstitucionalidad es modificada durante tal proceso? ¿Puede el Tribunal Constitucional analizar tal modificación o se habría configurado una sustracción de la materia respecto tal punto?

6. Este Tribunal ya ha abordado situaciones similares en las Sentencias 0003-2012-PI/TC y 0005-2013-PI/TC, estableciendo que la modificación de una ley materia de un proceso de inconstitucionalidad no implicaba necesariamente la configuración de la sustracción de la materia.

7. Así, en el primer caso el Tribunal sostuvo que en esencia la ordenanza regional impugnada continuaba vigente, aunque con una redacción diferente. Por ello se afirmó que los cuestionamientos realizados en la demanda no se habían despejado con las modificaciones introducidas por el gobierno regional demandado.

8. En la STC 0005-2013-PI/TC, el Tribunal estaba analizando la constitucionalidad del artículo 12 del Decreto Legislativo 1129, el que fue modificado por el Decreto Legislativo 1353. En dicha sentencia este Tribunal estableció que frente a una

> […] modificación legislativa de la norma impugnada, solo podría expedirse un pronunciamiento sobre el fondo del asunto en caso de que la nueva disposición reproduzca el presunto vicio de inconstitucionalidad alegado por la parte demandante.

9. De lo expuesto en las sentencias referidas se desprende que el Tribunal Constitucional es competente para revisar la constitucionalidad de las leyes modificatorias de dispositivos legales objeto de un proceso de inconstitucionalidad. Esta decisión del Tribunal Constitucional busca optimizar los fines esenciales del proceso de inconstitucionalidad, que pretenden garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales, además

de fundamentarse en lo dispuesto por el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, que habilita al Tribunal Constitucional a "adecuar" la exigencia de formalidades al cumplimiento de los fines de los procesos constitucionales

10. En el presente caso los demandantes han cuestionando la priorización del pago de sentencias establecidas en la Ley 30137, entendiendo que contravienen el principio de igualdad y el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. La modificación introducida por la Ley 30841 estaría incidiendo en el presunto vicio de inconstitucionalidad cuestionado en tal demanda, al adicionar más subcriterios de priorización. En otras palabras, la nueva ley (30841), repite "literalmente" todas las disposiciones cuestionadas (criterios de priorización social y sectorial) y agrega un nuevo párrafo en el que se continúa desarrollando los criterios de priorización antes mencionado, de modo que cabe extender el pronunciamiento del Tribunal Constitucional a la nueva disposición, por razón de identidad, en tanto que el contenido presuntamente inconstitucional, cuestionado en el texto original de la Ley 30137, podría derivarse también de su modificatoria en la Ley 30841.

    Por consiguiente, este Tribunal considera que cabe revisar la constitucionalidad de las modificatorias introducidas.

§ 2. Criterios de priorización para el pago de sentencias en calidad de cosa juzgada

11. La Ley 30137 establece criterios de priorización social y sectorial para el pago de obligaciones provenientes de sentencias judiciales que tengan carácter de cosa juzgada y en las que se condenara al Estado.

12. El primer nivel de priorización, estipulado en el artículo 2.1, modificado por la Ley 30841, fija cinco criterios específicos, a saber:

    1. materia laboral
    2. materia previsional
    3. víctimas en actos de defensa del Estado y víctimas por violaciones de derechos humanos
    4. otras deudas de carácter social
    5. deudas no comprendidas en los numerales precedentes

13. Estos criterios determinan un orden sectorial de prioridad en el pago. Como ya se observó, la Ley 30841 introdujo un párrafo que establece, para los casos de los

numerales 1 al 4, la priorización del pago para las personas mayores de sesenta y cinco años y para los acreedores con enfermedades en fase avanzada o terminal acreditada por especialistas del Ministerio de Salud. Así, este sería un segundo nivel de priorización en donde se enfatizan los criterios sociales.

14. Sobre el punto 4 del artículo 2.1 (otras deudas de carácter social), es importante indicar que el reglamento de la ley impugnada, Decreto Supremo 001-2014-JUS establece en su artículo 2.5 que este tipo de deudas están referidas a personas en situación de pobreza o extrema pobreza, deudas derivadas de negligencias médicas, acreedores que tengan alguna discapacidad mental o física grave o aquellos casos de aplicación del Decreto Supremo 051-88-PCM; es decir, a los servidores públicos víctimas de accidentes, actos de terrorismo o narcotráfico en comisión de servicios.

15. Por su parte, en el artículo 2.2 de la ley impugnada se establece un tercer nivel de priorización: (a) fecha de notificación, (b) edad de los acreedores y (c) montos de obligación. Estos criterios de tercer nivel se aplicarán, una vez establecido el orden, en virtud de los criterios expuestos en el artículo 2.1 de la Ley 30137, modificado por la Ley 30841.

16. Finalmente, se establece que, luego de haber aplicado las consideraciones anteriores, se priorizará a los "acreedores individuales" cuyo saldo de acreencia sea (i) menor o igual a 5 UIT, (ii) mayor de 5 y hasta 10 UIT, (iii) más de 10 y hasta 20 UIT, (iv) más de 20 y hasta 50 UIT, y (v) superiores a 50 UIT. Este último tipo de acreencias serán pagados proporcionalmente y atendiendo al saldo disponible.

§ 3. El principio-derecho de igualdad y la prohibición de la arbitrariedad

17. El inciso 2 del artículo 2 de la Constitución establece 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".

18. El principio-derecho de igualdad distingue dos manifestaciones relevantes: la igualdad *en la ley* y la igualdad *en la aplicación* de la ley. La primera manifestación constituye un límite para el legislador, encontrándose este vedado de establecer distinciones basadas en criterios irrazonables y desproporcionados. Es decir, el principio de igualdad exige al legislador que las situaciones jurídicas que vaya a determinar deban garantizar un trato igual y sin discriminaciones.

19. Por su parte, la segunda se configura como límite del actuar de los órganos jurisdiccionales o administrativos, exigiendo que estos, al momento de aplicar las normas jurídicas, no atribuyan distintas consecuencias jurídicas a dos supuestos de hecho que sean sustancialmente iguales (ver Sentencia 0004-2006-PI/TC, fundamentos 123 y 124). Como es evidente, el presente caso es uno sobre igualdad *en la ley*.

20. Tal como ha sido dicho en reiteradas ocasiones por este Tribunal Constitucional, el derecho-principio de igualdad encuentra su fundamento en la dignidad humana (ver, entre otras, la Sentencia 0023-2005-PI/TC, fundamento 42), no debiendo agotarse su interpretación bajo un supuesto meramente formal, sino que, tal como se indica en la sentencia 0033-2010-PI/TC (fundamento 1) debe incluir:

> […] la necesidad de realizar acciones positivas tendientes a equiparar a las personas en la satisfacción de sus derechos y necesidades básicas. De este modo, el principio de igualdad, visto en su *dimensión sustantiva*, exige que se brinden a las personas las mismas *oportunidades* para el goce real y efectivo de los derechos fundamentales que la Constitución reconoce.

21. Contrariamente a lo que pudiera desprenderse de una interpretación formalista de la norma establecida en el artículo 2.2 de la Constitución, se trata de un derecho fundamental que no consiste únicamente en que las personas puedan exigir un trato igual a los demás. Sino que las personas sean tratadas igual si es que se encuentran en una misma condición (Sentencia 0048-2004-PI/TC, fundamento 59). No supone, pues, un tratamiento idéntico de todos los casos.

22. De ahí que la jurisprudencia de este Tribunal haya distinguido dos categorías jurídico-constitucionales como son la "diferenciación" y "discriminación". La discriminación es aquel trato arbitrariamente diferente que le impide a la persona acceder a oportunidades esenciales a las que otras, en su misma condición, tienen derecho (Sentencia 0090-2004-AA/TC, fundamento 43).

23. Si la desigualdad de trato no está basada en un criterio razonable ni proporcional, se estará ante una discriminación, esto es, frente a una desigualdad de trato constitucionalmente intolerable (Sentencia 0048-2004-PI/TC, fundamento 62). Ello coincide con la línea esbozada en la Observación General 18, Comentarios Generales, 37 Periodo de sesiones, 1989 por la Oficina del Alto Comisionado para Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas, que define el término discriminación como sigue:

> […]
>
> toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se base en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas.

24. La diferenciación, en cambio, está constitucionalmente permitida siempre y cuando el trato desigual se funde en causas objetivas y razonables. Ello implica que la medida legal no pretenda anular o menoscabar el goce o ejercicio de los derechos humanos en condiciones de igualdad.

25. En la sentencia recaída en el Expediente 0045-2004-PI/TC, el Tribunal concluyó que el trato diferenciado dejaba de constituir una distinción constitucionalmente permitida cuando carecía de justificación en los términos que demanda el principio de proporcionalidad (fundamento 31 *in fine*).

124

26. En efecto, no basta que el legislador verifique que dos situaciones jurídicas son diferentes y que, por tanto, les puede aplicar un tratamiento legal diferente, sino que también debe verificar si el fin que se pretende obtener con la diferenciación legislativa es constitucional y si, en todo caso, la diferenciación legislativa resulta proporcional con el fin que se pretende obtener, de manera que resulte razonable.

27. El derecho a la igualdad, además de ser un derecho fundamental, constituye un principio básico del Estado constitucional. Este Tribunal ha establecido que el principio-derecho de igualdad "no posee una naturaleza autónoma sino relacional, es decir, que funciona en la medida en que se encuentre relacionada con el resto de derechos, facultades y atribuciones constitucionales y legales". Así, el examen sobre la vulneración del principio–derecho de igualdad está relacionado con el examen sobre la vulneración de otros derechos (Sentencia 0023-2005-PI/TC, fundamento 65).

28. Efectivamente, el principio de igualdad opera como un mecanismo que permite asegurar el goce real, efectivo y pleno del conjunto de derechos que la Constitución y las leyes reconocen y garantizan a todos los sujetos, aunque sin perder de vista lo ya dicho en torno a las diferenciaciones legítimas.

29. El demandante señala que con la disposición cuestionada se está discriminando entre sentencias con calidad de cosa juzgada, cuando jurídicamente estas no

tienen diferencia alguna. La sentencia del juez comercial o civil es tan sentencia como la de un juez laboral, alega. No obstante, sostiene que se discriminaría a las primeras en favor de las segundas. De hecho, el recurrente sostiene que la supuesta discriminación no se sustenta en causas objetivas ni razonables.

30. Por su parte, el tercero admitido en autos alega que la demanda debe ser declarada fundada en parte en el sentido de que la disposición cuestionada relega a un segundo plano el cumplimiento de las sentencias que han pasado en autoridad de cosa juzgada cuando versan sobre materia previsional, y añade que se ha establecido un límite o tope a la atención de las deudas o devengados derivados de dichas sentencias cifrado en S/ 50, 000.00, monto que arbitrariamente los "revictimiza" y discrimina respecto de otros pensionistas igualmente amparados por sentencias que tienen la calidad de cosa juzgada en materia previsional.

31. A fin de decidir la controversia, resulta necesario analizar a continuación el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales y su relación con el derecho a la igualdad. Así, se determinará si los criterios utilizados en la priorización del pago de determinadas obligaciones responde a razones objetivas y proporcionadas o si, por el contrario, se las adoptó arbitrariamente introduciendo un trato discriminatorio.

§ 4. El derecho a la tutela procesal efectiva

32. La tutela jurisdiccional, reconocida en el artículo 139.3 de la Constitución, también ha sido reconocida como derecho a la tutela procesal efectiva en el artículo 4 del Código Procesal Constitucional.

33. La tutela procesal efectiva debe ser entendida como aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan los derechos a obtener una resolución fundada en derecho y a la actuación "adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales".

34. Sobre las diferentes manifestaciones de la tutela jurisdiccional, este Tribunal ha establecido en la Sentencia 0015-2001-AI/TC (y acumulados) lo siguiente:

> El derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales que han pasado en autoridad de cosa juzgada, es una manifestación del derecho a la tutela jurisdiccional, reconocido en el inciso 3) del artículo 139º de la Constitución. También se encuentra aludido en el segundo párrafo del inciso 2) del mismo artículo 139º, cuando se menciona que "ninguna autoridad puede [...] dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada [...] ni retardar su ejecución" (fundamento 8).

35. Como se observa, el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales con autoridad de cosa juzgada forma parte del derecho fundamental de la tutela judicial efectiva. Así, en caso no se cumpla con lo ordenado por una sentencia o resolución judicial firme, el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales autoriza al afectado con el incumplimiento, a solicitar la adopción de las medidas y providencias necesarias para que se ejecute lo dispuesto en la resolución firme.

36. Con tal derecho se garantiza que las sentencias judiciales se ejecuten en sus propios términos, impidiendo que estas se conviertan en simples declaraciones de intención sin efectividad. Con ello se busca garantizar que lo decidido en una sentencia se cumpla y que la parte que obtuvo un pronunciamiento de tutela sea repuesta en su derecho y compensada por el daño sufrido si hubiera lugar a ello.

37. Se ha establecido también que, como ocurre con el resto de los derechos fundamentales, el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales no es un derecho absoluto, precisando que cuando sea el Estado el que haya perdido el caso, el legislador puede "establecer ciertos límites o restricciones al derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales firmes, en la medida en que éstas tengan una justificación constitucional" (Sentencia 0015-2001-AI/TC y acumulados, fundamento 15).

38. En dicha sentencia, además, el Tribunal señaló que el condicionamiento al derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales se relaciona con las exigencias del principio de legalidad presupuestaria del gasto público que se deriva del artículo 77 de la Constitución. Pero tal como se detalló en tal sentencia, estos límites "no deben servir de herramienta para postergar *sine die* el cumplimiento de las sentencias judiciales contra el Estado" (Sentencia 0015-2001-AI/TC y acumulados, fundamento 55).

39. Queda claro, entonces, que existe un derecho a percibir aquello que haya dispuesto el Poder Judicial en una sentencia firme, aún cuando el obligado al pago sea el Estado e incluso en el caso de que se haya agotado la partida presupuestal pertinente para un ejercicio determinado.

40. Ahora bien, tal como se ha apreciado en el debate constitucional propuesto por las partes, lo que la norma cuestionada estaría afectando, aparentemente, es el derecho a la igualdad en la aplicación de la tutela jurisdiccional efectiva.

41. A continuación se deberá determinar si al autorizarse la aplicación de los criterios de priorización para el pago de resoluciones judiciales firmes, establecidos en la ley impugnada, se vulnera el derecho a la igualdad en la tutela jurisdiccional efectiva.

§ 5. Igualdad y diferenciación en el pago de obligaciones contenidas en sentencias judiciales

42. Ya se ha advertido *supra* que existen prohibiciones constitucionales muy claras sobre tratos discriminatorios o preferencias que tengan por objeto anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas.

43. De la misma manera, el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales implica que el Estado no puede dejar sin efecto resoluciones con calidad de cosa juzgada, ni retardar su ejecución con base en criterios contrarios a la Constitución. Corresponde ahora determinar si es que la disposición cuestionada contraviene alguna de estas prohibiciones.

44. Antes de proseguir, corresponde tomar en cuenta que antes de la promulgación de la disposición cuestionada, no existía normativa que unificara criterios en torno al orden de pago de las sentencias en contra del Estado. De ello puede deducirse que cada entidad estatal podía establecer sus propios criterios para el pago de deudas provenientes de mandatos judiciales.

45. Junto a este hecho, debe considerarse también que el orden en el cual se pagaban las obligaciones de este tipo se veía, al igual que ahora, necesariamente determinado por las limitaciones propias de los pliegos presupuestales y el monto adeudado por concepto de sentencias judiciales firmes (Ley 27584, artículo 42).

46. Cuando una entidad pública no cuenta con presupuesto suficiente para atender *todas* las obligaciones de pago contenidas en sentencias judiciales firmes, ni tiene posibilidad de reestructurar sus partidas, deberá determinar cuáles de estas pagará de inmediato y cuales otras se atenderán en ejercicios posteriores.

47. El hecho de que no se puedan atender todas las obligaciones establecidas en sentencias firmes con el presupuesto asignado para tal fin no implica que la obligación se haya extinguido; esta, desde luego, persiste y debe determinarse el orden en el que será atendida en relación con las demás.

48. La ley ahora impugnada y con su modificatoria, establecen criterios de priorización para atender la ejecución de las sentencias con calidad de cosa juzgada. Esta escala implica dar prioridad a quienes se considera favorecidos por tales criterios. A fin de determinar si es que estamos frente a una diferenciación válida o ante un acto discriminatorio debemos observar, en primer lugar, si efectivamente estamos ante situaciones jurídicas equivalentes.

49. Y es que, como ya se ha puesto de relieve, para determinar la existencia de discriminaciones normativas relevantes debe constatarse que el trato diferenciado se aplica a quienes se encuentran en condiciones iguales o en la misma situación jurídica.

50. En el presente caso el demandante ha argumentado que todas las sentencias con calidad de cosa juzgada deben ser tratadas del mismo modo, sin distinguir si es que provienen de los juzgados civiles, comerciales o laborales y, por lo tanto, se alega que imponer prelaciones como las de la ley cuestionada, resultaría en una discriminación normativa.

51. Sin embargo, si bien cabe agrupar a todas las sentencias firmes del Poder Judicial en una misma categoría, ello no impide reconocer que existen diferencias entre la materia a la que dichas decisiones se refieren y los sujetos a quienes tales sentencias serán aplicadas.

52. Es factible, entonces, diferenciar entre mandatos judiciales en materia laboral de mandatos judiciales en materia civil o comercial. Y es que las sentencias recaídas en procesos laborales o pensionarios, por citarlo a manera de ejemplo, involucran, con frecuencia, remuneraciones o pensiones que tienen naturaleza alimentaria a diferencia de las sentencias en materia comercial.

53. Esto no presupone minimizar la importancia del cumplimiento de las obligaciones derivadas de sentencias firmes emitidas por los juzgados comerciales. Debe atendérselas, por supuesto, pero ello no impide comprender que no es lo mismo la demora en la percepción de un crédito por parte de una empresa que el retraso en el cobro de una remuneración derivada de la relación de trabajo.

54. Se debe insistir en que todas las deudas deben ser oportunamente pagadas y si el monto para hacer frente a estas es insuficiente dentro de determinado ejercicio presupuestal, deberá cumplirse con unas antes que con otras, para lo que resultará indispensable adoptar algún criterio objetivo que permita distinguir entre todas las obligaciones judicialmente reconocidas.

55. En tal sentido, no se ha demostrado que resulte constitucionalmente ilegítima la diferenciación entre sentencias que resuelven materias diversas con diversos niveles de incidencia en los derechos fundamentales de la persona humana.

56. Este Tribunal Constitucional entiende que la ley cuestionada regula diferentes situaciones jurídicas, que el término de comparación propuesto por el demandante no resulta idóneo y que, en consecuencia, existe en el presente caso una diferenciación y no una discriminación normativa.

57. Por otra parte, debe tomarse en cuenta que, si el presupuesto asignado es insuficiente para cumplir con todas las obligaciones derivadas de sentencias judiciales firmes, será inevitable la priorización. Habrá que cumplir con algunas sentencias y postergar el cumplimiento de otras siguiendo el procedimiento previsto en el artículo 47 del Texto Único Ordenado de la Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo aprobado por Decreto Supremo 013-2008-JUS.

58. Se advierte entonces que, siempre que exista un presupuesto insuficiente para cumplir con las obligaciones provenientes de sentencias judiciales, se producirá la diferenciación por la naturaleza misma de las cosas.

59. De hecho, en nuestro ordenamiento existen otras normas que establecen órdenes de prioridad para el pago de determinadas obligaciones, como sucede con la Ley General del Sistema Concursal (artículo 42) o el Código Tributario (artículo 6).

60. Solo resta analizar si los criterios utilizados para sustentar la priorización son constitucionalmente legítimos o si, por el contrario, corresponde estimar la demanda y declarar la inconstitucionalidad de la disposición impugnada.

§ 6. Constitucionalidad de los criterios de priorización

61. Si la partida presupuestal es insuficiente para pagar todas las obligaciones derivadas de sentencias judiciales firmes, debe adoptarse algún criterio de prelación para atender unas antes que otras.

62. Sin que lo haya señalado explícitamente, puede deducirse que el demandante sugiere que el criterio óptimo de atención es el cronológico, en virtud del orden de llegada. En efecto, al insistir en que el derecho de ejecución de resoluciones judiciales implica "no retardar su ejecución", implícitamente se está sosteniendo que el criterio de prioridad que fluye de tal derecho es que se atienda conforme se van notificando las resoluciones judiciales a la entidad estatal o se inicie el procedimiento para el cobro de lo adeudado.

63. El Tribunal Constitucional entiende que el principio de legalidad presupuestaria debe armonizarse con el de efectividad de las sentencias judiciales, lo que, desde luego, no implica justificar el desconocimiento o demora irracional en el cumplimiento de las sentencias, como ya se pusiera de relieve *supra* y lo resolviera este órgano de control de la Constitución en la Sentencia 0015-2001-AI/TC (fundamento 50).

64. Existe, por consiguiente, una preocupación por evitar que el derecho a la ejecución de resoluciones judiciales se vacíe de contenido al permitirse que el Estado prolongue de manera irrazonable y desproporcionada la cancelación de lo adeudado.

65. Precisamente, este es uno de los argumentos abordados por el demandante cuando sostiene que las deudas que provengan de casos no priorizados en realidad nunca podrían ser cobradas. No obstante, no se deriva de la disposición cuestionada norma alguna que apunte a prolongar el pago de lo adeudado por un plazo indeterminado.

66. Por el contrario, se establece un orden que, incluyendo el criterio del orden de llegada, admite previamente otras variables, como la materia del mandato judicial, la edad de los acreedores, su estado de salud y los montos de obligación. Como ya se ha advertido, el derecho a la tutela procesal efectiva protege de la demora irrazonable, pero no es un derecho absoluto y, por ende, puede ser objeto de intervenciones que atiendan a criterios objetivos y proporcionales.

67. Debe advertirse también que cuando la aplicación concreta del artículo 2 de la Ley 30137 pudiera generar que, en un caso específico, una persona vea afectado su derecho de modo desproporcionado, esta podrá solicitar la defensa de su derecho a la tutela procesal efectiva por la vía del amparo. Pero ello no implica que la ley cuestionada sea, en abstracto, inconstitucional.

68. Respecto a los criterios de priorización utilizados en el artículo 2 de la Ley 30137, este Tribunal entiende que se sustentan en motivos constitucionalmente legítimos.

69. La priorización del cumplimiento de las obligaciones de naturaleza laboral está justificada en el artículo 24 de la Constitución, que establece que el "pago de remuneraciones y de las beneficios sociales del trabajador tiene prioridad sobre cualquier otra obligación del empleador".

70. De otro lado, la segunda Disposición Final y Transitoria de la Constitución "garantiza el pago oportuno" de las pensiones. Ello se explica en virtud del carácter alimentario de las prestaciones previsionales, aspecto que ha sido establecido por este Tribunal en reiterada jurisprudencia (Sentencia 7140-2013-PA/TC, 7140-2013-PA/TC y, 01927-2005-AA/TC entre otras).

71. En lo que respecta a las "Víctimas en actos de defensa del Estado y víctimas por violaciones de derechos humanos", se pueden encontrar igualmente justificaciones objetivas. El primer grupo engloba, en esencia, a los miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del Perú afectados en sus derechos como consecuencia de acciones de armas, actos de servicio, consecuencia del servicio o con ocasión de este (artículo 2.3 del Reglamento de la Ley 30137, contenido en el Decreto Supremo 001-2014-JUS).

72. Se trata de personal militar y policial herido en defensa de la soberanía, independencia, integridad territorial y orden interno, que es la misión asignada por los artículos 165 y 166 de la Constitución a dichas instituciones. Este es un criterio objetivo y atendible. Se trata de una forma de reconocimiento a la labor realizada y también de una especie de reparación y deferencia hacia aquellas personas que se han visto afectadas cuando prestaban servicio a la Nación.

73. Por otra parte, y respecto de la priorización del pago de reparaciones a las víctimas de violaciones a los derechos humanos, corresponde advertir que se trata de las obligaciones originadas como producto de los delitos establecidos en el Título XIV-A, "Delitos contra la humanidad", del Código Penal, así como las establecidas en sentencias de instancias supranacionales (artículo 2.4 del Decreto Supremo 001-2014-JUS, que aprueba el reglamento de la Ley 30137).

74. Corresponde comenzar tomando en cuenta que el artículo 1 de la Ley 27775, que regula el procedimiento de ejecución de sentencias emitidas por tribunales supranacionales, declara de interés nacional el cumplimiento de las sentencias dictadas por tribunales internacionales.

75. Adicionalmente, se aprobó la Ley que Crea el Plan Integral de Reparaciones (Ley 28592) y el Consejo de Reparaciones adscrito al Ministerio de Justicia (Decreto Supremo 102-2011-PCM). Todas estas constituyen medidas que no pueden ser juzgadas como arbitrarias, toda vez que suponen una forma de resarcir a las personas que debieron vivir situaciones traumáticas como son las graves vulneraciones de los derecho fundamentales.

76. Las otras deudas de carácter social, según lo sostiene el reglamento de la Ley 30137, están dirigidas a priorizar el pago a las siguientes personas:

    i. personas que estén en situación de pobreza o extrema pobreza;

    ii. deudas derivadas de negligencias médicas;

    iii. beneficiarios con alguna discapacidad mental o física; y

    iv. funcionarios y servidores del sector público nombrados y contratados, alcaldes y regidores, que hayan sido víctimas de accidentes, actos de terrorismo o de ataques del narcotráfico producidos en acción o en comisión de servicios (artículo 1 del Decreto Supremo 051-88-PCM).

77. En todos estos casos estamos ante una condición objetiva que ubica a los beneficiados en una situación de necesidad que exige atención prioritaria por parte del Estado.

78. Como ya se ha expresado, la Ley 30137 establece diferentes niveles de priorización: (a) materia de las sentencias, (b) edad y situación de salud del acreedor, (c) fecha de notificación de sentencia, (d) monto de la acreencia. Hasta ahora se ha analizado la priorización de primer orden referido a la materia de las sentencias.

79. Estos criterios se refieren a elementos objetivos y razonables. Ya se hizo referencia (ver *supra*) a la materia de las sentencias. Respecto la edad y el estado de salud, es claro que con ello se pretende proteger a los sujetos beneficiados con una sentencia, de una posible situación de irreversibilidad. En efecto, la mayoría de 65 años o el enfrentar una enfermedad avanzada o terminal, permiten implementar medidas de priorización.

80. Este órgano de control de la Constitución respalda plenamente la premisa de que los derechos de las personas adultas mayores deben ser atendidos de modo prioritario, y así lo tiene resuelto en su propia jurisprudencia, a partir de lo decidido en la Sentencia 02214-2014-PA/TC.

81. Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que postergar el pago de las obligaciones que el Estado mantiene con los adultos mayores puede también constituir una amenaza para su salud y, eventualmente, para su vida, precisamente porque se encuentran en una situación de vulnerabilidad.

82. La fecha de notificación es un criterio constitucionalmente válido, tanto más en cuanto que, eventualmente, podrá ser utilizado para determinar si es que se ha incurrido en una demora que pueda ser calificada como irrazonable. Sin embargo, este Tribunal Constitucional no comparte la posición del demandante en el sentido de que deba ser el único criterio que oriente el orden de pago de las sentencias judiciales firmes cuando el pliego presupuestal respectivo no cuente con partida suficiente para atender todas las obligaciones.

83. Por último, la priorización del cumplimiento de las sentencias, tomando en cuenta el monto a pagar, resulta también un criterio razonable que pretende reducir los costos en que incurren los pliegos por tales deudas, atendiendo a la mayor cantidad de personas con los recursos disponibles.

84. No se demuestra que la atención prioritaria de quienes tienen acreencias de montos modestos resulte contraria a la Constitución, especialmente si se toma en cuenta que ello no implica que no se cumpla con el pago del resto de las obligaciones ni que resulte legítimo postergarlas indefinida e irrazonablemente.

85. Cabe reiterar que, con anterioridad a esta norma, las entidades estatales no estaban sujetas a un criterio uniforme. Cada entidad estatal podía establecer el orden que mejor estimara. Ello producía una situación de falta de claridad y de predictibilidad respecto de la oportunidad del pago de las obligaciones provenientes de mandatos judiciales.

86. Si bien podía esperarse la adopción de un criterio cronológico, en realidad no existían criterios previsibles y razonables para atender obligaciones con distintos niveles de urgencia.

87. Los criterios adoptados en el artículo 2 de la Ley 30137 resultan constitucionalmente posibles y, si bien podrían alegarse razones de oportunidad o conveniencia para priorizar otras obligaciones o modificar el orden de las priorizadas, esta no es una materia respecto de la que pueda pronunciarse el Tribunal Constitucional.

88. Por lo expuesto, toda vez que no se ha acreditado que la priorización realizada por la disposición impugnada es discriminatoria ni que los criterios adoptados son irrazonables o desproporcionados corresponde desestimar la presente demanda.

III. FALLO

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

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra la Ley 30137.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MIRANDA CANALES
RAMOS NUÑEZ
LEDESMA NARVÁEZ
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

PONENTE LEDESMA NARVÁEZ

EXP. N.° 00011-2014-PI/TC
COLEGIO DE ABOGADOS DE ICA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Estoy de acuerdo con el sentido de lo resuelto en la presente resolución. Sin embargo, considero necesario efectuar las siguientes precisiones:

1. Nuestra responsabilidad como jueces y juezas del Tribunal Constitucional peruano es interpretar la Constitución y, más aun, concretizar, garantizar y hacer cumplir los mandatos constitucionales. En este sentido, es importante recordar que la norma consagrada en el artículo 1 de la Constitución, la cual ordena priorizar la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad, debe entenderse también como una obligación del Estado de brindar atención prioritaria a las personas en situación de necesidad.

2. En el presente caso, se evidencia que los criterios establecidos en la cuestionada norma resultan razonables y proporcionales, pues se sustentan en fines constitucionales como el principio de equilibrio fiscal y, particularmente, el mandato de protección a las personas en especial situación de vulnerabilidad. En consecuencia, la Ley 30137 no genera discriminación, como alega el demandado, sino que constituye un tratamiento diferenciado con una justificación razonable a ese trato distinto, amparado en este caso en el hecho de que se trata de situaciones jurídicas distintas que ameritan tratos diferentes.

3. Ahora bien, considero necesario introducir algunas precisiones frente a lo señalado en el proyecto. Y es que limitarse a establecer la constitucionalidad de los criterios de prioridad cuestionados podría ser peligroso por cuanto no se establece un límite a su aplicación. Si no se toma en cuenta ello, esta situación podría, en el peor de los casos, generar un menoscabo al derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales con autoridad de cosa juzgada para los beneficiarios no prioritarios del pago de sentencias judiciales.

4. Por consiguiente, convendría establecer límites claros al empleo de los criterios adoptados en el artículo 2 de la Ley 30137. Ahora bien, estos límites

podrían presentarse como criterios temporales (establecer un plazo razonable para que se ejecute el pago de sentencias judiciales para los beneficiarios no prioritarios) o de cuotas preestablecidas del monto presupuestal (establecer un porcentaje específico del presupuesto total destinado al pago de los beneficiarios prioritarios).

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

EXPEDIENTE 00011-2014-PI/TC
COLEGIO DE ABOGADOS DE ICA

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

Con el debido respeto por la posición de nuestros colegas, emitimos el presente voto singular por estar en desacuerdo con lo resuelto en la sentencia en mayoría.

¿Cuál es el verdadero sentido de las normas cuestionadas en este caso?

En primer término, es necesario tomar en cuenta que las normas impugnadas en este caso señalan lo siguiente:

> **Artículo 1. Objeto de la Ley**
>
> La presente Ley tiene por objeto establecer criterios de priorización para el pago de sentencias judiciales en calidad de cosa juzgada para efectos de reducir costos al Estado, conforme a lo dispuesto en la sexagésima novena disposición complementaria final de la Ley 29812, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2012.
>
> **Artículo 2. Criterios de priorización social y sectorial**
>
> 2.1. Los pliegos cumplen con efectuar el pago por sentencias judiciales en calidad de cosa juzgada en función a los criterios siguientes:
>
> I. Materia laboral.
>
> II. Materia previsional.
>
> III. Víctimas en actos de defensa del Estado y víctimas por violaciones de derechos humanos.
>
> IV. Otras deudas de carácter social.
>
> V. Deudas no comprendidas en los numerales precedentes. (…)
>
> 2.2. Cada pliego aplica los criterios dispuestos en el numeral 2.1 para determinar el orden de prioridad y, considera además, aspectos tales como la fecha de notificación, edad de los acreedores y los montos de obligación,

> en ese orden. Asimismo, luego de efectuado lo anterior, se prioriza a los acreedores individuales cuyo saldo de acreencia sea menor o igual a las 5 Unidades Impositivas Tributarias (UITs), luego a los acreedores cuyo saldo de acreencia sea mayor de 5 y hasta 10 Unidades Impositivas Tributarias (UITs), posteriormente a aquellos cuyo saldo de acreencia sea mayor de 10 y hasta 20 Unidades Impositivas Tributarias (UITs), luego a los acreedores cuyo saldo de acreencia sea mayor de 20 y hasta 50 Unidades Impositivas Tributarias (UITs), y por último a las acreencias cuyo saldo adeudado sea superior a las 50 Unidades Impositivas Tributarias (UITs). Las acreencias superiores a las 50 Unidades Impositivas Tributarias (UITs), son pagadas proporcionalmente al saldo disponible y al orden de prioridad antes señalado.
>
> 2.3. El orden de prioridad del presente artículo prevalece sobre otros criterios de prioridad previstos en la normativa vigente.

Como puede advertirse, éstas buscan establecer criterios para definir el orden en el que deben ejecutarse las sentencias, aprobadas con calidad de cosa juzgada, que exigen al Estado realizar el pago de sumas de dinero.

Sin embargo, dichos criterios — y las reglas que deben emplearse para coordinarlos entre sí — no han sido formulados con claridad; por el contrario, contienen imprecisiones, deliberadas o no, que dificultan su aplicación por parte de las autoridades competentes.

Recién en el reglamento de la Ley 30137, aprobado mediante Decreto Supremo 001-2014-JUS, se detalla de manera clara la forma en que deben aplicarse estos criterios. En efecto, en su parte pertinente, su artículo 3 señala:

> 3.1. Se deberán clasificar las obligaciones de acuerdo a los criterios de priorización, quedando divididas en 5 grupos:
>
> Grupo 1: Materia laboral.
>
> Grupo 2: Material previsional.
>
> Grupo 3: Víctimas en actos de defensa del Estado y víctimas por violaciones de derechos humanos
>
> Grupo 4: Otras deudas de carácter social.
>
> Grupo 5: Deudas no comprendidas en los grupos previos.
>
> 3.2. Por cada uno de los grupos se realizará una lista cuyo orden estará determinado por la fecha de notificación de la obligación, iniciando por la más antigua, tomando en cuenta la fecha de notificación del requerimiento

de pago y en el caso de sentencias supranacionales, la fecha de notificación de la sentencia al Estado. En caso de empate entre dos o más obligaciones, se deberá priorizar a los acreedores o beneficiarios de mayor edad y si a pesar de ello dos o más obligaciones mantuvieran la misma posición, se deberá priorizar a la de menor monto.

3.3. Una vez ordenada cada una de las listas, se procederá a priorizar el pago de acuerdo a los montos de las obligaciones, siguiendo para ello los tramos establecidos en el numeral 2.2. del artículo 2 de la Ley Nº 30137.

3.4. De esta manera las deudas se dividirán en 5 niveles de priorización de pago, de la siguiente manera:

- Prioridad A: Menores o iguales a 5 UIT´s
- Prioridad B: Mayores a 5 hasta 10 UIT´s
- Prioridad C: Mayores a 10 UIT´s hasta 20 UIT´s
- Prioridad D: Mayores a 20 UIT´s hasta 50 UIT´s
- Prioridad E: Mayores a 50 UIT´s

Prioridad de pago/ Grupo de deuda por materia	**Prioridad A**	**Prioridad B**	**Prioridad C**	**Prioridad D**	**Prioridad E**
Grupo 1	A1	B1	C1	D1	E1
Grupo 2	A2	B2	C2	D2	E2
Grupo 3	A3	B3	C3	D3	E3
Grupo 4	A4	B4	C4	D4	E4
Grupo 5	A5	B5	C5	D5	E5

3.5. En aplicación de los criterios indicados en los numerales 3.1, 3.2 y 3.3 del presente artículo, resultaría una tabla cruzada, de la siguiente manera:

El orden del pago se realizará de la siguiente manera:

- Deudas de Prioridad A, iniciando con las del subgrupo A1 hasta A5; luego
- Deudas de Prioridad B, iniciando con las del subgrupo B1 hasta B5; luego
- Deudas de Prioridad C, iniciando con las del subgrupo C1 hasta C5; luego

- Deudas de Prioridad D, iniciando con las del subgrupo D1 hasta D5: luego
- Deudas de Prioridad E, se deberá pagar de forma proporcional, al saldo disponible de acuerdo con lo señalado en el último párrafo del numeral 2.2 del artículo 2 de la Ley Nº 30137.

De lo anterior, se evidencia que, actualmente, el principal criterio empleado por el Estado para priorizar pagos emanados de sentencias con autoridad de cosa juzgada es el tamaño de la deuda y, solo secundariamente, los criterios "sociales" enumerados en el artículo 2, inciso 1, de la Ley 30137.

Así, según la Ley 30137 y su reglamento, deben pagarse primero todas las deudas cuyo monto es inferior a los 5 UIT — respetándose el orden de prelación establecido en el artículo 2, inciso 1, de la Ley 30137 únicamente entre las deudas de dicha cuantía.

Solo posteriormente, deben honrarse las deudas con una cuantía superior, respetándose los criterios de prelación "sociales" a los que se ha hecho referencia previamente dentro de cada categoría.

A nuestro criterio, entender esto resulta indispensable para valorar las implicancias del problema constitucional aquí planteado; sin embargo, no advertimos que ello haya sido considerado por la sentencia en mayoría.

En principio, el Estado debe pagar sus deudas en orden cronológico

Siendo las cosas así, ¿cómo debe resolverse el proceso de inconstitucionalidad de autos? Al respecto debe recordarse que el artículo 139, inciso 2, de la Constitución — que la sentencia en mayoría ni siquiera menciona — señala lo siguiente sobre las decisiones judiciales que cuentan con autoridad de cosa juzgada:

> 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 (énfasis agregado).

Así, por mandato constitucional, las resoluciones judiciales firmes deben ser ejecutadas por el Estado lo más pronto posible pues, de lo contrario, estaría produciéndose un retraso, que es incompatible con la Constitución.

Por tanto, como regla general, las sentencias que ordenan al Estado pagar sumas de dinero deben cumplirse en orden cronológico, pues ésta es la manera de evitar que la demora en su ejecución vacíe de contenido al artículo 139, inciso 2, de la Constitución.

Lamentablemente, nada de esto es tomado en cuenta por la mayoría.

El paso del tiempo no es un criterio más, entre muchos que pueden utilizarse para determinar la forma en la que el Estado debe honrar sus deudas; por el contrario, es el factor principal a emplearse para ello.

Como ha señalado anteriormente este Tribunal Constitucional:

> el cumplimiento de los mandatos judiciales en sus propios términos debe llevarse a cabo de forma inmediata, a fin de garantizar una tutela adecuada a los intereses o derechos afectados de los justiciables. El incumplimiento inmediato de un mandato judicial, por el contrario, puede afectar no solo a quien es la parte vencedora en el proceso (esfera subjetiva), sino también afectar gravemente a la efectividad del sistema jurídico nacional (esfera objetiva) (…) (fundamento 15, sentencia emitida en el Expediente 01797-2010-PA/TC; y, fundamento 11, sentencia emitida en el Expediente 01797-2010-PA/TC, entre otros).

Ciertamente, existen casos en los cuáles puede aceptarse que el Estado pague sus deudas en un orden distinto al cronológico; sin embargo, por regla general, debe respetarse el principio de prioridad en el tiempo.

Uso de la cuantía de la deuda como principal criterio de priorización

La Ley 30137 y su reglamento, sin embargo, no respetan la prelación en el tiempo como el principio básico que debe seguir el Estado al momento de decidir la secuencia en la que paga sus deudas.

Por el contrario, como se señaló previamente, considera la cuantía de las deudas como el criterio principal para determinar la prelación en la que se realizan dichos pagos. Dicha alteración carece absolutamente de base constitucional.

Aparentemente, dicha medida tiene por finalidad facilitar el trabajo de los procuradores públicos. En la página 43 del dictamen de la Comisión de Presupuesto y Cuenta General de la República del Congreso de la República que obra a fojas 140 del expediente:

> Cancelar los adeudos por sentencias judiciales menores a S/. 50 000, 00, informados por las procuradurías públicas a la Comisión Multisectorial, permitirá reducir la carga procesal para las procuradurías públicas o las oficinas de asuntos legales, lo que permitirá a los procuradores públicos concentrar sus esfuerzos en el seguimiento y defensa de las demandas que tienen (sic) el Estado.

Ciertamente, es deseable que dichas procuradurías trabajen de la manera más eficiente posible; sin embargo, ello no puede ocurrir a costa del derecho fundamental a que las resoluciones judiciales sean ejecutadas de manera inmediata y sin dilaciones indebidas.

En un estado constitucional, no es aceptable restringir un derecho fundamental por razones de mera conveniencia, que no se fundamentan debidamente en la Constitución.

Dejar de advertirlo, significaría claudicar en la misión encomendada a este Tribunal Constitucional por el artículo 201 de la Constitución. En una perspectiva constitucional, la razón anterior es fútil y trivial.

Por tanto, consideramos que debe declararse inconstitucional el artículo 2.2 de la Ley 30137 en la medida en que, en la práctica, es el que dispone que el monto de la deuda debe considerarse el factor principal al momento de establecer el orden en el que deben atenderse las deudas del Estado emanadas de sentencias con calidad de cosa juzgada:

> Cada pliego aplica los criterios dispuestos en el numeral 2.1 para determinar el orden de prioridad y, considera además, aspectos tales como la fecha de notificación, edad de los acreedores y los montos de obligación, en ese orden. Asimismo, luego de efectuado lo anterior, se prioriza a los acreedores individuales cuyo saldo de acreencia sea menor o igual a las 5 Unidades Impositivas Tributarias (UITs), luego a los acreedores cuyo saldo de acreencia sea mayor de 5 y hasta 10 Unidades Impositivas Tributarias (UITs), posteriormente a aquellos cuyo saldo de acreencia sea mayor de 10 y hasta 20 Unidades Impositivas Tributarias (UITs), luego a los acreedores cuyo saldo de acreencia sea mayor de 20 y hasta 50 Unidades Impositivas Tributarias (UITs), y por último a las acreencias cuyo saldo adeudado sea superior a las 50 Unidades Impositivas Tributarias (UITs). Las acreencias superiores a las 50 Unidades Impositivas Tributarias (UITs), son pagadas proporcionalmente al saldo disponible y al orden de prioridad antes señalado.

Asimismo, tomando en cuenta lo dispuesto en el artículo 78 del Código Procesal Constitucional, estimamos que los incisos 3, 4 y 5 del artículo 3 del reglamento aprobado mediante Decreto Supremo 001-2014-JUS deben ser declarados inconstitucionales por conexidad, ya que, desarrollando la parte pertinente del artículo 2.2 de la Ley 30137, consagran el monto de la deuda como el criterio principal para determinar la secuencia en la que el Estado debe pagar sus deudas.

Otros criterios de priorización

A mayor abundamiento, advertimos que las disposiciones impugnadas establecen criterios de priorización, distintos a la antigüedad y al monto de la deuda, cuya constitucionalidad es necesario evaluar a continuación. Estos son los siguientes:

- Créditos de materia laboral;
- Créditos de materia previsional;
- Víctimas en actos de defensa del Estado y víctimas por violaciones de derechos humanos;
- Otras deudas de carácter social;
- Edad de los acreedores

Al respecto, consideramos que establecer un trato prioritario para los créditos de naturaleza laboral no es inconstitucional, pues dicha decisión del legislador sí cuenta con base constitucional —el segundo párrafo del artículo 24 de la Constitución, que señala:

> El pago de la remuneración y de los beneficios sociales del trabajador tiene prioridad sobre cualquiera otra obligación del empleador.

Por tanto, puesto que la prioridad en el pago de los créditos laborales se deriva de una norma de rango constitucional, consideramos que la demanda debe declararse infundada, en el extremo que cuestiona dicho criterio de priorización.

A su vez, advertimos que el criterio de priorización referido a los créditos de naturaleza previsional también cuenta con base constitucional, en la medida en que la segunda disposición final y transitoria de la Constitución señala:

> El Estado garantiza el pago oportuno y el reajuste periódico de las pensiones que administra.

En consecuencia, consideramos que este extremo de la demanda también debe ser desestimado.

Sin embargo, no ocurre lo mismo con el criterio de priorización referido a "víctimas en actos de defensa del Estado y víctimas por violaciones de derechos humanos".

No negamos que resulta indispensable reparar el daño sufrido por policías y militares en actos de servicio, así como el infligido a personas que sufrieron violaciones a sus derechos humanos.

Sin embargo, a la luz de la Constitución, ese hecho no justifica romper con el principio de prioridad en el tiempo, sin el cual no puede concretarse el derecho a la ejecución oportuna de las decisiones judiciales.

La sentencia en mayoría, en sus fundamentos 73 a 75, no expone argumentos de carácter constitucional para salvar la validez del criterio de priorización en cuestión, sino que se limita a citar normas de rango legal o reglamentario (Código Penal, Ley 27775 y Decreto Supremo 102-2011-PCM).

Por tanto, consideramos que la demanda debe declararse fundada en este extremo y, por tanto, inconstitucional la frase "Víctimas en actos de defensa del Estado y víctimas por violaciones de derechos humanos" contenida en el artículo 2.1 de la Ley 30137.

Con relación al criterio de priorización referido a "Otras deudas de carácter social", advertimos que la Ley 30137 no contiene mayor detalle respecto a la forma en que éste debe ser interpretado.

Recién el artículo 2, inciso 5, del reglamento aprobado mediante Decreto Supremo 001-2014-.JUS, otorga un contenido preciso a dicha disposición, señalando que los siguientes créditos deben entenderse incluidos en esa categoría:

- Aquellos cuyos acreedores o beneficiarios sean personas en situación de pobreza o extrema pobreza, según la clasificación socioeconómica establecida en el Sistema de Focalización de Hogares – SISFOH;
- Aquellos que se deriven de negligencias médicas producidas en hospitales públicos;
- Aquellos cuyos acreedores o beneficiarios tengan alguna discapacidad mental o física grave acreditada por el Consejo Nacional para la Integración de la Persona con Discapacidad, que les impida autosostenerse; y,
- Aquellos cuyos beneficiarios sean servidores o funcionarios públicos víctimas de accidentes o de ataques del terrorismo o del narcotráfico producidos durante acto de servicio.

De esa manera, la Ley 30137 establece un criterio de priorización impreciso. En realidad, se trata de una norma en blanco que delega al reglamento la determinación de su propio contenido.

Ciertamente, el contenido atribuido a la ley por el artículo 2, inciso 5, del reglamento aprobado mediante Decreto Supremo 001-2014-JUS otorga carácter preferente a determinados créditos sin que exista base constitucional para ello.

Por tanto, consideramos que la demanda debe estimarse en este extremo y declararse inconstitucional la frase: "Otras deudas de carácter social" contenida en el artículo 2.1 de la Ley 30137.

Asimismo, consideramos que, en aplicación del artículo 78 del Código Procesal Constitucional, debe declararse inconstitucional por conexidad el artículo 2, inciso 5 del reglamento aprobado mediante Decreto Supremo 001-2014-JUS.

Finalmente, con relación al criterio de priorización referido a la edad de los acreedores del Estado, consideramos que éste sí posee un fundamento constitucional directo por estar intrínsecamente atado al concepto de tutela procesal efectiva.

Con relación a este extremo de la controversia, suscribimos lo señalado por los fundamentos 79 a 81 de la sentencia en mayoría y, por tanto, consideramos que éste debe declararse infundado.

Por todo lo expuesto, nuestro voto es por:

1. Declarar **FUNDADA** en parte la demanda; en consecuencia, **INCONSTITUCIONALES** los incisos 2.1.3, 2.1.4 y 2.2 del artículo 2 de la Ley 30137. En consecuencia, dicho artículo —considerando la modificación introducida por la Ley 30841— queda subsistente con la siguiente redacción:

   2.1. Los pliegos cumplen con efectuar el pago por sentencias judiciales en calidad de cosa juzgada en función a los criterios siguientes:

   1. Materia laboral.
   2. Materia previsional.
   3. Deudas no comprendidas en los numerales precedentes.

   En los casos de los numerales 1 y 2, se prioriza el pago a los acreedores mayores de setenta y cinco años de edad y/o a los acreedores con enfermedad en fase avanzada y/o terminal, debidamente diagnosticada y acreditada por especialistas del Ministerio de Salud y/o ESSALUD.

   2.2. El orden de prioridad del presente artículo prevalece sobre otros criterios de prioridad previstos en la normativa vigente.

2. Declarar **INCONSTITUCIONALES** por conexidad el inciso 5 del artículo 2 y los incisos 3, 4 y 5 del artículo 3 del Reglamento de la Ley 30137 aprobado mediante Decreto Supremo 001-2014-JUS.

Declarar **INFUNDADA** la demanda en lo demás que contiene.

SS.

BLUME FORTINI
SARDÓN DE TABOADA
FERRERO COSTA

PLENO JURISDICCIONAL

Expediente 0020-2015-PI/TC

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Del 25 de abril de 2018

Caso Potestad Sancionadora de la CGR

Colegio de Abogados de Arequipa c. Congreso de la República

Asunto

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra diversas disposiciones de la Ley 29622, que modifica la Ley 27785, Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, y amplía las facultades en el proceso para sancionar en materia de responsabilidad administrativa funcional.

Magistrados firmantes:

SS.

MIRANDA CANALES
RAMOS NÚÑEZ
SARDÓN DE TABOADA
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA
FERRERO COSTA

TABLA DE CONTENIDO

I. ANTECEDENTES

II. FUNDAMENTOS

A. Inexistencia de sustracción de la materia

B. Contravención a los principios constitucionales de imparcialidad e independencia

C. Contravención a la progresividad de los derechos civiles

D. Contravención al principio de legalidad (adecuada tipificación de las conductas prohibidas)

E. Contravención al derecho fundamental de acceso a la función pública

F. Contravención al principio de proporcionalidad

G. Cuestionamiento a las demás disposiciones de la Ley 29622

III. FALLO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 25 días del mes de abril de 2018, el Tribunal Constitucional, en sesión del Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Blume Fortini, presidente; Miranda Canales vicepresidente; Ramos Núñez; Sardón de Taboada y Ledesma Narváez; pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento del magistrado Ferrero Costa, aprobado en la sesión de Pleno del 5 de setiembre de 2017. Asimismo, se agregan el fundamento del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera y los votos singulares de los magistrados Blume Fortini y Ledesma Narváez y el voto singular en parte del magistrado Ramos Núñez.

I. ANTECEDENTES

El 20 de agosto de 2015, el Colegio de Abogados de Arequipa interpone demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 29622, que modifica la Ley 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, y amplía las facultades en el proceso para sancionar en materia de responsabilidad administrativa funcional, solicitando que sea declarada inconstitucional en su totalidad. Posteriormente, en atención a las observaciones formuladas por este Tribunal Constitucional, amplía la argumentación de su demanda mediante escrito de 7 de noviembre de 2016.

A su vez, mediante escrito de 7 de diciembre de 2016, la Contraloría General de la República — incorporada al proceso en calidad de partícipe — expone su punto de vista sobre los argumentos expresados por la parte demandante.

Por último, mediante escrito de 13 de junio de 2017, el apoderado del Congreso de la República contesta la demanda contradiciéndola en todos sus extremos y solicitando que sea declarada infundada.

El Colegio de Abogados de Arequipa sustenta su demanda en los siguientes argumentos:

- El artículo 1 de la Ley 29622 es inconstitucional, en tanto incorpora los artículos 45 y 51 a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República (en adelante, LOCGR), porque determina que tanto el órgano instructor como el órgano sancionador en los

procedimientos para determinar responsabilidad administrativa funcional pertenecen a la Contraloría General de la República (CGR). Ello vulnera el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva, reconocido en el artículo 139.3 de la Constitución, pues la CGR actúa como juez y parte en dichos procedimientos lo que resulta incompatible con los principios constitucionales de independencia e imparcialidad. Además, resulta contrario al principio de no regresividad de los derechos sociales reconocido en el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos pues establece un procedimiento sancionador menos garantista que el existente anteriormente.

- El artículo 1 de la Ley 29622 es inconstitucional, en tanto incorpora el artículo 46 a la LOCGR, pues tipifica indebidamente las infracciones susceptibles de ser sancionadas por la CGR en procedimientos de determinación de responsabilidad administrativa funcional. En efecto, dicho artículo describe las conductas pasibles de sanción de manera genérica e imprecisa lo que contraviene el subprincipio de tipicidad o taxatividad reconocido en la jurisprudencia constitucional. Además, vulnera el principio constitucional de *ne bis in idem* pues las infracciones allí previstas se superponen con tipos penales y con conductas prohibidas por la legislación en materia de empleo público.

- El artículo 1 de la Ley 29622 es inconstitucional, en tanto incorpora el artículo 47.1, literal a, a la LOCGR, pues permite a la CGR imponer sanciones de inhabilitación para el ejercicio de la función pública contraviniendo el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos — y lo establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *López Mendoza vs. Venezuela* — dado que dicha sanción sólo puede imponerse previo proceso penal. Asimismo, se vulnera el principio de proporcionalidad, pues, mientras que la CGR puede imponer sanciones de inhabilitación por el plazo mínimo de 1 año, en el caso de condenas por delitos contra la administración pública, la inhabilitación tiene una vigencia mínima de 6 meses pese a tratarse de hechos más graves.
- Las demás disposiciones de la Ley 29622 son inconstitucionales por conexidad pues, conforme a lo argumentado anteriormente, es inconstitucional concentrar en la CGR la facultad de investigar y sancionar infracciones en materia de responsabilidad administrativa funcional.

A su vez, la contestación de la demanda se sustenta en los siguientes argumentos:

- El procedimiento sancionador previsto por la Ley 29622 es constitucional pues cumple con el artículo 234.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo General que permite a los órganos instructores y sancionadores formar parte de la misma entidad pública siempre que se diferencie estructuralmente entre ellos. Además, no se vulneran los principios de independencia e imparcialidad pues dichos órganos cuentan con autonomía técnica y toman sus decisiones sin interferencia alguna.
- La potestad sancionadora atribuida a la CGR por la Ley 29622 no es menos garantista que el anterior sistema de control pues contribuye a la lucha contra la corrupción y corrige deficiencias identificadas en dicho sistema. En efecto, antes de la modificación de la LOCGR, las recomendaciones contenidas en informes de control a menudo no eran tomadas en cuenta por lo que, en muchos casos, los investigados no eran sancionados con la debida severidad, se acogían a la prescripción o eran absueltos.
- La tipificación de infracciones administrativas no está sujeta a reserva de ley absoluta; por el contrario, está permitido establecer conductas prohibidas mediante clausulas legales abiertas siempre que, posteriormente, éstas sean precisadas por disposiciones reglamentarias conforme a lo establecido en el artículo 230.4 de la ley de Procedimiento Administrativo General y a lo dispuesto por este Tribunal Constitucional en la sentencia emitida en el Expediente 02050-2002-AA/TC.
- La sanción de inhabilitación prevista en la ley impugnada no es desproporcionada pues, conforme a la tabla de infracciones contenida en el anexo al reglamento de dicha ley, aprobado mediante Decreto Supremo 023-2011-PCM, ésta sólo se aplica cuando se producen infracciones muy graves. Asimismo, cualquier exceso en la aplicación de dicha sanción por el órgano sancionador, puede ser corregido por el Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas de la CGR o, de ser el caso, por el Poder Judicial a través de un proceso contencioso administrativo.

Por último, el informe presentado por la CGR, en calidad de partícipe, expone los siguientes argumentos:

- La potestad sancionadora atribuida a la CGR por la Ley 29622 se sustenta en el artículo 82 de la Constitución Política del Perú y tiene por finalidad combatir la impunidad de actos de corrupción en el ámbito administrativo.

- Asimismo, dicha potestad sancionadora no califica como función jurisdiccional; por tanto, los principios de imparcialidad e independencia no son exigibles en los procedimientos para determinar responsabilidad administrativa funcional de la misma manera que en los procesos judiciales.
- El procedimiento sancionador regulado por la Ley 29622 respeta los artículos 234 y 235 de la Ley del Procedimiento Administrativo General pues tanto el órgano instructor como el órgano sancionador y el Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas actúan con independencia e imparcialidad máxime si los vocales de dicho tribunal no son trabajadores de la CGR y únicamente perciben dietas.

II. FUNDAMENTOS

A. Inexistencia de sustracción de la materia

1. Este Tribunal Constitucional advierte que, el 28 de marzo de 2018, se publicó en el diario oficial El Peruano la Ley 30742, de Fortalecimiento de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control. El artículo 3 de dicha norma aprueba una nueva redacción de los artículos 45 y 46 de la LOCGR — incorporados originalmente mediante el artículo 1 de la Ley 29622 — cuya constitucionalidad se cuestiona en el presente caso.

2. Así las cosas, puesto que las versiones de los artículos 45 y 46 de la LOCGR cuestionadas en autos han dejado de formar parte del ordenamiento jurídico, en principio correspondería declarar improcedente esa parte de la demanda por sustracción de la materia.

3. Sin embargo, conforme a la reiterada jurisprudencia de este Tribunal Constitucional, solo es posible declarar la sustracción de la materia en un proceso de inconstitucionalidad cuando "la cesación de la vigencia temporal [de las disposiciones impugnadas] es acompañada de la cesación de la 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" (sentencias emitidas en los expedientes 00005-2001-PI/TC, 00004-2004-PI/TC, 00004-2007-PI/TC entre otras).

4. Además, este Tribunal Constitucional ha señalado que corresponde pronunciarse sobre la constitucionalidad de disposiciones normativas derogadas o carentes de vigencia cuando (i) estas continúan desplegando sus efectos; (ii) la sentencia de inconstitucionalidad pueda alcanzar a los efectos que la norma cumplió en el pasado (materia penal o tributaria); o, (iii) las disposiciones impugnadas son

susceptibles de ser aplicadas a hechos, situaciones y relaciones jurídicas ocurridas durante el tiempo en que estuvieron vigentes (sentencias emitidas en los Expedientes 0004-2004-PI/TC, 00045-2004-PI/TC y 00003-213-PI/TC entre otras).

5. Por tanto, pese a que las versiones de los artículos 45 y 46 de la LOCGR cuestionadas en el presente caso han sido derogadas, este Tribunal Constitucional debe pronunciarse sobre su constitucionalidad en la medida en que éstas resultan aplicables a los procedimientos administrativos sancionadores iniciados durante su vigencia que aún se encuentran en trámite. En consecuencia, se procederá a emitir pronunciamiento respecto a la constitucionalidad de todas las disposiciones normativas cuestionadas mediante la presente demanda de inconstitucionalidad.

B. Contravención a los principios constitucionales de imparcialidad e independencia

6. La parte demandante solicita que se declare la inconstitucionalidad de los artículos 45 y 51 incorporados a la LOCGR mediante el artículo 1 de la Ley 29622 cuyo texto es el siguiente:

> **Artículo 45. – Competencia de la Contraloría General**
>
> La Contraloría General ejerce la potestad para sancionar por cuanto determina la responsabilidad administrativa funcional e impone una sanción derivada de los informes de control emitidos por los órganos del Sistema.
>
> La referida potestad para sancionar se ejerce sobre los servidores y funcionarios públicos a quienes se refiere la definición básica de la novena disposición final, con prescindencia del vínculo laboral, contractual, estatutario, administrativo o civil del infractor y del régimen bajo el cual se encuentre, o la vigencia de dicho vínculo con las entidades señaladas en el artículo 3, salvo las indicadas en su literal g).
>
> Son exceptuadas las autoridades elegidas por votación popular, los titulares de los organismos constitucionalmente autónomos y las autoridades que cuentan con la prerrogativa del antejuicio político.
>
> **Artículo 51.- Procedimiento para sancionar**
>
> El procedimiento para sancionar por responsabilidad administrativa funcional a los infractores a quienes se refiere la presente Ley está constituido por dos (2) instancias.

> La primera instancia, a cargo de la Contraloría General, está constituida por un órgano instructor y un órgano sancionador. Ambos poseen autonomía técnica en sus actuaciones. El órgano instructor lleva a cabo las investigaciones y propone la determinación de las infracciones y las sanciones ante el órgano sancionador. Este último, mediante resolución motivada, impondrá o desestimará las sanciones propuestas.
>
> La segunda instancia, a cargo del Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas, resuelve las apelaciones contra las decisiones del órgano sancionador.
>
> El procedimiento para sancionar por responsabilidad administrativa funcional se sujeta a los principios de legalidad y debido proceso, así como a los demás principios de la potestad sancionadora de la administración establecidos en el artículo 230 de la Ley Nº 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

7. Alega que dichas disposiciones son inconstitucionales por contravenir los principios de independencia e imparcialidad — que, a su vez, forman parte del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva — porque hacen a la CGR juez y parte en los procedimientos para determinar responsabilidad administrativa funcional.

8. El principio de independencia judicial —al que hace la referencia la parte demandante—está reconocido en el artículo 139 inciso 2 de la Constitución de la siguiente manera:

> [Son principios y derechos de la función jurisdiccional …] 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.

9. Al respecto, este Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente:

> La independencia judicial debe ser entendida como aquella capacidad autodeterminativa para proceder a la declaración del derecho, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, dentro de los marcos que fijan la Constitución y la Ley. En puridad, se trata de una condición de albedrío funcional
>
> El principio de independencia judicial exige que el legislador adopte las medidas necesarias y oportunas a fin de que el órgano y sus miembros adminis-

tren justicia con estricta sujeción al Derecho y a la Constitución, sin que sea posible la injerencia de extraños [otros poderes públicos o sociales, e incluso órganos del mismo ente judicial] a la hora de delimitar e interpretar el sector del ordenamiento jurídico que ha de aplicarse en cada caso (fundamentos 27 y 28 de la sentencia emitida en el Expediente 00023-2003-PI/TC).

10. Además debe señalarse que, según la jurisprudencia constitucional, el principio de independencia judicial comprende las siguientes dos dimensiones:

> a) externa, según la cual, la autoridad judicial, en el desarrollo de la función jurisdiccional, no puede 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; b) interna, que implica que, dentro de la organización judicial: 1) la autoridad judicial, en el ejercicio de la función jurisdiccional, no puede sujetarse a la voluntad de otros órganos judiciales, salvo que medie un medio impugnatorio; y 2) que la autoridad judicial, en el desempeño de la función jurisdiccional, no pueda sujetarse a los intereses de órganos administrativos de gobierno que existan dentro de la organización judicial (fundamento 7 de la sentencia emitida en el Expediente 02920-2012-PHC/TC).

11. Por su parte, el principio de imparcialidad —igualmente derivado del artículo 139 inciso 1 de la Constitución— se refiere a la relación del juzgador con la cuestión litigiosa. En ese sentido, existe imparcialidad cuando no hay razones para sostener que el juzgador tiene un interés subjetivo en el asunto que está llamado a resolver. Dicho principio también presenta dos dimensiones:

> a) imparcialidad subjetiva, referida a cualquier compromiso que pudiera tener el juez con las partes procesales o con el resultado del proceso. Desde esta perspectiva, el derecho a un juez imparcial garantiza que una persona no sea sometida a un proceso o procedimiento en el que el juez, o quien está llamado a decidir sobre la cuestión litigiosa, tenga algún tipo de compromiso con alguna de las partes o con el resultado del mismo; b) imparcialidad objetiva, referida a la influencia negativa que puede tener en el juez la estructura del sistema, restándole imparcialidad, es decir, si el sistema no ofrece suficientes garantías para desterrar cualquier duda razonable (fundamentos 16 y 17 de la sentencia emitida en el Expediente 00197-2010-PA/TC).

12. *Prima facie*, dichos principios son aplicables en sede jurisdiccional. Sin embargo este Tribunal Constitucional ha extendido su aplicación al derecho administrativo sancionador. Así, en el fundamento jurídico 18 de la sentencia emitida en el Expediente 03741-2004, señaló:

> (…) el derecho al debido proceso, reconocido en el inciso 3 del artículo 139.° de la Constitución, no sólo tiene una dimensión estrictamente jurisdiccional, sino que se extiende también al procedimiento administrativo y, en general, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos lo ha establecido, a "(...) cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, el cual tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal, en los términos del artículo 8° de la Convención Americana"

13. De ahí que, en el fundamento jurídico 53 de la sentencia emitida en el expediente 00156-2012PHC/TC, este Tribunal Constitucional reconociera la existencia del derecho a ser juzgado por una autoridad independiente e imparcial en sede administrativa. Asimismo, el numeral 1.5 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley 27444, de Procedimiento Administrativo General, determina que la imparcialidad es uno de los principios orientadores de todo procedimiento administrativo:

> El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo: […]
>
> 1.5. Principio de imparcialidad.- Las autoridades administrativas actúan sin ninguna clase de discriminación entre los administrados, otorgándoles tratamiento y tutela igualitarios frente al procedimiento, resolviendo conforme al ordenamiento jurídico y con atención al interés general.

14. Sin embargo, dada la naturaleza del derecho administrativo sancionador, estos principios no pueden aplicarse allí de la misma manera que en un proceso judicial.

15. A diferencia de lo que ocurre en un proceso judicial, las entidades administrativas no resuelven de manera definitiva las controversias que se someten a su consideración. Las resoluciones que ponen fin a la instancia administrativa pueden impugnarse mediante el proceso contencioso administrativo —conforme dispone el artículo 148 de la Constitución— o, excepcionalmente, en la vía del amparo.

16. Asimismo, la naturaleza del procedimiento administrativo sancionador es tal que, como regla general, éstos se inician de oficio por la misma entidad que luego estará encargada de poner fin a la controversia mediante una resolución aprobada con calidad de cosa decidida (artículo 253, inciso 1, del TUO la Ley 27444 aprobado mediante Decreto Supremo 006-2017-JUS).

17. En el caso del procedimiento administrativo sancionador, ello supone que las facultades de imputación de cargos y de investigación de las conductas susceptibles de sanción correspondan a la entidad administrativa a cargo del procedimiento como reconoce el artículo 253, incisos 2 y 3, del TUO de la Ley 27444. El proceso penal, por el contrario, se rige por el principio acusatorio según el cual "no puede existir juicio sin acusación, debiendo ser formulada ésta por persona ajena al órgano jurisdiccional sentenciador, de manera que si ni el fiscal ni ninguna de las otras partes posibles formulan acusación contra el imputado el proceso debe ser sobreseído necesariamente" y " (…) no pueden atribuirse al juzgador poderes de dirección material del proceso que cuestionen su imparcialidad" (fundamento 5 de la sentencia emitida en el Expediente 02005-2006-PHC/TC).

18. En consecuencia, no puede cuestionarse la imparcialidad o la independencia de una autoridad administrativa encargada de imponer sanciones por el mero hecho de formar parte de la misma entidad que, a través de otro de sus órganos, dio inicio al procedimiento sancionador.

19. Sin embargo sí es exigible que, en la práctica, los órganos de la administración que resuelven procedimientos sancionadores trabajen de manera *independiente*; esto es, sin estar sometidos a presiones internas o externas que dobleguen su voluntad para determinar el sentido de lo resuelto. En definitiva, deben contar con todas las garantías necesarias para resolver conforme a Derecho las controversias que se sometan a su consideración.

20. Además, al resolver procedimientos sancionadores, dichos organismos deben ser *imparciales;* en consecuencia, éstos deben estar integrados por personas que no se comprometan de manera subjetiva con el resultado del procedimiento o con los sujetos que actúan en el. Asimismo, deben existir mecanismos procedimentales que permitan desterrar de manera efectiva cualquier cuestionamiento a la imparcialidad de los funcionarios que integran dichos órganos tanto en primera como en segunda instancia administrativa.

21. Por lo expuesto, no es posible amparar el argumento de los demandantes según el cual el artículo 1 de la Ley 29622 es inconstitucional por el mero hecho de prever que tanto el órgano instructor como el órgano sancionador y el Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas forman parte de la CGR.

22. Asimismo, este Tribunal Constitucional no advierte que los artículos 45 y 51 de la LOCGR, incorporados mediante el artículo 1 de la Ley 29622, lesionen de otra manera los principios constitucionales de independencia e imparcialidad.

23. En efecto, no se vulnera el principio de independencia en su dimensión interna como señala la parte demandante pues, si bien estos tres órganos forman parte de la estructura orgánica de la CGR, la Ley 26922 les otorga garantías para que trabajen de manera independiente. Tanto el órgano instructor como el órgano sancionador ejercen sus atribuciones con autonomía técnica (*cfr* artículo 51 de la LOCGR incorporado por el artículo 1 de la Ley 29622) lo que concuerda con el artículo 252 del TUO de la Ley 27444 que dispone:

> Para el ejercicio de la potestad sancionadora se requiere obligatoriamente haber seguido el procedimiento legal o reglamentariamente establecido caracterizado por:
>
> 1. Diferenciar en su estructura entre la autoridad que conduce la fase instructora y la que decide la aplicación de la sanción.

24. Por su parte, el Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas cuenta, inclusive, con un mayor grado de independencia pues se trata de un órgano colegiado adscrito a la CGR que goza de autonomía técnica y funcional y, por tanto, puede tomar sus decisiones conforme a derecho con total libertad.

25. Tampoco se advierte afectación alguna al principio de imparcialidad en su dimensión interna o externa pues, de por sí, las disposiciones impugnadas no son susceptibles de generar un interés o compromiso indebido entre los integrantes de los órganos instructor y sancionador ni entre los vocales del Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas.

26. En todo caso, de presentarse un cuestionamiento razonable a la imparcialidad de estos funcionarios con relación a un caso concreto, correspondería solicitar su abstención conforme al artículo 97 del TUO de la Ley 27444 concordante con el artículo 6.3 de la Directiva 010-2016-CG/GPROD *"Procedimiento Administrativo Sancionador por Responsabilidad Funcional"*, aprobada mediante Resolución de Contraloría 129-2016-CG de 9 de mayo de 2016. Si, después de la aplicación de estos mecanismos subsistieran dudas razonables respecto a la imparcialidad de los funcionarios administrativos en cuestión, quien se considere afectado puede solicitar la tutela de sus derechos en el proceso contencioso administrativo o, de ser el caso, en el proceso de amparo.

27. En consecuencia, la demanda debe declararse infundada en este extremo pues las disposiciones impugnadas no afectan los principios constitucionales de imparcialidad e independencia ni vulneran el derecho fundamental a ser juzgado por una autoridad independiente e imparcial en sede administrativa.

B. Contravención a la progresividad de los derechos sociales

28. El colegio profesional demandante también cuestiona la constitucionalidad del artículo 45 de la LOCGR, incorporado por el artículo 1 de la Ley 29622, señalando que contraviene el principio de progresividad de los derechos sociales —reconocido en el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos— pues prevé un procedimiento sancionador por responsabilidad administrativa funcional menos garantista que el existente anteriormente.

29. Dicho principio está reconocido en el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos de la siguiente manera:

> Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

30. Al respecto, este Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente en el fundamento jurídico 45 de la sentencia emitida en el Expediente 00020-2012-PI/TC:

> Este principio supone que las medidas que las medidas que debe adoptar el Estado con referencia a la plena efectividad de dichos derechos no pueden ser "regresivas", esto es, no pueden ser medidas que generen un estado de cosas o una situación que sea más perjudicial que la que se encuentre efectivamente establecida. Sin embargo, este principio tampoco supone la absoluta imposibilidad de limitar los avances efectuados por el Estado en materia de derechos sociales, siempre que existan razones de interés general que así lo justifiquen.

31. Sin embargo, este Tribunal Constitucional advierte que la disposición normativa cuestionada en este extremo de la demanda no guarda relación con los derechos protegidos por el principio de no regresividad de los derechos sociales. En efecto, el artículo 45 de la LOCGR no desarrolla ni se refiere a ninguno de los derechos reconocidos en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el protocolo de Buenos Aires, ni guarda relación con ninguna de sus normas en materia económica, social o de educación, ciencia y cultura.

32. Por el contrario, el artículo 45 de la LOCGR se limita a atribuir a la CGR la competencia para imponer sanciones por responsabilidad administrativa funcional; además, delimita dicha potestad desde el punto de vista subjetivo preci-

sando qué funcionarios y servidores públicos son susceptibles de ser sancionados en ejercicio de ella. Nada de esto guarda relación con las disposiciones de la Carta de la Organización de los Estados Americanos ni con derechos fundamentales de carácter social.

33. Por tanto, puesto que la disposición impugnada por los demandantes no se encuentra dentro del ámbito de aplicación del principio de no regresividad de los derechos sociales, la demanda debe declararse infundada en este extremo.

C. Contravención al principio de legalidad (adecuada tipificación de las conductas prohibidas)

34. La parte demandante también cuestiona la constitucionalidad del artículo 46 de la LOCGR, incorporado por el artículo 1 de la Ley 29622, cuyo texto es el siguiente:

> **Artículo 46. – Conductas infractoras**
>
> Conductas infractoras en materia de responsabilidad administrativa funcional son aquellas en las que incurren los servidores y funcionarios públicos que contravengan el ordenamiento jurídico administrativo y las normas internas de la entidad a la que pertenecen. Entre estas encontramos las siguientes conductas:
>
> a) Incumplir las disposiciones que integran el marco legal aplicable a las entidades para el desarrollo de sus actividades, así como las disposiciones internas vinculadas a la actuación funcional del servidor o funcionario público.
>
> b) Incurrir en cualquier acción u omisión que suponga la transgresión grave de los principios, deberes y prohibiciones señalados en las normas de ética y probidad de la función pública.
>
> c) Realizar actos persiguiendo un fin prohibido por ley o reglamento.
>
> d) Incurrir en cualquier acción u omisión que importe negligencia en el desempeño de las funciones o el uso de estas con fines distintos al interés público.
>
> El reglamento describe y especifica estas conductas constitutivas de responsabilidad administrativa funcional (graves o muy graves) que se encuentran en el ámbito de la potestad para sancionar de la Contraloría General. Asimismo, el procesamiento de las infracciones leves será de competencia del titular de la entidad.

35. Señala que dicha disposición es inconstitucional porque las conductas susceptibles de sanción allí establecidas son genéricas e imprecisas lo que vulnera los principios de tipicidad y taxatividad reconocidos por la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional. Añade que, por esa razón, los funcionarios o servidores públicos tienen dificultad en conocer los motivos por los que la CGR pretende sancionarlos lo que vulnerara su derecho de defensa.

36. El principio de legalidad en materia sancionatoria está reconocido en el artículo 2 inciso 24, literal d, de la Constitución:

> Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley.

37. El tenor literal de la Constitución sugiere que dicho principio únicamente puede aplicarse en sede jurisdiccional. Sin embargo, en reiterada jurisprudencia, este Tribunal Constitucional ha establecido que "los principios de culpabilidad, legalidad, tipicidad, entre otros, constituyen principios básicos del derecho sancionador, que no sólo se aplican en el ámbito del derecho penal, sino también en el del derecho administrativo sancionador (…)" (*cfr.* sentencias emitidas en los Expedientes 02050-2002-AA/TC, 02192-2004-PA/TC y 00156-2012-PHC/TC entre otras).

38. No podría ser de otra manera puesto que, a través de su potestad sancionadora, el Estado puede restringir derechos fundamentales tan importantes como la libertad personal, la propiedad y la libertad de trabajo. En un estado constitucional, la imposición de sanciones semejantes sólo puede considerarse válida si éstas reprimen una conducta que haya sido tipificada de manera previa, expresa y precisa en una norma con rango de ley. De lo contrario, la persona sancionada podría encontrarse en indefensión pues tendría dificultades para conocer las infracciones concretas que se le imputan lo que limitaría severamente su capacidad para defenderse en el proceso judicial o procedimiento administrativo correspondiente.

39. Ello es particularmente cierto en el derecho penal; pero también en el derecho administrativo sancionador pues allí también pueden imponerse sanciones limitativas de derechos fundamentales como las multas o la inhabilitación.

40. A mayor abundamiento, este Tribunal Constitucional ha establecido una distinción entre el principio de legalidad en sentido estricto y el subprincipio de tipicidad o taxatividad que de deriva de él:

> (…) no debe identificarse el principio de legalidad con el principio de tipicidad. El primero, garantizado por el ordinal "d" del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución, se satisface cuando se cumple con la previsión de

> las infracciones y sanciones en la ley. El segundo, en cambio, constituye la precisa definición de la conducta que la ley considera como falta (...)" (Exp. N.º 2050-2002-AA/TC-Fundamento Jurídico N.º 9).
>
> El subprincipio de tipicidad o taxatividad constituye una de las manifestaciones o concreciones del principio de legalidad respecto de los límites que se imponen al legislador penal o administrativo, a efectos de que las prohibiciones que definen sanciones, sean éstas penales o administrativas, estén redactadas con un nivel de precisión suficiente que permita a cualquier ciudadano de formación básica, comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo bajo amenaza de sanción en una determinada disposición legal.

41. En consecuencia, se vulnera el principio de legalidad en sentido estricto si una persona es condenada o sancionada por un delito o infracción no prevista expresamente en una norma con rango de ley. Por otro lado, se vulnera el subprincipio de tipicidad o taxatividad cuando, pese a que la infracción o delito está prevista en una norma con rango de ley, la descripción de la conducta punible no cumple con estándares mínimos de precisión.

42. Debe tomarse en cuenta que el artículo 4 del TUO de la Ley 27444 señala lo siguiente respecto a la tipificación de infracciones en el ámbito administrativo:

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

43. Dicha norma establece que, en el caso del derecho administrativo sancionador, los reglamentos pueden especificar o graduar las infracciones debidamente tipificadas en la ley; además señala que, en casos de remisión legal expresa, es posible tipificar infracciones a través de normas reglamentarias.

44. Nada de ello puede interpretarse de manera tal que se permita la desnaturalización de los principios de legalidad y tipicidad o taxatividad. Es admisible que, en ocasiones, los reglamentos especifiquen o gradúen infracciones previstas de manera expresa en la ley. Sin embargo, nada justifica que establezcan conductas prohibidas sin adecuada base legal o que, al desarrollar disposiciones legales generales o imprecisas, los reglamentos terminen creando infracciones nuevas subrepticiamente.

45. En efecto, el artículo 118.8 de la Constitución establece un límite expreso a la facultad del Poder Ejecutivo para reglamentar las leyes:

> Corresponde al Presidente de la República (…)
>
> 8. Ejercer la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas (…)

46. Por tanto, al desarrollar normas con rango de ley, los reglamentos no pueden desnaturalizarlas creando infracciones sin una debida base legal. Admitir lo contrario implicaría aceptar una desviación de la potestad reglamentaria y vaciar de contenido los principios de legalidad y tipicidad que guardan una estrecha relación con el derecho fundamental al debido proceso.

47. Además, con relación al caso concreto, debe tomarse en cuenta que el primer párrafo del artículo 40 de la Constitución señala lo siguiente:

> **La ley regula el ingreso a la carrera administrativa, y los derechos, deberes y res-ponsabilidades de los servidores públicos.** No están comprendidos en dicha carrera los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza. Ningún funcionario o servidor público puede desempeñar más de un empleo o cargo público remunerado, con excepción de uno más por función docente (énfasis agregado).

48. Dicha disposición establece una reserva de ley para que, en principio, sea el legislador quien se encargue de regular el ingreso a la carrera administrativa así como los deberes y responsabilidades de los servidores públicos. En consecuencia, si bien las normas legales que desarrollan esos temas pueden ser precisadas o complementadas por reglamentos, no es constitucionalmente admisible que éstos desborden dichas normas legales refiriéndose a asuntos que no han sido regulados en ellas con un grado mínimo de claridad o precisión.

49. El primer párrafo del artículo 46 de la LOCGR señala que la CGR podrá sancionar a los funcionarios o servidores públicos que "contravengan el ordenamiento jurídico administrativo y las normas internas de la entidad a la que pertenecen". Dicho enunciado es extremadamente general y, por tanto, no cumple con los estándares mínimos que impone el subprincipio de tipicidad.

50. En efecto, la frase "el ordenamiento jurídico administrativo" es tan amplia que no garantiza a sus destinatarios un grado mínimo de seguridad respecto al conjunto de conductas por las que podrían ser sancionados máxime cuando, como es bien sabido, el ordenamiento jurídico administrativo cuenta con gran canti-

dad de fuentes y está compuesto - como mínimo - por centenares de normas de diversa naturaleza.

51. Algo semejante puede señalarse de la frase "las normas internas de la entidad a la que pertenecen". Este enunciado también es extremadamente general y no permite identificar con precisión las conductas concretas por las que la CGR podría imponer una sanción. En efecto, el funcionamiento de las entidades públicas se regula por un conjunto muy elevado de normas también de diversa naturaleza.

52. Por tanto, la infracción contenida en el primer párrafo del artículo 46 de la LOCGR es inconstitucional porque que no respeta el subprincipio de tipicidad o taxatividad que, a su vez forma parte del principio de legalidad reconocido en el artículo 2, inciso 24, literal d, de la Constitución.

53. Los siguientes cuatro párrafos del artículo 46 de la LOCGR establecen un listado —meramente enunciativo— de casos en los que podría sancionarse a funcionarios o servidores públicos en aplicación de la infracción *tipificada* en el primer párrafo del artículo 46 de la LOGCR. En la medida en que dicha infracción es inconstitucional, los párrafos segundo, tercero, cuarto y quinto del artículo bajo análisis son inconstitucionales por conexidad.

54. Incluso si se interpretara que dichos párrafos pretenden establecer infracciones autónomas, éstos deberían declararse inconstitucionales porque tampoco respetan el subprincipio de tipicidad:

- El segundo párrafo del artículo 46 de la LOCGR permite a la CGR sancionar a funcionarios o servidores públicos por " Incumplir las disposiciones que integran el marco legal aplicable a las entidades para el desarrollo de sus actividades, así como las disposiciones internas vinculadas a la actuación funcional del servidor o funcionario público." Ello no permite conocer las conductas pasibles de sanción por las razones expuestas en el fundamento 44 *supra*.

- El tercer párrafo del artículo 46 de la LOCGR permite a la CGR sancionar a funcionarios o servidores públicos por "Incurrir en cualquier acción u omisión que suponga la transgresión grave de los principios, deberes y prohibiciones señalados en las normas de ética y probidad de la función pública." Ello vulnera el subprincipio de tipicidad pues las normas de ética y probidad de la función pública también son muy diversas y comprenden una variedad considerable de supuestos; por tanto, los destinatarios de la norma podrían no estar en condiciones de conocer las conductas susceptibles de ser sancionadas.

- El cuarto párrafo del artículo 46 de la LOCGR permite a la CGR sancionar a funcionarios o servidores públicos por "Realizar actos persiguiendo un fin prohibido por ley o reglamento." Ello vulnera el subprincipio de tipicidad por tratarse de un supuesto extremadamente general e impreciso. Convalidar la constitucionalidad de una norma semejante implicaría desnaturalizar el artículo 2.24, literal d, de la Constitución.
- El quinto párrafo del artículo 46 de la LOCGR permite a la CGR sancionar a funcionarios o servidores públicos por "Incurrir en cualquier acción u omisión que importe negligencia en el desempeño de las funciones o el uso de estas con fines distintos al interés público". Esta disposición también es desmedidamente general e imprecisa pues, dentro de ella, puede subsumirse un conjunto muy grande de conductas de diversa naturaleza. Por tanto, vulnera el subprincipio de tipicidad.

55. Finalmente, el sexto párrafo del artículo 46 de la LOCGR intenta subsanar las deficiencias de los párrafos precedentes señalando que el reglamento de la ley "describe y especifica estas conductas constitutivas de responsabilidad administrativa funcional". Sin embargo, conforme a lo señalado previamente, el subprincipio de tipicidad requiere que las infracciones estén tipificadas de manera concreta y expresa en una norma con rango de ley. Además, dada la generalidad de las infracciones previstas en el artículo 46 de la LOCGR, el reglamento no estaría especificando infracciones tipificadas previamente sino, más bien, tipificando nuevas infracciones lo que no ha sido autorizado por la LOCGR. Por tanto, esta disposición no salva la constitucionalidad de los demás párrafos del artículo 46 de la LOCGR; por el contrario, en la medida en que todos ellos son inconstitucionales, el sexto párrafo de este artículo también es inconstitucional por conexidad.

56. Por todo lo expuesto, corresponde declarar fundada la demanda en este extremo y; en consecuencia, declarar inconstitucional el artículo 46 de la LOCGR, incorporado por el artículo 1 de la Ley 29622, en su totalidad.

57. La parte demandante también solicitó que se declare la inconstitucionalidad del artículo 46 de la LOCGR por contravenir el principio *ne bis in ídem*. Sin embargo, puesto que éste ha sido declarado inconstitucional por vulnerar el subprincipio de tipicidad, sería inoficioso evaluar dicho extremo de la controversia.

D. Contravención al derecho fundamental de acceso a la función pública

58. La parte demandante solicita que se declare la inconstitucionalidad del artículo 47.1, literal a, de la LOCGR, incorporado por el artículo 1 de la Ley 29622, cuyo texto es el siguiente:

> **Artículo 47.- Tipos de Sanciones**
>
> Las infracciones de responsabilidad administrativa funcional que fueron referidas en el artículo 46 dan lugar a la imposición de cualquiera de las siguientes sanciones:
>
> a) Inhabilitación para el ejercicio de la función pública de uno (1) a cinco (5) años. (…)

59. Señala que dicha disposición es inconstitucional pues, conforme a lo señalado por el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos, la sanción de inhabilitación solo puede imponerse previo proceso penal. Además, refiere que la disposición impugnada vulnera el principio de proporcionalidad pues, mientras que la CGR puede imponer sanciones de inhabilitación por el plazo mínimo de 1 año, en casos de condenas por delitos contra la administración pública, la inhabilitación tiene una vigencia mínima de 6 meses pese a tratarse de hechos de mayor gravedad.

60. En primer lugar debe señalarse que el primer párrafo del artículo 47 de la LOCGR es inconstitucional por conexidad en la medida en que hace referencia a las infracciones previstas por el artículo 46 de dicha ley que contravienen el subprincipio constitucional de tipicidad o taxatividad. Por tanto, debe expulsarse del ordenamiento jurídico la frase "que fueron referidas en el artículo 46" contenida en dicha disposición normativa.

61. En aplicación del principio de conservación de las leyes, este Tribunal Constitucional considera innecesario expulsar del ordenamiento jurídico el resto del artículo 47 de la LOCGR pues la inconstitucionalidad del artículo 46 de la LOCGR no afecta la validez constitucional de las sanciones reguladas por el artículo 47 que podrían aplicarse a quienes cometan infracciones tipificadas en una norma con rango de ley aprobada en un momento posterior.

62. Pese a no estar reconocido expresamente en la Constitución, este Tribunal Constitucional ha reconocido el derecho fundamental de acceso a la función pública lo que resulta compatible con el artículo 3 de la Constitución. Al respecto, ha señalado lo siguiente:

> En una primera aproximación, el contenido de este derecho puede desmembrarse como sigue: a) acceso a la función pública, b) condiciones de igualdad en el acceso.
>
> Por un lado, se reconoce en cuanto derecho subjetivo el acceso a la función pública, esto es, la facultad de incorporarse a la función pública por parte de cualquier ciudadano. Se trata aquí del bien jurídico como objeto de protección (acceso a la función pública). Por otro, en cambio, se establece una exigencia particular del acceso: la igualdad de condiciones (cfr. fundamento 38 de la sentencia emitida en el Expediente 00025-2005-PI/TC y otro)

63. A mayor abundamiento, ha determinado que los contenidos del derecho fundamental en cuestión 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 (*cfr.* fundamento 43 de la Sentencia 0025-2005-PI/TC y otro).

64. Conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, concordante con el Artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, los derechos fundamentales deben interpretarse de conformidad con los tratados sobre derechos humanos suscritos por el Perú.

65. En consecuencia, debe tomarse en cuenta que el derecho de acceso a la función pública también está reconocido en el 23.1, literal c, de la Convención Americana de Derechos Humanos de la siguiente manera:

> Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades (…) c. de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

66. A su vez, el artículo 23.2 de dicha Convención establece lo siguiente sobre el particular:

> La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el artículo anterior,[entre los que se encuentra el derecho de acceso a la función pública]exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

67. Además, en el caso *López Mendoza vs Venezuela*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró la violación de dichas disposiciones de la Convención por parte del Estado venezolano, toda vez que la Contraloría de la República de ese país impuso una sanción de inhabilitación al señor López Mendoza lo

que imposibilitó que registrara su candidatura a la alcaldía del Estado Mayor de Caracas. En dicha oportunidad, la Corte señaló lo siguiente:

> El artículo 23.1 de la Convención establece que todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades, los cuales deben ser garantizados por el Estado en condiciones de igualdad: i) a la participación en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por representantes libremente elegidos; ii) a votar y a ser elegido en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de los electores, y iii) a acceder a las funciones públicas de su país.
>
> El artículo 23.2 de la Convención determina cuáles son las causales que permiten restringir los derechos reconocidos en el artículo 23.1, así como, en su caso, los requisitos que deben cumplirse para que proceda tal restricción. En el presente caso, que se refiere a una restricción impuesta por vía de sanción, debería tratarse de una "condena, por juez competente, en proceso penal". Ninguno de esos requisitos se ha cumplido, pues el órgano que impuso dichas sanciones no era un "juez competente", no hubo "condena" y las sanciones no se aplicaron como resultado de un "proceso penal", en el que tendrían que haberse respetado las garantías judiciales consagradas en el artículo 8 de la Convención Americana.
>
> (…) En el presente caso, si bien el señor López Mendoza ha podido ejercer otros derechos políticos (supra párr. 94), está plenamente probado que se le ha privado del sufragio pasivo, es decir, del derecho a ser elegido.

68. En aplicación de dicho criterio, podría producirse una vulneración al derecho fundamental de acceso a la función pública si, a través de una sanción administrativa de inhabilitación, se restringiera el ejercicio de los derechos políticos de una persona. A criterio de este Tribunal Constitucional, ello también podría incidir sobre el derecho fundamental a elegir y ser elegido reconocido en el artículo 31 de la Constitución:

> Los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos mediante referéndum; iniciativa legislativa; remoción y revocación de autoridades y demanda de rendición de cuentas. Tienen también el derecho de ser elegidos y elegir libremente a sus representantes, de acuerdo con las condiciones y procedimientos determinados por ley orgánica.

69. Interpretando dichos derechos conforme a la Convención Americana de Derechos Humanos, este Tribunal Constitucional estima incompatible con la Constitución que, a través de una sanción administrativa de inhabilitación, se restrin-

jan los derechos políticos de una persona; particularmente, el derecho a optar por acceder a la función pública participando en procesos de elección popular de autoridades.

70. El artículo 47.1, literal a, de la LOCGR — impugnado en este extremo de la demanda —establece que la CGR puede imponer sanciones de inhabilitación de entre 1 y 5 años para sancionar infracciones graves y muy graves por responsabilidad administrativa funcional. Sin embargo, no precisa las consecuencias concretas de la sanción de inhabilitación las cuales se desarrollan, únicamente, en el artículo 14.2 , del reglamento de la Ley 29622 aprobado mediante Decreto Supremo 023-2011-PCM.

71. En consecuencia, este Tribunal Constitucional considera que el artículo 47.1, literal a, de la LOCGR es constitucional únicamente en la medida que se interprete *que las sanciones de inhabilitación impuestas por la CGR no restringen los derechos políticos de aquellos que son objeto de inhabilitación; esto es, el conjunto de derechos reconocidos en el Capítulo III del Título I de la Constitución.*

72. Por tanto, la demanda debe ser declarada infundada en este extremo interpretándose el artículo 4.1, literal a, de la LOCGR, incorporado por el artículo 1 de la Ley 29622, conforme a lo señalado en el fundamento precedente.

E. Contravención al principio de proporcionalidad

73. El colegio profesional demandante también cuestiona la constitucionalidad del artículo 47.1, literal a, de la LOCGR por considerarlo contrario al principio constitucional de proporcionalidad. Señala que es incompatible con dicho principio que la CGR pueda imponer sanciones de inhabilitación por el plazo mínimo de un año mientas que, en el caso de condenas por delitos contra la administración pública, la inhabilitación tiene una vigencia mínima de seis meses pese a tratarse de hechos más graves.

74. A criterio de este Tribunal Constitucional resulta incorrecto comparar, sin mayor análisis, las sanciones de inhabilitación que impone la contraloría con la inhabilitación como pena — principal o accesoria — impuesta por el Poder Judicial por la comisión de delitos contra la administración pública o de otro tipo.

75. Ello debido a que ambos tipos de inhabilitación poseen distinta naturaleza y producen efectos distintos. En el primer caso, la inhabilitación es una medida de carácter administrativo que, conforme al artículo 14.2 del Reglamento de la Ley 29622:

> (…) comprende la privación de la función, cargo o comisión que ejercía el funcionario o servidor infractor, así como la incapacidad legal para obtener mandato, cargo, empleo, comisión de carácter público, para celebrar contratos administrativos de servicios o para el ejercicio de función pública o funciones en general en las entidades.

76. Por el contrario, conforme al artículo 36 del Código Penal, la inhabilitación impuesta como pena principal o accesoria en un proceso penal puede incidir sobre un conjunto mucho más amplio de derechos determinando, entre otros, la suspensión de derechos políticos, la incapacidad para ejercer la Patria Potestad y la privación de grados militares o policiales y títulos honoríficos.

77. A mayor abundamiento, contrariamente a lo que da a entender el demandante, la pena mínima de inhabilitación para los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios o servidores públicos no es de 6 meses cuando ésta se impone como pena principal. Al respecto, debe tomarse en cuenta que el segundo párrafo del artículo 36 del Código Penal señala lo siguiente:

> La pena de inhabilitación principal se extiende de cinco a veinte años cuando se trate de los delitos previstos en los artículos 382, 383, 384, 387, 388, 389, 393, 393-A, 394, 395, 396, 397, 397-A, 398, 399, 400 y 401. En estos supuestos, será perpetua, siempre que el agente actúe como integrante de una organización criminal, como persona vinculada o actúe por encargo de ella; o la conducta recaiga sobre programas con fines asistenciales, de apoyo o inclusión social o de desarrollo, siempre que el valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados supere las quince unidades impositivas tributarias

78. Dicha disposición hace referencia, precisamente, a los delitos contra la administración pública que pueden cometer los funcionarios públicos con única excepción de los delitos comprendidos en la Sección I del capítulo correspondiente del Código Penal denominada "Abuso de Autoridad". Por tanto, en todos estos casos, la pena mínima de inhabilitación imponerse no es de seis meses como señala la parte demandante sino de cinco años.

79. En consecuencia, puesto que no es posible comparar las sanciones administrativas de inhabilitación con la inhabilitación impuesta como condena penal — y también porque lo señalado por el demandante no refleja la realidad del ordenamiento jurídico penal peruano — este extremo de la demanda debe declararse infundado.

F. Cuestionamiento a las demás disposiciones de la Ley 29622

80. Finalmente, la parte demandante también solicita que se declare la inconstitucionalidad de las demás disposiciones comprendidas en la Ley 29622. Al respecto señala que, puesto que el otorgamiento de potestades sancionatorias a la CGR en un procedimiento en que ésta puede actuar como *juez y parte* es inconstitucional, todas ellas deben ser declaradas inconstitucionales por conexidad.

81. Sin embargo, no corresponde acceder a lo solicitado porque, como se ha expuesto en los fundamentos precedentes, no es inconstitucional que se atribuyan facultades instructoras y sancionadoras a la CGR en el marco de un procedimiento administrativo sancionador.

82. Además, no se advierte que la inconstitucionalidad del artículo 46 de la LOCGR, incorporada por el artículo 1 de la Ley 29622, determine la inconstitucionalidad — por conexión o consecuencia —de ninguna de las demás disposiciones comprendidas en la Ley 29622.

83. Por último debe recordarse que, conforme al artículo 81 del Código Procesal Constitucional, las sentencias que declaren fundada — en todo o en parte — una demanda de inconstitucionalidad no tienen efectos retroactivos. Por tanto, la inconstitucionalidad del artículo 46 de la LOCGR determinada en esta sentencia no afecta la validez de las resoluciones y demás actos administrativos emitidos en aplicación de dicha disposición normativa.

III. FALLO

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

HA RESUELTO

1. Con el voto en contra de la magistrada Ledesma Narváez, declarar **FUNDADA EN PARTE** la demanda de inconstitucionalidad; en consecuencia **INCONSTITUCIONAL** el artículo 46 de la Ley 27785, Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, incorporada por el artículo 1 de la Ley 29622, en su totalidad; y, por conexidad, **INCONSTITUCIONAL** la frase "que fueron referidas en el artículo 46" del primer párrafo del artículo 47.1, literal a, de la Ley 27785, Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, incorporada por el artículo 1 de la Ley 29622.

2. **INTERPRETAR** el artículo 47.1, literal a, de la Ley 27785, incorporado por el artículo 1 de la Ley 29622, en el sentido que "*las sanciones de inhabilitación impuestas por la Contraloría General de la República no restringen los derechos políticos de aquellos que son objeto de inhabilitación; esto es, el conjunto de derechos reconocidos en el Capítulo III del Título I de la Constitución.*

3. Con el voto en contra del magistrado Blume Fortini, declarar **INFUNDADA** la demanda en lo demás que contiene.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MIRANDA CANALES
RAMOS NÚÑEZ
SARDÓN DE TABOADA
ESPINOSA SALDAÑA-BARRERA
FERRERO COSTA

PONENTE SARDÓN DE TABOADA

EXP. N.° 00020-2015-PI/TC
COLEGIO DE ABOGADOS DE AREQUIPA – Representado por ALFREDO ÁLVAREZ DÍAZ (DECANO)

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

La ponencia que se pone en nuestro conocimiento (1) declara fundada en parte la demanda en relación con el artículo 46 de la Ley 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, así como la frase "que fueron referidas en el artículo 46"contenida en el artículo 47 de la misma Ley;y(2) dispone interpretar el artículo 47.1, literal a de la referida disposición en el sentido que las eventuales sanciones de inhabilitación determinadas por la Contraloría no pueden restringir los derechos políticos contenidos en el artículo II del Título I de la Constitución.

Frente a estas pautas resolutorias, me corresponde señalar lo siguiente:

Sobre el deber de los jueces y juezas constitucionales de preservar una interpretación conforme a la Constitución y declarar la inconstitucionalidad como última ratio

1. En primer lugar, debo señalar que el juez(a) constitucional, sin abandonar sus tareas contraloras, es hoy, por sobre todas las cosas, un intérprete calificado de la Constitución y garante de los principios, valores y preceptos que esta contiene, asegurando su plena vigencia. En esa medida, en cabal sentido de su labor, su razonamiento y su tarea de concretización siempre deberán estar dirigidos a optimizar lo prescrito en las disposiciones constitucionales, rescatando sus sentidos normativos más afines con la tutela de los aspectos que caracterizan al constitucionalismo moderno. Todo ello,con base en una lectura intrasistemática del texto constitucional, así como con los compromisos convencionales asumidos por el Estado o que han adquirido carácter de normativa *ius cogens*.

2. En este sentido, corresponde al juez(a) constitucional, como regla general de su labor, asegurar una interpretación conforme a la Constitución, dejando como última y extrema alternativa, según corresponda, a una declaración de inconsti-

tucionalidad con efectos propios de un control abstracto, de acuerdo con lo previsto en cada ordenamiento jurídico general en particular; o a la inaplicación de la norma cuestionada por inconstitucional propia del control difuso. Además, debe tener presente que todo ordenamiento jurídico estatal contemporáneo reconoce la existencia de una pluralidad de intérpretes vinculantes de su Constitución. En ese escenario, el juez(a) constitucional en general, y el Tribunal Constitucional en particular, es, en un Estado específico, el intérprete vinculante final, más no el único.

3. Caben entonces interpretaciones distintasde una disposición, máxime si cualquier disposición legal, infralegal y, sobre todo, constitucional, contiene varios sentidos normativos dentro de sí. Aquello hace que sobre su disposición puedan darse interpretaciones diferentes a aquellas que hubiese preferido, e incluso promovido el juez(a) constitucional, sin que aquello las haga per se inconstitucionales. Es más, y en la medida que la interpretación conforme a la Constitución permite distintas respuestas, el juez(a) constitucional no puede imponer su comprensión a la de otros intérpretes vinculantes, si a su vez esas interpretaciones encajan dentro del parámetro proveniente del texto de la Constitución, su lectura sistemática y lo que se infiere de él[1].

4. Lo importante es pues, para un(a)juez(a) constitucional, frente a una decisión tomada por otro intérprete vinculante de la Constitución luego de un pronunciamiento suyo, ver ante todo si esa decisión tomada, coincida o no con ella, puede ser comprendida conforme a la Constitución. Es más, y si la decisión tomada puede tener comprensiones disímiles, que eventualmente puedan tener sentidos normativos conformes con la Constitución, pero también puedan entenderse en forma distinta, el juez constitucional deberá recurrir a, y luego de distinguir entre disposición y norma, una sentencia interpretativa –que no necesariamente es manipulativa, como veremos luego– para preservar la constitucionalidad de lo resuelto (a través de una sentencia interpretativa denegatoria) o acotar a lo menos posible una eventual y excepcional declaratoria de inconstitucionalidad (a través de una sentencia interpretativa estimatoria).

1 Salvo, e incluso con beneficio de inventario, que expresamente una interpretación vinculante ya desarrollada, y cuya constitucionalidad no ha sido discutida, señale que en alguna materia, en principio, no debiera contradecirse una interpretación ya hecha por el Tribunal Constitucional. En ese sentido, ver, por ejemplo, lo señalado en el Código Procesal Constitucional sobre el margen de interpretación de la judicatura ordinaria en los procesos de acción popular ante lo resuelto por el Tribunal en procesos de inconstitucionalidad. Aquello puede sostenerse incluso sin referirnos a supuestos como el de la eventual rebeldía del legislador, con los cuales no coincidimos y que sin duda requieren un mayor y mejor desarrollo.

5. Con ello un(a) juez(a) constitucional cumple a cabalidad sus funciones dentro de un Estado Constitucional. Nos corresponde entonces, como miembros de un Tribunal Constitucional, ir en esa línea de acción, haciendo todos los esfuerzos posibles para preservar una interpretación conforme a la Constitución, labor cuyos alcances pasaré con explicar con algo más de detalle a continuación, ya con una mayor vinculación al caso que estamos analizando en particular.

Sobre la interpretación conforme a la Constitución (convencionalizada), el control de constitucionalidad y la presunción de constitucionalidad

6. Como es de conocimiento general, la labor hoy central de un Tribunal Constitucional, esto es, la interpretación conforme a la Constitución, implica realizar una serie de operaciones especializadas que van más allá las utilizadas con la aplicación de los criterios clásicos del método jurídico. Ello, entre otros factores, en razón de la norma que se utiliza como parámetro de control, que no es otra que la propia Constitución Política.

7. En ese sentido, la apertura e indeterminación propia de algunas disposiciones constitucionales lleva a que las normas de rango legal cuya constitucionalidad se pone en duda, deban ser evaluadas con sumo cuidado en su conformidad con la Constitución. Ello en mérito a que un intérprete vinculante de la Constitución bien podría, mediante una interpretación caprichosa de los alcances de las disposiciones constitucionales, desnaturalizar o restringir arbitrariamente la producción normativa.

8. Es por ello que el examen de constitucionalidad de las normas con rango de ley por parte del Tribunal Constitucional debe realizarse efectuando una serie de recaudos, siguiendo los parámetros técnicos ya previstos al respecto y en atención a la mayor reflexión que se haya dado sobre estos temas. No se puede, pues, tratar un asunto tan delicado como este con una aproximación superficial, desde la mera intuición o repitiendo mecánicamente técnicas propias de otras ramas del Derecho.

9. Dicho esto, considero importante tener presente un elemento indispensable en la interpretación de la Constitución y el control de constitucionalidad de las normas: la presunción de constitucionalidad. Y es que todas las normas producidas por los diversos organismos existentes en un ordenamiento jurídico gozan, en principio, de esta presunción *iuris tantum* a su favor, por la cual éstas se reputan constitucionales, salvo que se demuestre una inconstitucionalidad abierta. En dicho caso, los jueces deben adoptar una interpretación que concuerde con el texto constitucional, criterio reiterado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC Exp. n.° 00020-2003-AI, f. j. 33, entre otras).

10. Lo anterior, ciertamente, debe tener en cuenta que nuestro ordenamiento jurídico (comenzando por la Constitución) se encuentra "convencionalizado", lo que implica que este debe ser leído, comprendido y aplicado conforme a lo previsto en los tratados sobre Derechos Humanos. Asimismo, la Constitución y el conjunto del ordenamiento jurídico de un Estado tiene que entenderse de acuerdo con parámetros interpretativos más bien propios de aquello que se comprende como dentro del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En otras palabras, la interpretación conforme a la Constitución y la llamada presunción de constitucionalidad de las normas debe ser entendida en una dinámica de "convencionalización del Derecho", conforme a la cual se busca configurar un Derecho común inspirado en lo señalado por los tratados vigentes, su jurisprudencia vinculante y aquellas pautas que ya se nos imponen como normas de *ius cogens*.Ello, desde luego, incide en el conocimiento y la comprensión de los derechos previstos en el ordenamiento interno, de los mecanismos (instituciones y procesos) establecidos en esos mismos ordenamientos para cautelar esos derechos, y en otros aspectos recogidos en cada Constitución nacional en particular. Es en este sentido, entonces, que la "presunción de constitucionalidad" solo puede entenderse debidamente en el marco de una entendimiento de una "Constitución convencionalizada"

11. En cualquier caso, debe tenerse claro que la presunción de constitucionalidad de las normas no se sustenta en una mera deferencia hacia el legislador(a), sino que encuentra su real fundamento en la legitimidad con que cuentan las actuaciones de, por ejemplo, el órgano legislativo y representativo; y, tal vez en un sentido más práctico, se vincula a la eficacia de las normas generadas por dicho legislador. Ello toda vez que la inexistencia de esta presunción llevaría a un estado permanente de cuestionamiento e inseguridad jurídica que imposibilitaría una convivencia en paz social.

12. Afirmado este punto de partida, es necesario apuntar que esta presunción de constitucionalidad tiene como consecuencia natural a la obligación dirigida a los jueces constitucionales de interpretar, en la medida de lo posible, de modo que se preserve la constitucionalidad de la norma. Es así que, y entre varios sentidos normativos un juez(a) constitucional, en un caso concreto, tendrá que optar por aquel sentido que mantenga la norma en el cauce constitucional (quepermita, en último caso, acotar la inconstitucionalidad al menor ámbito de acción posible). Asimismo, y con base en lo ya indicado, es menester precisar que nos estamos hablando de una "interpretación conforme a la Constitución convencionalizada", lo cual implica, desde luego, que debe incluirse la "presunción de convencionalidad" en la ya referida "presunción de constitucionalidad".

13. Ahora bien, para esto será necesario realizar una adecuada distinción entre disposición y norma. Al respecto, la disposición jurídica (que comprende tanto a una disposición como un fragmento de disposición, una combinación de disposiciones o una combinación de fragmentos de disposiciones), viene a ser el texto que un determinado documento jurídico contiene. De otro lado, la norma o los sentidos normativos son los distintos significados que el sujeto intérprete ha atribuido a la disposición jurídica a través de la interpretación. En términos muy difundidos, entre otros, por Guastini, se llamará "disposición" a cada enunciado que forme parte de un documento normativo, es decir, a cada enunciado del discurso de las fuentes. "Norma" será cada enunciado que constituya el sentido o significado atribuido a una disposición[2]. Esta distinción tampoco es novedosa en la jurisprudencia. Ha sido adoptada pacíficamente por este Tribunal Constitucional, y con relevancia para este caso desde "Tineo Silva" (STC Exp. n.° 00010-2002-AI).

14. Tenemos entonces que, si de una disposición se pueden extraer varias normas o significados, es plausible que algunos de esos significados posibles sean constitucionales, mientras que otros no lo sean. Esta distinción disposición-norma es aquella mediante la cual se que permite que un juez pueda optar por aquella interpretación constitucional que será precisamente más atenta a observar la legitimidad constitucional y democrática de las normas emitidas por el Congreso.

La interpretación conforme a la Constitución como primera obligación del juez o jueza constitucional

15. Partiendo de lo aquí afirmado, la obligación del juez constitucional se va delineando no solo hacia optar por la norma que permita salvar la constitucionalidad de cualquier disposición impugnada, sino también va a dirigir a todos sus esfuerzos por llegar a ese resultado. Ahora bien, si ello puede predicarse como algo obligatorio para todos los jueces en las interpretaciones que realizan, conviene aquí anotar que en el caso del Tribunal Constitucional este objetivo sigue siendo el mismo, pero, justo es resaltarlo, también implica algunos matices a tomar en cuenta.

16. Y es que corresponde al Tribunal Constitucional, conforme al artículo 202, inciso 1 de la Constitución, conocer el proceso de inconstitucionalidad en instancia única, en lo que constituye un control abstracto de las normas. Dicha compe-

2 GUASTINI, Riccardo. Disposición vs. Norma. Traducido por Mar Fernández Pérez. En: Disposición vs. Norma (2011). Lima, Palestra Editores. p. 136.

tencia, que puede tener como consecuencia la expulsión de una norma del ordenamiento, no debe ser ejercida, tal como la experiencia y años de jurisprudencia lo demuestran, de forma mecánica.

17. Justamente este Tribunal se encontró esta respuesta al tratar temas tan sensibles como el de la denominada "Legislación Antiterrorista", y otorgar una salida constitucional a la normativa prevista sin dejar de lado los fines que buscaba las diferentes disposiciones previstas en su texto original. Podemos afirmar, pues, que aquella perspectiva, mediante el cual se entiende el control de constitucionalidad como un ejercicio que se debate solo entre dos opciones (confirmar la constitucionalidad/declarar la inconstitucionalidad, sin más) ha quedado obsoleta, si alguna vez tuvo real vigencia. La complejidad de los casos puestos en conocimiento de un Tribunal Constitucional, y el alto interés público que supone la resolución de dichos casos, obliga a observar opciones que vayan más allá del falso dilema de contar solo con dos posibilidades.

18. Es así que se apuntala la interpretación conforme como una posibilidad para salvar, en función de la distinción entre la disposición y la norma, sentidos constitucionales para una disposición que, leída equivocadamente, podría dar lugar a normas inconstitucionales. El origen de este ejercicio proviene de la jurisprudencia norteamericana, como lo han explicado Fix-Zamudio y Ferrer Mac-Gregor:

> "[L]a interpretación conforme tiene su origen en dos principios establecidos previamente en la jurisprudencia de la Corte Suprema Federal norteamericana. En primer lugar, de acuerdo con dicha jurisprudencia, todas las normas generales deben interpretarse *in harmonywiththeConstitution*, principio al que debe agregarse la regla sobre la presunción de constitucionalidad de las leyes, ya que también se supone que los organismos legislativos no expiden normas que intencionalmente contradigan a la Carta Suprema. De acuerdo con estos principios una norma general no debe declararse inválida así sea con efectos particulares, como ocurre en el sistema americano, cuando puede ser interpretada en consonancia con la Constitución, con mayor razón si la sentencia estimatoria posee efectos generales como en el sistema europeo."[3]

3 FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y Héctor FIX ZAMUDIO. Las sentencias de los Tribunales Constitucionales. Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional. Lima, 2009, p. 31-32

Sobre las sentencias interpretativas

19. Ahora bien, en el esfuerzo de cumplir con su labor de interpretación conforme, los tribunales constitucionales hoy utilizan la técnica de las sentencias interpretativas, para así mantener la disposición o disposiciones cuestionadas en lo posible dentro de los cánones constitucionales. Está técnica precisamente es la que planteo sea la utilizada en el presente caso.

20. Y es que, repito, actualmente el trabajo de un Tribunal Constitucional va más allá de declarar la inconstitucionalidad de aquellas normas con rango de ley. Su labor y su razón de ser es la de proporcionar los parámetros interpretativos en función de los cuales los jueces ordinarios y cualquier otro ciudadano deben comprender y aplicar las leyes. En ese escenario, corresponderá al Tribunal Constitucional emitir sus sentencias estimatorias o desestimatorias sin dejar vacíos o lagunas, debiendo entonces acabar con cualquier incoherencia o confusión que puede encontrar, o, por lo menos, buscando vincular al legislador en la subsanación de eventuales deficiencias. En ese tenor, privar a un Tribunal Constitucional de instrumentos para ejercer labores de interpretación conforme a la Constitución como las sentencias, o establecer límites irrazonables al ejercicio de estas atribuciones interpretativas, es despojar a dicho Tribunal de aquello que es su mismo sentido de existencia.

21. En cualquier caso, y entrando más en materia, como es de conocimiento general, hay diferentes tipos de sentencias interpretativas. En las *sentencias de simple anulación* el juzgador constitucional resuelve sin más dejar sin efecto toda o solamente una parte de una ley o norma con rango de ley. En las *sentencias interpretativas propiamente dichas*, lo que se declara inconstitucional es aquella interpretación reputada errónea o indebida de una norma en particular, equivocación mediante la cual se le ha dado un contenido y un significado distintos a aquellos que en principio le correspondían. Dicho con otras palabras, aquí el juez constitucional no pone ni quita nada, sino que, dentro de varios sentidos normativos dentro de una disposición, sino que escoge el sentido normativo que considera conforme a la Constitución. Ello en el caso de una disposición que omite precisiones implicará determinar si esa disposición habilita o no al supuesto impreciso ante la omisión en que se había incurrido.

22. Las *sentencias interpretativas-manipulativas* implicarán un cambio en los que el juzgador o juzgadora competentes inicialmente encuentran en las disposiciones sometidas a su análisis. Y es que estos juzgadores deben hacer frente a que su tarea de preservar una interpretación conforme a la Constitución cuando se en-

cuentra con disposiciones que determinan en principio algún contenido normativo que puede ser considerado inconstitucional dentro de una ley o norma con rango de ley, subdividiéndose por ello a su vez en *sentencias reductoras, aditivas, sustitutivas y exhortativas*.

23. Entrando un poco más en el detalle de esta última subdivisión, *sentencias reductoras* son aquellas en las cuales se anota que parte de un texto cuestionado es inconstitucional, inconstitucionalidad que buscará revertirse recortando su contenido normativo conforme a la Constitución invocable, y, por ende, circunscribiendo su posible comprensión a casos concretos en sede administrativa o judicial. *Sentencias aditivas* serían las que, para salvar la determinación de una inconstitucionalidad, se procede a añadir algo a lo hasta entonces vigente para así alcanzar su constitucionalidad. *Sentencias sustitutivas* es la denominación que reciben aquéllas donde simultáneamente se declara la inconstitucionalidad parcial del sentido de una disposición y se incorpora una modificación del aspecto de dicha disposición que acaba de señalarse como posible de inconstitucionalidad, produciendo así un cambio o alteración de parte de la literalidad de una ley. Finalmente, las *sentencias exhortativas* únicamente implican la emisión de recomendaciones para que, dentro de un plazo más bien razonable, se expidan normas en puridad acordes con los parámetros constitucionales vigentes.

24. Esta sistematización, básicamente coincidente con la clasificación recogida y difundida en lengua española por Diaz Revorio[4] , fue también tomada ya hace varios años por el Tribunal Constitucional y forma parte de su acervo jurisprudencial. En una aproximación a lo señalado por la jurisprudencia de nuestra entidad, resulta pertinente retomar lo que ya ha sido asumido en el Perú en torno a las sentencias interpretativas, las cuales se caracterizan de la siguiente manera:

> "En este caso el órgano de control constitucional detecta y determina la existencia de un contenido normativo inconstitucional dentro de una ley o norma con rango de ley. La elaboración de dichas sentencias está sujeta alternativa y acumulativamente a dos tipos de operaciones: la ablativa y la reconstructiva.
>
> La operación ablativa o de exéresis consiste en reducir los alcances normativos de la ley impugnada "eliminando" del proceso interpretativo alguna frase o hasta una norma cuya significación colisiona con la Constitución.

4 DIAZ REVORIO, Javier. Interpretación constitucional de la ley y sentencias interpretativas. Pensamiento Constitucional Año VII, N° 8, p. 188-189

Para tal efecto, se declara la nulidad de las "expresiones impertinentes"; lo que genera un cambio del contenido preceptivo de la ley.La operación reconstructiva o de reposición consiste en consignar el alcance normativo de la ley impugnada "agregándosele" un contenido y un sentido de interpretación que no aparece en el texto por sí mismo.

La existencia de este tipo de sentencias se justifica por la necesidad de evitar los efectos perniciosos que puedan presentarse en determinadas circunstancias, como consecuencia de los vacíos legales que surgen luego de la "expulsión" de una ley o norma con rango de ley del ordenamiento jurídico. Tales circunstancias tienen que ver con la existencia de dos principios rectores de la actividad jurisdiccional-constituyente, a saber; el principio de conservación de la ley y el principio de interpretación desde la Constitución. Conviene tener presente en qué consisten:

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

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

- El principio de interpretación desde la constitución. Mediante este axioma o pauta básica se asigna un sentido a una ley cuestionada de inconstitucionalidad, a efectos que ella guarde coherencia y armonía con el plexo del texto fundamental.

  Dicha interpretación hace que la ley sea conforme a la Constitución; cabiendo, para tal efecto, que se reduzca, sustituya o modifique su aplicación para los casos concretos.

  La experiencia demuestra que residualmente la declaración de inconstitucionalidad puede terminar siendo más gravosa desde un punto de vista político, jurídico, económico o social, que su propia permanencia dentro del ordenamiento constitucional. Así, pues, los efectos de dicha declaración pueden producir, durante un "tiempo", un vacío legislativo dañoso para la vida coexistencial.

  En ese sentido, no debe olvidarse que la jurisdicción constitucional desarrolla una función armonizadora de los conflictos sociales y políticos

> subyacentes en un proceso constitucional, por lo que dichas sentencias se constituyen en instrumentos procesales necesarios para el desarrollo de tal fin.
>
> Este tipo de sentencias propician el despliegue de los efectos de las normas constitucionales que podrían ser obstaculizados por los "huecos normativos" emanados de un simple fallo estimatorio.
>
> Las normas inducidas y deducidas emanadas de una sentencia manipulativa-interpretativa (normativa) se encuentran implícitas dentro del ordenamiento constitucional, pero son objetivables mediante este procedimiento." (00004-2004-CC/TC, f.3)

25. En el caso concreto ahora sometido a nuestro análisis, lo resuelto en mayoría por la actual composición de este Tribunal ha establecido dos decisiones interpretativas, precisamente conforme a los criterios expresados supra. Por una parte, ha dictado una decisión o sentencia reductora, en la medida que solo ha declarado inconstitucional una parte (algunas de las expresiones lingüísticas) del artículo 47 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República. Más específicamente, se declara la inconstitucionalidad de la expresión "que fueron consideradas en el artículo 46". Por otra parte, ha emitido una decisión o sentencia interpretativa propiamente dicha cuando ha resuelto que el artículo 47.1, literal a) de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República puede ser considerado como conforme con la Constitución únicamente en la medida que se interprete que las sanciones de inhabilitación establecidas por la Contraloría no pueden restringir los derechos políticos contenidos en el Capítulo III del Título I de la Constitución (modalidad de sentencia que este Tribunal ha empleado recientemente, por ejemplo en los ya referenciadas SSTC Exp. n.º 00001-2018-AI, caso "Ley de Transfuguismo 2", y Exp n.º 00001-2014-PI, caso "Dicapi"). Sin embargo, corresponde señalar algunas cosas más al respecto.

La necesidad de una interpretación convencionalizada de la Constitución

26. Conviene tener presente que, sobre la base de la existencia de un campo jurídico internacional mediante el cual se reconoce derechos vinculantes para los diferentes estados, y de una institucionalidad encaminada a hacerlos valer, se ha consolidado la necesidad de comprender el ordenamiento jurídico vigente en cada Estado en particular en clave de lo previsto a nivel convencional, en la línea de lo que ya algunos han denominado un Derecho Constitucional común.

27. Esta "comprensión" convencionalizada de nuestra normativa no se limitan, como señalan algunos(as), a la firma y aplicación de la Convención Americana de Derechos Humanos. Es invocable también a otros tratados, e incluso a aquellos no suscritos por un Estado articular, pero que han devenido en normas *ius cogens*. Entonces, para determinar si un tema cuenta o no con cobertura constitucional, corresponde analizar también (e incluso de manera inicial y preferente) si esta materia tiene real cobertura convencional.

El rol de la Contraloría General de la República

28. Además de lo vinculado con las sentencias interpretativas, un asunto que vale la pena analizar está referido al importante rol que cumple la Contraloría General de la República en el marco de nuestra Constitución y, en dicho contexto, saber lo que a esta institución le compete hacer realmente y, por ende, lo que se puede esperar de ella, especialmente en el ámbito administrativo sancionador. Pasaré inmediatamente a desarrollar esa materia.

29. Seguramente se coincidirá en afirmar que, en un Estado Constitucional, no solo se pretende mantener la efectiva vigencia de los derechos fundamentales, sino también, y para garantizar lo primero, proscribir la arbitrariedad de todo aquel que detente una cuota de poder[5]. Una de las medidas que siempre se adoptan para conseguir ese objetivo, y que hoy por hoy constituye un rasgo distintivo de un Estado Constitucional, es el principio de separación de poderes, reconocido en el artículo 43 de nuestra Constitución.

30. Este principio alude a que el poder no debe encontrarse concentrado en una sola persona u órgano, sino que este debe estar distribuido entre las distintas instituciones que conforman el Estado. Ahora bien, en estricto, el poder del Estado es uno, por lo que, independientemente de la denominación que recibe el principio señalado, cabe referirse más técnicamente a una división de funciones, las cuales son encomendadas por nuestra Constitución a diferentes organismos. Dicha separación de funciones no supone que entre las distintas entidades que componen el Estado exista una separación rígida que aísle a unas de otras, sino que, en el ejercicio de las competencias que cada una detenta, exista entre ellas diversas relaciones de coordinación, colaboración, e incluso de control, que permitan cumplir con los fines que justifican la existencia y permanencia del mismo Estado.

5 ARAGÓN, Manuel. *Constitución y control. Introducción a la teoría constitucional del control.* Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, p. 12.

31. La función de control alude aquí a una especial relación entre las distintas entidades del Estado orientada verificar que el ejercicio de las competencias que cada una detente no se realice de manera arbitraria. En ese sentido, la función de control obedece a una dinámica de pesos y contra pesos, a través de la cual los distintos organismos del Estado, mediante el ejercicio de las competencias que les han sido asignadas y en la medida en que estas así lo permitan, fiscalizan el ejercicio de las competencias de los demás.

32. Ahora bien, la función de control del ejercicio de las competencias asignadas a las distintas entidades de la Administración, requiere de una cierta especialización cuando el control tiene como objetivo concreto la supervisión del buen manejo económico y financiero de los recursos del Estado, así como la correcta ejecución del presupuesto público. Dicha actividad resulta de vital importancia en un Estado Constitucional, pues el control de la correcta ejecución del presupuesto supone verificar que los recursos públicos se encuentren destinados satisfacer las necesidades de las personas, de la manera más eficiente posible.

33. En el Perú, esta necesidad es cubierta a través del denominado "Sistema Nacional de Control", el cual se encuentra integrado tanto por la Contraloría General de la República, como por las unidades orgánicas responsables de la función de control gubernamental de cada entidad, y, en algunos casos, también por las sociedades de auditoría externa independiente. En concreto, la Contraloría General de la República es un organismo constitucionalmente autónomo, al cual la Constitución peruana actualmente vigente, en el artículo 82, ha designado como la entidad superior del Sistema Nacional de Control. Asimismo, la Ley 27785, reconoce a la Contraloría General de la República como el ente técnico rector del sistema de control en el país. En ese sentido, se le reconoce como una autoridad técnico normativa a nivel nacional que dicta las normas y establece los procedimientos relacionados con el ámbito de control económico y financiero del Estado, coordina su operación técnica y es responsable de su correcto funcionamiento en el marco de las normas aplicables. Dicho de otra forma, la Contraloría General de la República constituye lo que a nivel internacional se denomina una Entidad Fiscalizadora Superior, es decir, el órgano que detenta la más importante función de fiscalización o de auditoría económica-financiera del Estado.

34. En ese sentido, la Contraloría General de la República cuenta con las competencias típicas de toda Entidad Fiscalizadora Superior, tal como puede verificarse de la revisión del artículo 22 de la Ley 27785, entre las cuales se encuentran: acceder en cualquier momento y sin limitación a los registros, documentos e información de las distintas entidades de la Administración; ordenar que los órganos

del Sistema Nacional de Control realicen las acciones de control que considere pertinentes; supervisar y garantizar el cumplimiento de las recomendaciones que se deriven de los informes de control; ejercer el control de desempeño de la ejecución presupuestal; entre otras.

35. Dichas competencias se enmarcan en aquellas que han sido reconocidas como las tradicionales que detenta una Entidad Fiscalizadora Superior, tal como reconoce la*Declaración de Lima sobre las Líneas Básicas de Fiscalización*: a) facultades de investigación, b) facultad de Ejecución de las verificaciones de control, y c) facultad de actividad pericial[6]. En ese sentido, las competencias reconocidas a la Contraloría General de la República pueden enmarcarse en cualquiera de las tres posibilidades recientemente mencionadas, además de aquellas competencias que se encuentran referidas a la gestión de la propia entidad.

36. Con ello queda en evidencia que el ámbito de competencias de la Contraloría se encuentra referido, principalmente, a la fiscalización y a las acciones de control que estime necesarias para vigilar que los recursos del Estado sean empleados de la forma más eficiente posible y dentro del marco jurídico vigente, asegurando una correcta ejecución del presupuesto público que permita el cumplimiento de los fines del Estado, entre los cuales se encuentra, sin duda, la satisfacción de las necesidades básicas de la población y, por lo tanto, la efectiva vigencia de sus derechos fundamentales.

37. Sin embargo, lo que aquí se encuentra en discusión es si la eventual asignación de competencias con las que literalmente cuenta una Entidad Fiscalizadora Superior, no obsta a que, en atención a las exigencias de la realidad, se considere pertinente por lo menos debatir sobre la posibilidad de atribuirle alguna otra competencia inicialmente no prevista que contribuya al fortalecimiento de su rol de control especializado. Eso es precisamente lo que se discute: si es constitucionalmente admisible el reconocimiento de la potestad sancionadora que se le ha encomendado a la Contraloría, a través de la Ley 29622. Y es que, con el otorgamiento de dicha competencia, se le reconoce a la Contraloría General de la República la posibilidadde iniciar procedimientos administrativos sancionadores e imponer sanciones a aquellos funcionarios y servidores públicos que hubieran incurrido en responsabilidad administrativa de carácter funcional. Esta opción por otorgar potestad sancionadora funcional a entidades como la Contraloría General de la República, no es exclusiva de nuestro país. La misma ha

6 Declaración de Lima sobre las Líneas Básicas de Fiscalización (1977). Apartado IV Facultades de las Entidades Fiscalizadoras Superiores.

sido acogida en otros países de la región como Chile (con una Contraloría que, justo es anotarlo, cuenta con un singular margen de competencias) o Ecuador, por citar algunos ejemplos.

38. Al respecto, debe atenderse a que la función preponderante que ejerce la Contraloría General de la República es una de naturaleza contralora, valga la redundancia, a través de las llamadas acciones de control, mediante las cuales puede identificar actos de corrupción o inconductas funcionales que inciden directamente en la correcta ejecución del presupuesto público y con el erario nacional. Sin embargo, oportuno es anotar que la función de control no se agota necesariamente en la identificación de un hecho que resulte contrario al ordenamiento jurídico en materia económico presupuestaria, sino que también implica la posibilidad de adoptar medidas represivas de dichos hechos que desincentiven la comisión de los mismos y que aseguren la eficacia de las normas, no solo las de carácter general, sino también de aquellas de carácter técnico emitidas por la propia entidad contralora. Es por ello que se alega que no resulta inconstitucional e inconvencional*per se* que la Contraloría General de la República cuente con la posibilidad de imponer sanciones, pues ello, en principio, puede fortalecer la eficacia de la función de control que le ha sido encomendada. Ahora bien, aquello en cualquier caso, tendrá que hacerse con mucho cuidado, para así no generar confusiones entre el ejercicio de su labor supervisora y las nuevas atribuciones sancionadoras. De allí la importancia de, por lo menos frente a este extremo de lo demandado, analizar si cabe una interpretación conforme a la Constitución (convencionalizada) de la ley sometida a debate.

39. Lo anteriormente señalado puede tener una mejor justificación si, además, se tiene en cuenta que, dada la alta especialización que requieren las labores encargadas a la Contraloría General de la República, se argumenta también que resultaría razonable que ella adopte medidas de sanción en relación con las irregularidades que hubiera detectado, al tratarse de la entidad administrativa más calificada para evaluar la gravedad de los actos que identificados así como de adoptar las medidas sancionadoras adecuadas con relación a la infracción cometida.

La potestad sancionadora de carácter funcional de la Contraloría General de la República, y el análisis sobre si hay justificación constitucional y convencional a su ejercicio

40. Cuando hablamos de una potestad estamos haciendo referencia a aquellos poderes de los que goza la Administración para imponer consecuencias jurídicas de su actuación a los administrados, en aras de la satisfacción de los intereses

públicos. Así, en la doctrina se distinguen distintas potestades de las que goza la administración, tales como la potestad planificadora, la potestad inspectora, la potestad reglamentaria, y, también, la potestad sancionadora. Esta última se encuentra íntimamente vinculada a la eficacia de las funciones que realiza una entidad de la administración. En ese sentido, se reconoce que, junto a las potestades de ordenar y prohibir que detenta toda entidad administrativa, para que estas sean eficaces, se requiere contar también con una potestad para sancionar aquellos comportamientos que no se ajusten la conducta prescrita[7].

41. Cuando esa potestad sancionadora se encuentra dirigida contra los servidores y funcionarios públicos, nos encontramos, en concreto, frente a la potestad sancionadora de carácter funcional o disciplinaria, es decir, aquella potestad sancionadora ejercida con la finalidad de proteger la organización y funcionamiento de la Administración, así como garantizar la probidad de los funcionarios de la Administración[8].

42. Ahora bien, y en el marco del principio de legalidad, las potestades de la Administración en principio deben encontrarse expresamente previstas por la ley (o por la norma correspondiente, dictada por la autoridad competente) o, en todo caso, desprenderse de las atribuciones ya prescritas como competencias implícitas.

43. En ese sentido, se alega que, a través de la Ley 29622 se ha dotado a la Contraloría General de la República de la potestad para sancionar a aquellos servidores y funcionarios públicos que incurran en responsabilidad administrativa funcional. Dicho tipo de responsabilidad es definida por la Novena disposición Final de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control, donde se califica a la responsabilidad administrativa funcional en los siguientes términos:

> "Es aquella en la que incurren los servidores y funcionarios por haber contravenido el ordenamiento jurídico administrativo y las normas internas de la entidad a la que pertenecen, se encuentre vigente o extinguido el vínculo laboral o contractual al momento de su identificación durante el desarrollo de la acción de control. Incurren también en responsabilidad administrativa funcional los servidores y funcionarios públicos que en el ejercicio de

7 MESTRE, Juan. "La Configuración constitucional de la potestad sancionadora de la Administración pública". En: *Estudios sobre la Constitución Española. Libro Homenaje al profesor García de Enterría*. Vol.III, Civitas, 1991, p. 2497.

8 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás Ramón FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo II, Lima, Palestra, 2011, pp. 1070-1071.

sus funciones, desarrollaron una gestión deficiente, para cuya configuración se requiere la existencia, previa a la asunción de la función pública que corresponda o durante el desempeño de la misma, de mecanismos objetivos o indicadores de medición de eficiencia".

44. En otras palabras, se busca conseguir que la responsabilidad administrativa funcional se encuentra íntimamente vinculada al ejercicio de la función administrativa encomendada a cada servidor o funcionario público. De este modo, se incurrirá en responsabilidad cuando, a propósito del ejercicio del cargo, se vulnere el marco normativo o, pese a actuar dentro de lo prescrito por el ordenamiento jurídico, el funcionario o servidor público desarrolla sus funciones de manera deficiente[9].

45. Ahora bien, el reconocimiento de que los funcionarios y servidores públicos puedan incurrir en esta responsabilidad particular encuentra su fundamento en la propia Constitución. Así, el artículo 39 prescribe que "Todos los funcionarios y trabajadores públicos se encuentran al servicio de la Nación", con lo cual se determina que su actuar debe encontrarse encaminado a la consecución del interés público. Asimismo, los artículos 40 y 41 encomiendan al legislador regular el régimen de responsabilidad de los servidores y funcionarios públicos.

46. Justo es reconocer que la potestad administrativa sancionadora, con respecto a la responsabilidad administrativa de carácter funcional, también es tratada por otras normas que regulan la actividad de los servidores y funcionarios públicos, tales como el Decreto Legislativo 276, la Ley 30057, o el Texto único Ordenado de la Ley 27444, por señalar algunas. Sin embargo, y en este caso en específico, y en razón a la labor especializada que ejerce la Contraloría General de la República, lo que se pregunta es si resulta constitucionalmente admisible que esta entidad cuente también con un régimen sancionador propio que fortalezca su rol como Entidad Fiscalizadora Superior.

47. De este modo, y a través de la Ley 29662, se reconocería a la Contraloría General de la República una potestad con una doble función. De un lado, una

9 En ese mismo sentido, GARCÍA COBIÁN, Erika. "Análisis de constitucionalidad de la facultad de la Contraloría General de la República para sancionar por responsabilidad administrativa funcional y su relación con el principio del *'ne bis in idem*". Tesis para optar el grado académico de Magister en Derecho Constitucional. Pontificia Universidad Católica del Perú, Escuela de Posgrado, Lima, 2014, pp. 28 y 42.

http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/5509/GARCIA_COBIAN_CASTRO_ERIKA_ANALISIS_CONSTITUCIONALIDAD.pdf?sequence=1&isAllowed=y

función preventiva, pues busca disuadir a los funcionarios y servidores públicos de incurrir en alguna causa de responsabilidad administrativa. Y de otro, una función punitiva, pues se dispondrá una sanción efectiva por haber incurrido en alguno de los supuestos de responsabilidad. En ese tenor, se señala que una Entidad Fiscalizadora Superior cuente con una competencia sancionadora no implica necesariamente una desnaturalización de sus funciones, sino que puede sostenerse una interpretación conforme a la Constitución (una Constitución convencionalizada como a nuestra) mediante la cual la Contraloría, debido a que cuenta con una función de control especializada, puede advertir determinadas irregularidades que otras entidades no podrían, y además, en tanto cuenta con los conocimientos técnicos adecuados para determinar si la irregularidad advertida amerita una sanción y de qué índole.

48. En ese sentido, conviene tener presente cuáles son los compromisos asumidos por el Estado peruano que puedan incidir en admitir una interpretación conforme a la Constitución que permita, tal como alega el Congreso, el reconocimiento de una potestad sancionatoria a la Contraloría General de la República. Caso contrario, deberíamos ceñirnos a interpretaciones sistemáticas del texto constitucional, sea para sostener la constitucionalidad de la ley impugnada o para declararla, como última ratio, inconstitucional.

49. En esa línea, y conforme a una comprensión convencionalizada de la Constitución peruana de 1993, debe tenerse en cuenta lo regulado por la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción[10] y en la Convención Interamericana contra la corrupción[11], tratados ratificados por el Perú, los cuales también hacen referencia expresa a la lucha contra el lavado de activos. Entre lo allí regulado,destaca la previsión expresa y enfática del mandato dirigido a los Estados para"tomar todas las medidas necesarias"en la lucha contra la corrupción. Este, entre otras posibilidades, alude especialmente al deber estatal de adoptar todas las medidas legislativas y administrativas que sean necesarias para lograr los propósitos de la Convención, e incluso a la posibilidad de adoptar medidas más estrictas o severas que las previstas en la Convención, siempre con la finalidad de prevenir y combatir la corrupción (artículo 65 de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción).

10 Aprobada por el Congreso de la República, mediante Resolución Legislativa Nº 28357, de 5 de octubre de 2004, ratificada por el Decreto Supremo Nº 075-2004-RE.

11 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.

50. En ese contexto, parece difícil denegar una interpretación conforme a la Constitución mediante la cual, contándose con el soporte convencional correspondiente, se plantea la ley aquí impugnada, cuando facilita la posibilidad de que una entidad como la Contraloría General de la República cuente también con potestades sancionadoras, independientemente de cualquier simpatía u observación de cualquier tipo que pueda hacer, por ejemplo, quien redacta estas líneas.

51. Y es que considero antitécnico, y por qué no decirlo, inconveniente que una entidad que fiscaliza y supervisa sea a la vez la encargada de sancionar. Sin embargo, eso no hace de la postura asumida una opción inconstitucional. Y lo que como juez constitucional me toca hacer es reconocer que existe cobertura constitucional (desde una lectura convencionalizada de dicha Constitución) para aprobar una ley como la hoy impugnada), a pesar de mi desacuerdo con la pertinencia de la opción asumida.

52. En otras palabras, lo que debería es, en lógica de una sentencia interpretativa, es determinarse una serie de recaudos para admitir que la cobertura en que se sustenta esta Ley no escape de su parámetros constitucionales y convencionales.

53. En ese tenor, garantizar la independencia e imparcialidad de quienes ejerzan tareas sancionatoiras dentro de la Contraloría es indispensable. Quien resuelva sancionar no debe tener preservada la posibilidad de ejercer esta función sin mayor injerencia externa o interna. Su sistema de nombramiento o de sustitución, entre otras condiciones, deben ser rigurosamente cuidadas. Una rígida división de tareas entre quienes fiscalizan y quienes sancionan también debe sostenerse a rajatabla.La demanda es infundada en este extremo, pero con estos recaudos.

Legalidad y tipicidad de las sanciones administrativas

54. Ahora bien, reconocer que una entidad de la Administración cuenta con competencias para ejercer la potestad sancionadora, no implica que esta pueda hacerlo de cualquier manera. Tal como se ha señalado, en un Estado Constitucional, el ejercicio de las competencias asignadas a toda entidad de la Administración debe sujetarse a lo previsto por la Constitución y el ordenamiento jurídico en su conjunto. En concreto, la potestad administrativa sancionadora, en tanto supone una posible incidencia negativa, directa, concreta y sin justificación razonable en la situación jurídica de un individuo, para ejercerse de manera legítima, debe ser respetuosa de los derechos fundamentales y de los principios que informan el Derecho administrativo sancionador reconocidos por nuestro ordenamiento jurídico.

55. Así, debe atenderse a que las medidas sancionatorias que pueda imponer la Contraloría General a cualquier funcionario o servidor público, debe ser el resultado de un procedimiento administrativo sancionador en el cual se respete el debido procedimiento, tal como ha reconocido este Tribunal Constitucional (STC Exp. n.° 4289-2004-AA, f.j. 2 y 3; STC Exp. n.° 0023-2005-AI, f.j. 4), y a nivel Interamericano, la Corte IDH,de acuerdo con lo señalado en el caso Ricardo Baena y otros v. Panamá.

56. Asimismo, la potestad de la Contraloría General de la República para imponer sanciones a los servidores y funcionarios públicos, no puede desconocer que, entre otros, debe respetar los principios de legalidad y tipicidad. Así, el artículo 2, inciso 24, literal d) de la Constitución 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". Si bien dicha disposición, que inicialmente puede entenderse como referida al ámbito penal, debe ser interpretada en la medida en que se refiere a expresiones del *ius puniendi* del Estado en general, lo que incluye también la potestad para imponer sanciones ante faltas o inconductas de carácter administrativo.

57. A mayor abundamiento, el inciso 1 del artículo 246 del Texto Único Ordenado de la Ley 27444, establece que el principio de legalidad es un principio de la potestad administrativa sancionadora. Asimismo, el artículo 9, literal f) de la Ley 27785, establece que las competencias de control por parte de Contraloría se rigen por el principio de legalidad. Del mismo modo, el artículo 51 de la Ley 29662 dispone que el procedimiento para imponer sanciones por responsabilidad administrativa funcional, seencuentra sujeto a los principios de legalidad y debido procedimiento(debido proceso).

58. El principio de legalidad en el marco de la potestad administrativa sancionadora, se encuentra referido a que debe observar la reserva de ley. Dicho con otras palabras: que la potestad para imponer sanciones por parte de una entidad de la Administración determinada, debe encontrarse prevista por una norma con rango de ley. En ese sentido, la ley (en sentido material), debe establecer cuál es la autoridad competente para imponer la sanción, así como la determinación de qué sanción es aplicable a quien incurre en ciertos ilícitos administrativos[12]. Esta determinación debe incluir precisiones sobre sus márgenes de aplicación, cantidad, duración, etcétera.

12 IVANEGA, Miriam. "Consideraciones acerca de las potestades administrativas en general y de la potestad sancionadora". En: *Revista de Derecho Administrativo.* Nº. 4, Lima, 2008, pp. 116 y 117.

59. Del mismo modo, el principio de legalidad supone una prohibición: las infracciones y sanciones no pueden ser establecidas a través de reglamentos. Ahora bien, ello no impediría que, a través de un reglamento se pueda especificar o graduar las sanciones, siempre que, a través de este no se creen las sanciones[13], aún cuando admito que esto último sea también discutible.

60. En este punto, y debe distinguirse entre el principio de legalidad y el de tipicidad o taxatividad (en realidad subprincipio de legalidad), el cual se encuentra recogido en el inciso 4 del artículo 246 del Texto único Ordenado de la Ley 27444 como un principio de la potestad sancionadora de la administración. Este ha sido entendido como un subprincipio contenido en el principio de legalidad, el cual se encuentra referido de manera específica a que las infracciones deben encontrarse claramente determinadas por la ley, de tal forma que se pueda conocer, de manera previa, la conducta que acarree una sanción administrativa (STC Exp. n.° 02192-2004-AA/TC f.j. 5, segundo párrafo; STC Exp. n.° 00197-2010-PA, f.j. 6; STC Exp. n.° 00156-2012-PHC, f.j. 9; STC Exp. n.° 00206 2013-PA/TC, f.j. 17).

61. Así las cosas, para un cabal respeto de la tipicidad, debe atenderse al concepto de tipificación exhaustiva, lo cual implica observar lo siguiente:

a. Reserva de ley para la descripción de las conductas pasibles de sanción por la administración,

b. Certeza en la descripción de conductas sancionables (lo que se aprecia caso a caso),

c. Interdicción de interpretación extensiva o análoga de la conducta infractora[14].

62. Ahora bien, y en línea con lo ya señalado, si bien será la ley o la norma con ese rango la encargada de describir la conducta infractora, lo cual supone la proscripción de las llamadas "leyes sancionadoras en blanco", se admite que estas puedan ser precisadas por vía reglamentaria. Así, corresponderá a la ley estable-

13 MARTIN, Richard. "Nuevos rumbos del procedimiento administrativo sancionador: la reforma del procedimiento sancionador del OEFA a la luz de la Ley N° 30011". En: *Revista de Derecho Administrativo*. Nº 14, Lima, 2014. p. 503; DANÓS, Jorge. "Notas acerca de la potestad sancionadora de la Administración pública". En: *Ius et Veritas.* Nº. 10, Lima, 1995. p. 153.

14 MORÓN, Juan Carlos. "Los principios delimitadores de la potestad sancionadora de la Administración pública en la ley peruana". pp. 6 a 10. En: http://www.mpfn.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2271_los_principios_de_la_potestad_sancionadora_de_la_administracion_en_la_ley_peruana.pdf

cer los elementos básicos de la conducta infractora, pudiendo incluso emplear conceptos jurídicos indeterminados, siempre que los alcances de los mismos gocen de una cierta claridad, y puede remitir a un reglamento, la regulación de los detalles relativos a la conducta[15].

63. En ese sentido, no se cumplirá con una necesaria tipicidad si a través de la ley se remite al reglamento la descripción de la conducta, limitándose a señalar solamente, de manera genérica, que constituirá infracción cualquier contravención a los mandatos establecidos por el ordenamiento jurídico[16]. Así, el Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente:

> "Este principio exige la precisa definición de la conducta que la ley o norma con rango de ley considera como delito o falta, es decir, que la vaguedad en la definición de los elementos de la conducta incriminada termina vulnerando este principio. […]"(STC Exp. n.° 00156-2012-PHC,f.j. 9, segundo párrafo).

64. En el caso que ha sido presentado a este Tribunal, tal como se señala en la ponencia, se han introducido infracciones que no cuentan con el rigor exigible para este tipo de actuaciones. Es así que fórmulas como "incumplir las disposiciones que integran el marco legal aplicable a las entidades" o "incurrir en cualquier acción u omisión que suponga la transgresión grave de los principios, deberes y prohibiciones señalados en las normas de ética y probidad de la función pública", son excesivamente genéricas, a tal punto que incluso en el segundo ejemplo ya existe un conjunto normativo, el Código de Ética de la Función Pública, que concreta las mismas aspiraciones.

65. Coincido con quienes señalan que en este extremo se ha incurrido en vicios de inconstitucionalidad, y que la demanda es fundada. Ahora bien, y sin perjuicio de todo lo hasta aquí señalado, siento también necesario hacer presente mi preocupación por el diseño y sobre el ejercicio de las competencias sancionadoras por la Contraloría. Debe tomarse en cuenta que, en lo referido al diseño de estas competencias, en principio, y aun reconociendo que puede haber una interpretación conforme a la Constitución (entendida en forma convencionalizada), técnicamente es por lo menos discutible que quien audita sancione directamente y más aun con una sanción de inhabilitación. Yo, por cierto, no hubiese votado

15 GALLARDO, María. Los principios de la potestad sancionadora. Teoría y práctica. Editorial IUSTEL, Madrid,2008, p. 45; CASSAGNE, Juan Carlos. Derecho Administrativo, Tomo II. Sétima edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2002. p. 448.

16 DANÓS, Jorge. Op. cit. p. 153.

a favor de aprobar una normativa con dichos alcances. Sin embargo, el juez(a) constitucional no está para consagrar sus gustos o pareceres, sino para asegurar que se actúe dentro de parámetros constitucionales (convencionalizados), y por ende, aunque discrepe con una alternativa ya asumida, tengo que aceptarla, si la misma puede ser entendida conforme a lo previsto en el texto constitucional, lo desprende de él o se proyecta de su lectura convencionalizada.

66. Coincido, entonces, con quienes señalan que lo que hubiese sido más oportuno técnicamente no era incluir un régimen de responsabilidad funcional como el establecido en la ley impugnada, sino fortalecer un régimen disciplinario (dotándole, por ejemplo, de un mejor catálogo de infracciones, entre otras medidas). Me preocupa sobremanera, al igual que a muchos, y por citar otro ejemplo, el vía crucis que deben pasar aquellos funcionarios que deben acudir al proceso contencioso administrativo para enfrentar una inhabilitación muchas veces por meras formalidades. Por ello, vaya este texto para exhortar al Congreso de la República a replantear algunos alcances de lo hoy vigente, y a la misma Contraloría a manejarse con mayor cuidado de los derechos fundamentales en ejercicio de su potestad sancionadora.

67. Lo que resulta ya absolutamente insostenible, digo con todo respeto, es cómo se da el ejercicio de estas competencias. Sin duda alguna, no encuentro interpretación conforme a la Constitución de alguna de las sanciones previstas. Ello obliga a señalar siquiera unas palabras sobre las sanciones impuestas al amparo de esta normativa.

68. La situación allí es clara: si alguien fue sancionado con una normativa cuya inconstitucionalidad luego ha sido declarada, puede volver a ser procesado y eventualmente sancionado si su conducta todavía constituye una infracción, y allí no opera la prescripción. Si el comportamiento es cuestión no fuese sancionable, no cabría un resarcimiento por vía de amparo, ya que los(as) funcionarios aplicaron normas que en su momento se consideraban constitucionales. Ello no libera de recurrir a otras vías para conseguir la reparación del daño ocurrido

El principio de reserva de jurisdicción de materia de limitación de los derechos políticos

69. En el proyecto de sentencia se señala, siguiendo el parámetro de convencionalidad conformado por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en especial el caso López Mendoza vs. Venezuela), y la propia Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 23.2), que una medida de inhabilitación establecida por la Contralaría sería inconstitucional si, al limi-

tar el ejercicio de la función pública, dicha potestad se extiende a la imposibilidad de ejercer los derechos políticos contenidos en el Capítulo III del Título I de la Constitución, y más específicamente, a acceder a cargos públicos de elección popular.

70. Es cierto que la sentencia de mayoría habilita la posibilidad de que la Contraloría General de la República pueda establecer inhabilitaciones al derecho de acceso a la función pública con base en su potestad sancionadora. Ahora bien, también puede argumentarse loque establece la Constitución en su artículo 33, sobre la limitación judicial del ejercicio de la ciudadanía. En efecto, conforme a esta, es posible interpretar que los derechos políticos se benefician de una "reserva de jurisdicción" al momento de querer imponérseles límites o restricciones (cfr. SSTC Exp. n.° 09285-2006-AA, f. j. 4; Exp. n.° 00008-2012-AI, f. j. 26; Exp. n.° 00019-2009-AI, f. j. 57; Exp. n.° 00025-2010-PI, f. j. 12).

71. De manera más específica, corresponde precisar que, como correlato de esta "reserva de jurisdicción", las autoridades administrativas no pueden establecer restricciones al ejercicio de estos derechos, ya quedichas restricciones únicamente pueden emanar legítimamente de sentencias judiciales. Es más, conforme dispone la propia Norma fundamental, tales restricciones pueden provenir tan solo de sentencias judiciales de interdicción, con pena privativa de la libertad o con inhabilitación de derechos políticos. Siendo así, la Contraloría General de la República –al ser una autoridad administrativa– no podría imponer sanciones que limiten derechos políticos, pues ello sería contrario a la "reserva de jurisdicción" prevista en este ámbito iusfundamental, como ya fue indicado.

72. Aunado a ello, y a mayor abundamiento, veo que una regulación como la aquí analizada debería llevar, a quienes deseen cuestionar una sanción de inhabilitación, a acudir, por ejemplo, a la vía contencioso administrativa para discutir la constitucionalidad y legalidad de dicha medida. Sin embargo, en el contexto que acabo de indicar, es decir, en el cual los derechos políticos tienen a su favor una "reserva de jurisdicción",resulta irrazonable que, además de que la medida de inhabilitación haya surgido ya indebidamente por parte de la autoridad administrativa, el caso finalmente deba terminarse ventilando en sede judicial si quiere revertirse la medida, cuando más bien es precisamente desde un principio que en dicha sede debió surgir cualquier eventual restricción a los derechos políticos,. Ello además debió darse en el marco de un proceso orientado a la determinación de responsabilidades. No encuentr sustento constitucional a lo previsto en la normativa impugnada, pues considero que la inhabilitación es una decisión que debe tomarse en sede jurisdiccional. Con ello no se recorta

la posibilidad de sancionar, sino que se la canaliza dentro del espacio correspondiente.

73. En pues en mérito a todo lo aquí expuesto, y ante la imposibilidad de preservar la presunción de inconstitucionalidad de la inhabilitación en sede administativa solamente cabe establecer a la brevedad los correctivos a la normativa correspondiente. Y frente a situaciones de inhabilitación como las ya debatidas e incluso aplicadas, opera en líneas generales lo señalado en el fundamento 68 de este voto, correspondiendo buscar revertirse las inhabilitaciones ya en aplicación por la vía correspondiente, y dejando abierto el canal procesal específico para reclamar por el daño eventualmente que se haya ocasionado.

A modo de síntesis

74. Luego de todo lo expuesto, toca, a modo de conclusión, señalar lo siguiente:

A. Me ratifico en declarar fundada en parte la demanda, pero añado algunas consideraciones a continuación.

B. Independientemente de mis discrepancias técnicas con la alternativa asumida, reconozco que es factible una interpretación conforme a la Constitución (entendida a su vez dentro de un parámetro convencionalizado) que, además de lo señalado en la sentencia, en aras de cumplir con nuestros compromisos internacionales de lucha contra la corrupción, permita habilitar cobertura constitucional al otorgamiento de potestades sancionadoras a la Contraloría General de la República, en el Perú.

C. Considero que algunas de las sanciones previstas no tienen sustento constitucional, y ello debe llevar a tomar recaudos como los previstos en el fundamento 68 de este voto.

D. Considero que nos hay sustento constitucional para una inhabilitación en sede administrativa como la prevista en esta ley, y ello debe llevar a tomar recaudos como las previstas en el fundamento 72 de este voto.

E. Finalmente, convendría exhortar entonces al Congreso de la República a replantear algunos alcances de la normativa hoy vigente, y a la misma Contraloría a manejarse con mayor cuidado de los derechos fundamentales en ejercicio de su potestad sancionadora.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

EXP. N° 00020-2015-PI/TC
COLEGIO DE ABOGADOS DE AREQUIPA
Representado (a) por ALFREDO ÁLVAREZ DÍAZ – DECANO

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI, OPINANDO QUE LA DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD DEBE DECLARARSE FUNDADA EN TODOS SUS EXTREMOS Y, EN CONSECUENCIA, INCONSTITUCIONAL LA LEY 29622 Y, POR CONEXIDAD, LOS ARTÍCULOS 41, 42, 43 Y 44 DE LA LEY 27785, LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTROL Y DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

Con el debido respeto a mis distinguidos colegas Magistrados, discrepo de la sentencia de mayoría, por cuanto, a mi juicio, debe declararse fundada la demanda de inconstitucionalidad en todos sus extremos y, adicionalmente, inconstitucionales por conexidad los artículos 41, 42, 43 y 44 de la Ley 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional del Control y de la Contraloría General de la República, toda vez que desbordan grotescamente el artículo 82 de la Constitución Política del Perú que al consagrar la Contraloría General de la República como entidad descentralizada de Derecho Público, que goza de autonomía de acuerdo a su ley orgánica y que es el órgano superior del Sistema Nacional de Control, le confiere únicamente la competencia de supervisar la legalidad del presupuesto público, de las operaciones de la deuda pública y de los actos de las instituciones sujetas a control; y no competencia alguna sancionatoria, como si lo hacen inconstitucionalmente las precitadas disposiciones legales. Así:

- La Ley 29622, Ley que modifica la Ley 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional del Control y de la Contraloría General de la República, y ha ampliado las facultades en el proceso para sancionar en materia de responsabilidad administrativa, y su modificatoria, la Ley 30742, desbordan lo previsto en el artículo 82 de la Constitución Política del Perú, que no le ha atribuido potestades sancionadoras a la Contraloría General de la República;

- La Ley 29622, Ley que modifica la Ley 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional del Control y de la Contraloría General de la República, y su modificatoria, la Ley 30742, atenta contra la autonomía e independencia de los poderes del Estado, los demás órganos constitucionales autónomos y los gobiernos locales y regionales; y viola el equilibrio de poderes; y
- Los artículos 41, 42, 43 y 44 de la Ley 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional del Control y de la Contraloría General de la República, exceden también la voluntad del Legislador Constituyente pues contemplan también potestades sancionadoras a la Contraloría General de la República.

La fundamentación del presente voto singular la efectúo 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. Mi posición puntual respecto a las normas impugnadas y las normas que deben ser declaradas inconstitucionales por conexidad
7. El sentido de mi voto

A continuación, desarrollo dicho esquema siguiendo la misma numeración temática:

1. 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, una vez más, 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.

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 II del Título Preliminar 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."

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 inconstitucionalidad, considero necesario hacer una breve referencia a dicho proceso y a los conceptos de constitucionalidad y de análisis de constitucionalidad; este último en cuanto instrumento básico para determinar la presencia o no de infracción constitucional.

2.1 El Proceso de 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 hiper-

interés 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 conceptuación.

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

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

Antes de ingresar propiamente al análisis de constitucionalidad, debo referirme a las normas impugnadas.

En la demanda de inconstitucionalidad se plantean una serie de cuestionamientos contra la Ley 29622, que incorpora diversas disposiciones a la Ley 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, en adelante LOCGR, las mismas que en esencia están referidas a la ampliación de facultades a la Contraloría General de la República, en adelante CGR, para investigar

y sancionar a los funcionarios y servidores públicos en materia de responsabilidad administrativa funcional.

Así, la parte demandante solicita la inconstitucionalidad del artículo 45 de la LOCGR, incorporado por el artículo 1 de la Ley 29622 objetada, por contravenir, a su juicio, el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en adelante CADH, que se refiere al principio de progresividad de derechos sociales. Si bien alega la inconstitucionalidad del texto íntegro de dicha disposición, de los argumentos expuestos en la demanda se advierte que en puridad el extremo impugnado está referido al siguiente texto normativo:

> **Artículo 45.- Competencia de la Contraloría General**
>
> La Contraloría General ejerce la potestad para sancionar por cuanto determina la responsabilidad administrativa funcional e impone una sanción derivada de los informes de control emitidos por los órganos del Sistema.
>
> La referida potestad para sancionar se ejerce sobre los servidores y funcionarios públicos a quienes se refiere la definición básica de la novena disposición final, con prescindencia del vínculo laboral, contractual, estatutario, administrativo o civil del infractor y del régimen bajo el cual se encuentre, o la vigencia de dicho vínculo con las entidades señaladas en el artículo 3, salvo las indicadas en su literal g)
>
> (…).

Tal parte sostiene que el artículo 45 de la LOCGR, incorporado por la Ley 29622 resulta inconstitucional puesto que otorga facultades sancionadoras a la CGR para sancionar a los funcionarios y servidores públicos por responsabilidad administrativa funcional. Agrega que tal sistema sancionador resulta menos garantista que el sistema anterior, en el que las actividades de investigación y de fiscalización estaban a cargo del Órgano de Control Interno - OCI de cada entidad o la CGR, y la función sancionatoria correspondía al titular de cada entidad.

Por su parte, el Congreso de la República afirma que la potestad sancionadora otorgada a la CGR para determinar la responsabilidad administrativa funcional de los funcionarios y servidores públicos contribuye a la lucha contra la corrupción y surge como consecuencia de que el sistema anterior no era eficiente debido a la ausencia de sanciones a los funcionarios que incurrían en dicha responsabilidad. Los titulares de cada entidad, ya sea por negligencia o dolo, no implementaban los informes de control de la CGR en el tiempo adecuado, por lo que los funcionarios y servidores investigados se acogían a la prescripción, o les reducían las sanciones o, inclusive, eran

absueltos. Añade que a diferencia de lo que afirma la parte demandante este sistema no es menos garantista que el sistema anterior, todo lo contrario, se trata de un sistema que regula un procedimiento sancionador que respeta el debido proceso.

A mi juicio, cuando la parte demandante sostiene que la atribución de las potestades sancionadoras a la CGR constituye "(...) un acto de regresividad de derechos y garantías efectuado por el Estado, en el sentido que el nuevo sistema sancionador implantado en virtud de la Ley 29622 es notoriamente menos garantista que el anterior", en realidad no denuncia la violación del principio de progresividad contenido en el artículo 26 de la CADH que se refiere a los derechos sociales(como se interpreta de la sentencia de mayoría), puesto que la materia que aquí se discute es de naturaleza distinta, sino que más bien la pretensión está dirigida a cuestionar la ampliación de la potestad sancionadora de la CGR para sancionar a los servidores y funcionarios públicos por responsabilidad administrativa funcional.

En efecto, la Ley 29622 objetada al incorporar el subcapítulo II (artículos 45-60) en el capítulo VII del título III de la LOCGR lo que hace es ampliar la potestad sancionadora de la CGR que hasta entonces solo podía sancionar por infracciones al ejercicio de control y no por responsabilidad administrativa funcional. Así pues, el artículo 41 de la LOCGR solo regulaba la competencia de la CGR para "aplicar directamente sanciones por la comisión de las infracciones que hubieren cometido las entidades sujetas a control, sus funcionarios y servidores públicos, las sociedades de auditoría y las personas jurídicas y naturales que manejen recursos y bienes del Estado, o a quienes haya requerido información o su presencia con relación a su vinculación jurídica con las entidades".

De otro lado, la parte demandante también solicita la inconstitucionalidad del artículo 46 de la LOCGR, incorporado por el artículo 1 de la Ley 29622 objetada, por contravenir, a su juicio, el principio de legalidad reconocido en el artículo 2, inciso 24, literal d), de la Constitución. La disposición legal impugnada preceptúa el siguiente texto normativo:

> **Artículo 46.- Conductas infractoras**
>
> Conductas infractoras en materia de responsabilidad administrativa funcional son aquellas en las que incurren los servidores y funcionarios públicos que contravengan el ordenamiento jurídico administrativo y las normas internas de la entidad a la que pertenecen. Entre estas encontramos las siguientes conductas:
>
> a) Incumplir las disposiciones que integran el marco legal aplicable a las entidades para el desarrollo de sus actividades, así como las dis-

posiciones internas vinculadas a la actuación funcional del servidor o funcionario público

b) Incurrir en cualquier acción u omisión que suponga la transgresión grave de los principios, deberes y prohibiciones señalados en las normas de ética y probidad de la función pública.

c) Realizar actos persiguiendo un fin prohibido por ley o reglamento

d) Incurrir en cualquier acción u omisión que importe negligencia en el desempeño de las funciones o el uso de estas con fines distintos al interés público.

El reglamento describe y especifica estas conductas constitutivas de responsabilidad administrativa funcional (graves o muy graves) que se encuentran en el ámbito de la potestad para sancionar de la Contraloría General. Asimismo, el procesamiento de las infracciones leves será de competencia del titular de la entidad.

El colegio profesional demandante sostiene que el artículo 46 de la LOCGR, incorporado por la Ley 29622, resulta inconstitucional por cuanto las conductas infractoras en materia de responsabilidad administrativa funcional han sido establecidas de manera genérica e imprecisa, por lo que impiden a los funcionarios y servidores públicos sometidos a investigación conocer la infracción cometida, lo cual contraviene el principio de legalidad. Según sostiene, dicha imprecisión en la tipificación de las infracciones también se reitera en el texto del Reglamento de la Ley 29622.

El Congreso de la República, por su parte, afirma que ninguna de las infracciones previstas en el artículo 46 de la LOCGR, incorporadas por la Ley 29622, vulneran el principio de legalidad en su dimensión de taxatividad, en la medida en que la tipificación de tales infracciones a través de cláusulas abiertas es permitida, siempre y cuando se complementen con la reglamentación correspondiente, como sucede en este caso, con el Reglamento de la Ley 29622, que detalla lo dispuesto en las infracciones previstas en el referido artículo 46. Agrega que, sobre la alegada indeterminación de las infracciones contempladas en el reglamento, la tipificación precisa de las conductas no es posible, especialmente en materia administrativa sancionadora.

Adicionalmente, el Colegio demandante también solicita la inconstitucionalidad del artículo 46 de la LOCGR, incorporado por el artículo 1 de la Ley 29622 objetada, por contravenir, a su juicio, el principio de *ne bis in idem* derivado del debido proceso reconocido por el artículo 139, inciso 3, de la Constitución.

Arguye que las conductas infractoras previstas en el artículo 46 de la LOCGR, incorporado por la Ley 29622, es inconstitucional, toda vez que debido a su imprecisión y generalidad podrían confundirse con otras infracciones previstas en la legislación del empleo público, así como en los delitos, vulnerando la prohibición de doble incriminación por acto único o principio *ne bis in idem*. El Congreso de la República no ha contestado este extremo de la demanda.

El Colegio demandante también solicita la inconstitucionalidad del artículo 47, inciso 1, literal a), de la LOCGR, incorporado por el artículo 1 de la Ley 29622, por contravenir, a su juicio, el derecho de acceso a la función pública reconocido en el artículo 23, inciso 1, literal c) e inciso 2, de la CADH y el artículo 25, inciso c) del PIDCyP. La disposición legal impugnada expone el siguiente texto normativo:

> **Artículo 47.- Tipos de sanciones**
>
> 1. Las infracciones de responsabilidad administrativa funcional que fueron referidas en el artículo 46 dan lugar a la imposición de cualquiera de las siguientes sanciones:
>
> a) Inhabilitación para el ejercicio de la función pública de uno (1) a cinco (5) años
>
> (…).

La parte demandante sostiene que el artículo 47, inciso 1, literal a) de la LOCGR, incorporado por la Ley 29622, es inconstitucional, puesto que permite que la sanción de inhabilitación para el ejercicio de la función pública pueda ser impuesta por un órgano administrativo como es la CGR y no por un órgano jurisdiccional, lo cual contraviene el derecho de acceso a la función pública en su dimensión de permanencia, reconocido en el artículo 23, inciso 1, literal c) e inciso 2, de la CADH y en el artículo 25, literal c), del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos - PIDCyP. La parte demandada se limitar a sostener que el otorgamiento de potestades sancionadoras a la CGR respeta lo señalado en el artículo 230 de la LPAG, ya que se realiza a través de una norma con rango de ley -Ley 29622-, que modificó la LOCGR.

El demandante también solicita la inconstitucionalidad del artículo 47, inciso 1, literal a) de la LOCGR, incorporado por el artículo 1 de la Ley 29622, por contravenir, a su juicio, el principio de proporcionalidad derivado de los artículos 3, 43 y 200 de la Constitución.

La parte demandante sostiene que el artículo 47, inciso 1, literal a) de la LOCGR es inconstitucional, por cuanto no existe proporcionalidad entre la sanción de inhabilitación a cargo de la CGR y la sanción de inhabilitación para los delitos contra la

administración pública, puesto que en el primer caso la duración de la misma puede ser de 1 año como mínimo, mientras que en el segundo caso, a pesar de tratarse de hechos más graves, la inhabilitación tiene una vigencia mínima de 6 meses.

El Congreso de la República afirma que la sanción de inhabilitación tiene carácter excepcional y se aplica únicamente para las infracciones consideradas muy graves, lo cual niega la desproporcionalidad que alega la parte demandante. Además, de imponerse la sanción, es posible la impugnación ante el Tribunal Constitucional de Responsabilidades Administrativas - TSRA en el procedimiento administrativo sancionador, y, finalizada esta etapa, puede acudir al Poder Judicial vía proceso contencioso administrativo.

6. Mi posición puntual respecto a las normas impugnadas y las normas que deben ser declaradas inconstitucionales por conexidad

Hechas las precisiones previas, corresponde en esta parte del voto exponer mi posición puntual discrepante de la sentencia de mayoría, la que no analiza algo que estimo de vital importancia: si de acuerdo a la Constitución la CGR tiene facultades administrativas sancionatorias. Por el contrario, tal sentencia da por hecho que tales facultades se derivan de las competencias asignadas a la CGR por la Constitución y efectúa el análisis de constitucionalidad a partir de esta premisa, que considero errada por las razones que más adelante detallo.

Como ya sostuve, el examen de constitucionalidad debe partir siempre desde la óptica del Legislador Constituyente de la Carta de 1993. Vale decir, desde su intencionalidad y demás aspectos que finalmente plasmó en el Texto Constitucional y que se desprenden de este. Del espíritu mismo de la Constitución, y no a partir de un enfoque distorsionado que, desde el comienzo, deja por sentado que la facultad para sancionar de la CGR se enmarca dentro de lo constitucionalmente posible y la da por válida. Es decir, que presupone que tal atribución es legítima y constitucional.

Sobre el particular, reitero que no debe descuidarse en el análisis ni el eje de preocupación ni el ángulo de observación que informan al juez constitucional en los procesos constitucionales, se trate de los que velan por la vigencia efectiva de los derechos fundamentales o de los que protegen la jerarquía normativa de la Constitución.

En el presente caso, el eje de preocupación está orientado a garantizar la primacía de la Constitución que se alega afectada por infracciones normativas infraconstitucionales. En esa dirección, corresponde verificar si nuestra Carta Fundamental ha sido contradicha, transgredida, desbordada o vaciada de contenido por los artículos 45, 46, 47.1 y 51 de la Ley 29622, por la Ley 29622 en su integridad o por leyes complementarias y/o conexas. Esto es, corresponde corroborar si tal garantía ha sido quebrantada.

Por su parte, el ángulo de observación en este proceso debe partir del antedicho *telos* constitucional, esto es, de la voluntad y filosofía que han inspirado al Constituyente, lo que obliga al supremo intérprete a entender lo que ha querido este al contemplar a la CGR, dejándose de lado, evidentemente, cualquier ángulo de observación que parta, por ejemplo, de las buenas intenciones que pudo haber tenido el legislador al momento de debatir y aprobar la ley que se cuestiona. Es el legislador ordinario, y esto lo subrayo, el que se encuentra limitado inexorablemente por la voluntad del Constituyente yno al contrario, por lo que, sin excepciones, prima siempre la voluntad de este último sobre el primero.

Así las cosas, creo firmemente que debe escudriñarse en primer ordenel sentido del dispositivo que en nuestra actual Constitución ha consagrado a la CGR, a fin de determinar a cabalidad cuál ha sido la intención del Constituyente, qué naturaleza tiene este órgano y, sobre todo, hasta donde llegan sus límites.

Estimo, asimismo, que debe hacerse una interpretación sistemática y finalista de nuestra Constitución y, como corresponde, aplicar los principios de interpretación reconocidos muchísimas veces en la jurisprudencia constitucional, como el de corrección funcional, concordancia práctica, función integradora, unidad de la Constitución y fuerza normativa de la Constitución; los mismos que sirven de herramientas útiles cuando se realiza el control de la constitucionalidad de las normas.

Expuestas estas consideraciones, señalo que el artículo 82 de la Constitución Política del Perú, que contempla a la CGR, señala expresamente lo siguiente:

> Artículo 82.- La Contraloría General de la República es una entidad descentralizada de Derecho Público que goza de autonomía conforme a su ley orgánica. Es el órgano superior del Sistema Nacional de Control. Supervisa la legalidad de la ejecución del Presupuesto del Estado, de las operaciones de la deuda pública y de los actos de las instituciones sujetas a control. El Contralor General es designado por el Congreso, a propuesta del Poder Ejecutivo, por siete años. Puede ser removido por el Congreso por falta grave.

De tal artículo constitucional se desprende puntualmente que:

- La Contraloría General de la República es una entidad descentralizada de Derecho Público que goza de autonomía;
- Es el órgano superior del Sistema Nacional de Control;
- Supervisa la legalidad de la ejecución del Presupuesto del Estado;
- Supervisa la legalidad de las operaciones de la deuda pública;

- Supervisa la legalidad de los actos de las instituciones sujetas a control;
- El Contralor General, quien dirige la CGR, es designado por el Congreso, a propuesta del Poder Ejecutivo, por siete años; y
- El Contralor General puede ser removido por el Congreso por falta grave.

Cabe precisar que el artículo 12 de la LOCGR, señala que el Sistema Nacional de Control, al cual hace referencia el dispositivo constitucional, es el conjunto de órganos de control, normas, métodos y procedimientos, estructurados e integrados funcionalmente, destinados a conducir y desarrollar el ejercicio del control gubernamental en forma descentralizada. Y añade que su actuación comprende todas las actividades y acciones en los campos administrativo, presupuestal, operativo y financiero de las entidades y alcanza al personal que presta servicios en ellas, independientemente del régimen que las regule.

En este punto, hago hincapié en que el propósito del Constituyente al crear la CGR ha sido indudable: crear un órgano constitucionalmente autónomo, como órgano superior del referido Sistema Nacional de Control, que se encargue de velar porque la ejecución del Presupuesto Público, las operaciones de la deuda pública y los demás actos sujetos a control de las entidades públicas se ajusten a la legalidad. Vale decir, que verifique que la gestión pública de las entidades sujetas a control se realice dentro de un marco de pleno respeto de la normatividad correspondiente.

Su función principal es, entonces, la de vigilar los actos y resultados de tal gestión y emitir informes de control y recomendaciones que surgen luego de detectar irregularidades y responsabilidades de funcionarios y servidores públicos. No siendo acorde con su naturaleza la de sancionar a tales funcionarios o servidores, pues eso escapa de las atribuciones expresas conferidas por la Constitución, ya que esta alude a "supervisar", lo que es muy distinto que "sancionar".

Según la RAE "supervisar" significa "Ejercer la inspección superior en trabajos realizados por otros" (véase http://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=supervisar) y es equiparable a sinónimos como los de controlar, inspeccionar, vigilar, observar, comprobar, revisar, examinar o verificar. No a palabras como las de sancionar, punir, castigar, condenar, inhabilitar o penar, que tienen que ver con potestades para detectar infracciones y además para castigarlas.

A este respecto, si el Legislador Constituyente hubiese querido que la CGR tenga potestades sancionadoras entonces lo hubiese así expresado en la Carta Fundamental, empero, como puede verse, esto no ha ocurrido. Tampoco puede razonablemente reconocerse como atribuciones derivadas aquellas que no resulten necesarias para el ejer-

cicio de las expresamente señaladas. A mi juicio, para que la CGR pueda cumplir con el objetivo que le encomienda el artículo 82 de la Constitución -supervisar la legalidad de la ejecución del Presupuesto del Estado, de las operaciones de la deuda pública y de los actos de las instituciones sujetas a control- no es necesario contar con facultades sancionadoras, pues para ello resultan competentes las propias entidades autónomas.

En definitiva, la CGR es un órgano vigilante y sus facultades se agotan en los límites impuestos por la Constitución, la que, lo recalco, **NO LE HA ATRIBUIDO POTESTADES SANCIONADORAS**, por lo que cualquier normativa infraconstitucional que regule tales potestades configura un manifiesto desborde de los límites normativos impuestos, que es transgresor de la voluntad del Legislador Constituyente y de la filosofía que lo inspiró al concebir este órgano de control. Una innegable infracción directa y de fondo que vicia de inconstitucionalidad la norma cuestionada.

Esto es lo que sucede, íntegramente, con la Ley 29622, Ley que modifica la Ley 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, y ha ampliado las facultades en el proceso para sancionar en materia de responsabilidad administrativa, y su modificatoria, la Ley 30742[17], que sigue la misma lógica, pues, evidentemente, exceden lo previsto en el precitado artículo 82 de la Constitución. Pero no solo eso, pues también atenta contra la autonomía e independencia de los poderes del Estado, los demás órganos constitucionales autónomos y los gobiernos locales y regionales, violando el equilibrio de poderes.

El principio de corrección funcional, al que me he referido anteriormente, 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 se encuentre plenamente garantizado (Cfr., entre otras, la STC 5854-2005-PI/TC, fundamento 12). En tal sentido, una interpretación que de plano consienta en que la CGR tiene facultades sancionatorias cuando la Constitución no lo dice, entra en abierta discrepancia con el citado principio, pues implica desvirtuar completamente el cuadro de asignación de competencias otorgadas por la Constitución a cada órgano del Estado.

Se trata, entonces, de una interpretación que desnivela las competencias y funciones y que, por tanto, es perniciosa para el Estado Constitucional.

---

17 La Ley 30742, Ley de Fortalecimiento de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control, publicada el 28 de marzo de 2018, es decir, con posterioridad a la interposición de la demanda que dio inicio al presente proceso de inconstitucionalidad, modificó, entre otros, el artículo 45 de la Ley 27785, LOCGR, señalando, en puridad, que la potestad sancionadora de la CGR recae también sobre autoridades elegidas democráticamente, como alcaldes y gobernadoresregionales.

De otra parte, el principio de función integradora informa que el "producto" de la interpretación solo podrá ser considerado como válido en la medida que contribuya a integrar, pacificar y ordenar las relaciones de los poderes públicos entre sí y las de estos con la sociedad (Cfr., entre otras, la STC 5854-2005-PI/TC, fundamento 12). En ese orden, es evidente que una interpretación como la mencionada, que atribuye potestades sancionatorias a la CGR, no puede ser considerada válida en tanto no contribuye a integrar, pacificar y ordenar las relaciones de los poderes públicos entre sí, sino todo lo contrario, genera tensiones entre órganos del Estado, pues afecta sus competencias y su autonomía.

En conclusión, con la norma cuestionada, que si bien podría atender a muy buenas intenciones como la de combatir la corrupción, se están desbordando los muros edificados por el Legislador Constituyente al momento de establecer los límites de cada órgano del Estado, poniendo en peligro la esencia misma del Estado Constitucional, caracterizado por el respeto de los derechos fundamentales, así como de las competencias y atribuciones de las entidades públicas, por lo que lo que corresponde es declararla inconstitucional en su totalidad.

Finalmente, 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, por lo que, en mi consideración, los artículos 41, 42, 43 y 44 de la Ley 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional del Control y de la Contraloría General de la República, deben ser declarados inconstitucionales porque exceden también la voluntad del Legislador Constituyente al contemplar también potestades sancionadoras adicionales a la Contraloría General de la República.

7. El sentido de mi voto

Por las consideraciones expuestas, mi voto es porque se declare **FUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad en todos sus extremos; en consecuencia, inconstitucional la Ley 29622, en su integridad, y, por conexidad, los artículos 41, 42, 43 y 44 de la Ley 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República.

S.

BLUME FORTINI

EXP. N.° 00020-2015-PI/TC
COLEGIO DE ABOGADOS DE AREQUIPA
Representado (a) por ALFREDO ÁLVAREZ DÍAZ – DECANO

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO RAMOS NÚÑEZ

Emito el presente voto singular porque, si bien comparto lo resuelto en los puntos resolutivos 1, 2 y 3 de la sentencia, considero que el Tribunal debió regular los efectos en el tiempo de su pronunciamiento.

a) Sobre la potestad del Tribunal Constitucional de diferir los efectos de sus pronunciamientos

En reiterada jurisprudencia, este Tribunal ha precisado que cuenta con la potestad de diferir los efectos de sus sentencias. Ahora bien, aunque el Código Procesal Constitucional no hace una mención expresa de este atributo (a excepción de los casos tributarios), no podría entenderse su función ordenadora si es que esa posibilidad no estuviera reconocida. Como se ha precisado con anterioridad, tal atributo "constituye en la actualidad un elemento de vital importancia en el Estado Constitucional, pues se difiere con el objeto de evitar los efectos destructivos que podría generar la eficacia inmediata de una sentencia que declara la inconstitucionalidad de una ley, tendiéndose a aplazar o suspender los efectos de esta" [STC 00005-2007-PI/TC, fundamento 48].

En efecto, con las primeras experiencias históricas de los tribunales constitucionales de Austria y Checoslovaquia en 1920, se estimó, por hechura de Hans Kelsen, que estas cortes debían hacer las veces de un "legislador negativo". Esto implicaba que la labor de los tribunales era la de "expulsar o mantener" las disposiciones legales. La realidad, sin embargo, trajo consigo distintos problemas que se relacionaban con la posibilidad que el remedio podía ser peor que la enfermedad, esto es, que las consecuencias de declarar la inconstitucionalidad de una ley sean más perjudiciales para la sociedad y el Estado que el hecho de mantener, al menos temporalmente, la vigencia de las disposiciones impugnadas.

En nuestra jurisprudencia, a esto se le ha denominado como *vacatio sententiae*, y ha permitido que nuestros fallos no generen caos jurídico ni social. Por ejemplo, en la

STC 00005-2007-PI/TC, cuando se examinó la constitucionalidad de la Ley N.° 28665, de organización, funciones y competencia de la jurisdicción especializada en materia penal militar policial, se precisó que esta clase de pronunciamientos permiten evitar los "efectos destructivos y lagunas normativas" que se generen a propósito de una declaratoria inmediata de inconstitucionalidad, en la que una sentencia fundada supone, *ipso iure*, la expulsión inmediata de las disposiciones impugnadas. Del mismo modo, en la STC 00006-2013-PI, se sostuvo que

> atendiendo a la importancia de los temas objeto de regulación (funciones y composición de la Comisión de Inteligencia del Congreso de la República) y para evitar las consecuencias graves que podría generar la eficacia inmediata de la presente sentencia estimatoria, el Tribunal Constitucional considera que debe establecerse una *vacatio sententiae* de los inconstitucionales artículos 36.1 y 37.1 al 37.4 del Decreto Legislativo 1141.

Como se advierte, no han sido pocas las ocasiones en las que el Tribunal ha hecho uso de esta atribución con el propósito de moderar el impacto de sus decisiones. Y esto guarda una estrecha conexión con la materia que se encuentra regulada en la disposición legal que ha sido cuestionada en el respectivo proceso de inconstitucionalidad. De este modo, considero que debe prestarse una especial atención cuando las disposiciones analizadas tienen alguna de estas características (sin que se pretenda, evidentemente, elaborar una lista taxativa): (i) disposiciones regulen el goce y ejercicio de derechos fundamentales; (ii) disposiciones que regulen la prestación de servicios públicos esenciales para la sociedad; (iii) disposiciones que regulen conductas antijurídicas, y sus respectivas sanciones; y las (iv) disposiciones que crean alguna institución o entidad, sobre todo cuando ella se encuentre ya en funcionamiento.

Respecto del punto (i), estoy convencido que la expulsión de alguna disposición que regule el goce o ejercicio de los derechos fundamentales puede generar más consecuencias perjudiciales que beneficiosas. Es cierto que estos derechos no dependen, para su adecuado ejercicio, del reconocimiento de una ley; sin embargo, en varias oportunidades son las leyes las que terminan de configurar el contenido constitucionalmente protegido de algún derecho, por lo que el Tribunal debe prestar una especial atención cuando la declaratoria de inconstitucionalidad incide en alguna de ellas.

En relación con el punto (ii), considero que el Tribunal debe tener especial precaución cuando examina la constitucionalidad de disposiciones relacionadas con la prestación de ciertos públicos esenciales (como la salud, la electricidad, el transporte o las comunicaciones), ya que el impacto de la expulsión de estas cláusulas podría afectar su

otorgamiento, particularmente en el caso de personas de escasos recursos económicos. Evidentemente, este deber especial de cautela se relaciona con aquellas disposiciones esenciales para la prestación del servicio, y no para aquellas que sean accesorias e irrelevantes para ello.

En cuanto al tercer punto (iii), es evidente que la inmediata expulsión de alguna disposición que regule el supuesto de hecho y la sanción frente a conductas antijurídicas tiene un serio impacto en la administración de justicia, pues coloca al órgano decisor en una encrucijada respecto de la norma aplicable a un caso. En efecto, la expulsión de una disposición que sanciona una conducta antijurídica nos coloca en una paradoja, ya que en la práctica se estaría habilitando la realización de la conducta prohibida al existir una laguna normativa que sería ocasionada por la sentencia del Tribunal. De este modo, lo más saludable para una correcta administración de justicia, es que en el fallo se precisen los efectos temporales de la decisión, a fin que el Congreso de la República o el órgano que hubiese sido demandado tenga la posibilidad de emitir una nueva disposición que, respetando los lineamientos fijados en la sentencia, permita subsanar los vicios que se hubiesen presentado. Lo contrario significaría despojar al órgano sancionador de aquellas herramientas indispensables para garantizar el cumplimiento de lo dispuesto en el ordenamiento jurídico. Otra salida, en la medida de lo posible, es que este Tribunal emita una sentencia interpretativa o manipulativa para evitar que los futuros procedimientos se perjudiquen por la inexistencia de una disposición para sancionar. Sin embargo, es importante recordar que el Congreso de la República y el Poder Ejecutivo son los principales y primeros responsables de esta clase de labores.

Finalmente, en lo que concierne al cuarto punto (iv), también considero que se debe tener una especial diligencia cuando se declara la inconstitucionalidad de alguna disposición que se encarga de crear o regular las pautas esenciales para el funcionamiento de una entidad, pues ello puede tener una grave incidencia no solo en la puesta en marcha de dicha institución, sino que puede implicar, entre otras cosas, que surjan distintos problemas vinculados con la situación de las personas que la integran.

b) La necesidad de diferir los efectos del pronunciamiento en el presente caso

En este caso, advierto que, como se ha planteado en la ponencia, el artículo 46 de la Ley 27785, Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, incorporada por el artículo 1 de la Ley 29622, en su totalidad, es incompatible con la Constitución. Del mismo modo, también estimo que es incons-

titucional, por conexidad, la frase "que fueron referidas en el artículo 46" del primer párrafo del artículo 47.1, literal a, de la Ley 27785, Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, incorporada por el artículo 1 de la Ley 29622.

Sin embargo, la mayoría de mis colegas ha omitido pronunciarse respecto de la necesidad de diferir los efectos de la sentencia en este caso. No debe olvidarse que lo que aquí se ha declarado inconstitucional es la regulación -defectuosa, como ya se advirtió- de conductas antijurídicas, y ello podría tener un severo impacto en los procedimientos administrativo-sancionadores que en la actualidad se encuentran en curso. Estimo que ello podría conducir a que muchas investigaciones, en las que ciertamente se cuestionen hechos lesivos de distintos bienes jurídicos, sean archivadas debido a que el sustento normativo ya no existe. La declaratoria de inconstitucionalidad de alguna disposición que regule la tipificación de faltas, delitos o hechos que ameriten sanciones administrativas no conduce a que la persona investigada se encuentre exenta de ser sometida a un proceso o procedimiento con posterioridad, lo cual debe hacerse con una nueva normatividad compatible con el plexo de principios, derechos y valores que irradia la Constitución.

Por ello, estimo que el Tribunal debió otorgar un tiempo prudente al Congreso de la República, a fin que este pueda regular, de conformidad con las pautas expuestas en la sentencia, las conductas infractoras graves y muy graves que generan responsabilidad administrativa. De hecho, esta necesidad es aun más evidente porque lo que se cuestiona no es la regulación de simples cuestiones leves, sino que se trata de hechos que comprometen, de manera seria, el adecuado funcionamiento de la Administración Pública.

Lo anterior, además, debería generar que la administración mantenga vigente su potestad sancionadora, ya que los procedimientos administrativos iniciados no deben culminar o verse archivados por la declaratoria de inconstitucionalidad que se ha efectuado en este proceso. De este modo, mientras se mantenga la *vacatio sententiae* (que, según estimo, debe ser de un año), considero que dichos procedimientos deberían suspenderse hasta el momento en que se expida una normativa que pueda precisar, con claridad, la conducta antijurídica que se pretende cuestionar. Evidentemente, al reiniciar los procedimientos administrativos respectivos, se deben garantizar los derechos fundamentales de las personas investigadas, tales como el ser informados de manera adecuada de los cargos en su contra, el tiempo adecuado para preparar su defensa, o el derecho de presentar los descargos que estimen convenientes, entre otros.

c) Conclusión

Por las razones expuestas, reafirmo mi posición en el sentido que comparto los puntos resolutivos 1, 2 y 3 de la posición asumida por la mayoría.

Sin embargo, no comparto el que en la parte resolutiva no se haya introducido un punto relativo a los efectos de la sentencia. En particular, estimo que debió otorgarse una *vacatio sententiae* de un año al Congreso de la República a fin que regule de manera compatible con lo resuelto en la sentencia las conductas que generan responsabilidad administrativa en los supuestos graves y muy graves.

Del mismo modo, debió precisarse que ello en ningún modo supone privar a la Administración Pública de su potestad de, con la nueva regulación, continuar con los procedimientos ya iniciados, siempre y cuando los mismos garanticen los derechos fundamentales de las personas sometidas a las investigaciones respectivas, entre ellos el de la posibilidad de defenderse de los cargos en su contra.

S.

RAMOS NÚÑEZ

EXP. N° 0020-2015-PI/TC
AREQUIPA
COLEGIO DE ABOGADOS DE AREQUIPA

VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

Hoy, la mayoría del TC le ha cortado brazos y piernas a la Contraloría General de la República en materia de control disciplinario de servidores y funcionarios públicos.

A consecuencia de la decisión de la mayoría, quedarán sin efecto más de 3748 sanciones de la Contraloría a servidores y funcionarios públicos que cometieron faltas en contrataciones de bienes, servicios y obras, uso de recursos públicos, etc.

PRELIMINARES

La mayoría del Tribunal Constitucional no ha tenido en cuenta las graves consecuencias que va a generar su sentencia en el control gubernamental sobre la utilización y gestión de los recursos y bienes del Estado.

Dicha mayoría ha realizado un razonamiento erróneo de los alcances del principio de tipicidad en sede administrativa, en especial, en el ámbito de la Contraloría General de la República.

Ciertamente se dice que el control constitucional del proceso de inconstitucionalidad es abstracto pero ello no implica de ningún modo una separación rígida con la realidad en la que se aplica la ley objeto de control.

Un juez constitucional se debe a la Constitución pero dado que ésta no es un producto acabado, al tener cláusulas abiertas, valorativas e indeterminadas, siempre va a requerir de interpretaciones.

He allí la importancia de que en dicha labor concretizadora de las disposiciones constitucionales el juez deba obrar con la mayor ponderación entre los bienes jurídicos en conflicto, evitando posturas extremas, excesivamente literales y aisladas, posturas que desnaturalicen su contenido constitucional o aquellas que afecten irrazonablemente las competencias de los poderes del Estado u órganos constitucionales, entre otros.

Con el criterio erróneo de la mayoría del TC (plena coincidencia en la precisión de la conducta entre el Derecho Penal y el Derecho administrativo sancionador aplicable al ámbito de la Contraloría), innumerables leyes y reglamentos del ordenamiento jurídico peruano serían inconstitucionales, hasta el Reglamento Interno de los Servidores Civiles del Tribunal Constitucional. No puede haber una "identidad total" en los alcances de la tipicidad penal y la tipicidad administrativa disciplinaria.

Lo que no toma en cuenta la mayoría del TC es la importancia que tiene el **análisis específico de la normativa aplicable** al ámbito de la Contraloría General de la República.

La expresión "**incumplir las disposiciones que integran el marco legal aplicable**" (art. 46.a de la Ley 27785, incorporada por Ley 29622) pudiera resultar amplia, pero no es inconstitucional en sede de la Contraloría.

A manera de ejemplo, podríamos mencionar el caso de una ley de contrataciones del Estado que establezca lo siguiente: *"en un proceso de contratación no se puede contratar con empresas inhabilitadas para contratar con el Estado"*, sin embargo, un funcionario X realiza dicha contratación. Me pregunto: ¿es perfectamente legítimo aplicar dicho artículo 46.a y sancionar a tal funcionario? Definitivamente la respuesta es afirmativa.

En este supuesto ni siquiera se hubiese requerido un desarrollo reglamentario. Pero, en la lógica de la mayoría del TC, el texto expreso de la ley de Contraloría debió haber precisado como conducta infractora, algo así: "incumplir las disposiciones que integran la ley de contrataciones del Estado, de la de ley M, de la ley N, etc.". Esto sería una exigencia claramente irrazonable y es a ello hacia donde apunta el razonamiento de la posición mayoritaria del TC.

De seguro que la impugnada Ley 29622, específicamente su artículo 46, pudo haber tenido una mejor y mayor precisión, pero en un proceso de inconstitucionalidad no evaluamos si una ley pudo haber sido mejor o no, sino su constitucionalidad. Por ello, me basta sólo el ejemplo antes mencionado para dejar constancia del razonamiento irrazonable de la mayoría del TC.

Pero además me pregunto, ¿de qué sirve que la ley haya reconocido potestad disciplinaria a la Contraloría General de la República, si en realidad no la va a poder ejercer por decisión de la mayoría del TC? ¡Será un poder simbólico en el papel y un poder nulo en la práctica!

Desde ya avizoro que se va a producir un efecto nocivo en la potestad disciplinaria de la Contraloría, pues se dejarán sin efecto todas aquellas sanciones de funcionarios o servidores que se hubieren aplicado en base al citado artículo 46.

A modo de ejemplo, se cita el número de servidores y funcionarios sancionados en los años 2016, 2017 y 2018[1] por la Contraloría:

1 ://www.contraloria.gob.pe/wps/wcm/connect/CGRNew/as_contraloria/Participacion_Ciudadana/Conoce_nuestra_facultad_sancionadora/RegistroSancionados

Años	Registro de Sanciones por Responsabilidad Administrativa Funcional a cargo de la Contraloría*
2016 (consolidado)	577
2017 (enero-dic.)	1222
2018 (enero-dic.)	1949
TOTAL	**3748**

Peor aún, la mayoría del TC no ha utilizado, como en tantas otras ocasiones lo ha hecho, una vacatio sententiae para evitar las graves consecuencias que producirá la expulsión de la ley.

Si nos atenemos a la parte resolutiva de la sentencia aprobada por la mayoría del TC, ésta ha expulsado del ordenamiento jurídico todo el artículo 46 de modo que al no existir ninguna ley, ni la Ley 30742, que prevea conductas infractoras, hoy no tenemos ninguna norma que efectivice la ahora retórica competencia disciplinaria de la Contraloría General de la República. ¡Esto es realmente grave!

Seguidamente ampliaré las razones por las que considero que la demanda de inconstitucionalidad de autos debe ser declarada INFUNDADA en todos sus extremos.

En primer lugar, la demanda de inconstitucionalidad plantea una serie de cuestionamientos contra la Ley 29622, que incorpora diversas disposiciones a la LOCGR, las cuales, en esencia, están referidas a la ampliación de facultades a la CGR para investigar y sancionar a los funcionarios y servidores públicos en materia de responsabilidad administrativa funcional. En ese sentido, el presente voto se circunscribirá a analizar lo siguiente: *i)* la potestad sancionadora de la CGR en materia de responsabilidad administrativa funcional, *ii)* la adecuada tipificación de las conductas infractoras, *iii)* la superposición de las conductas infractoras con otro tipo de infracciones, *iv)* la naturaleza de la sanción de inhabilitación, *v)* la razonabilidad de la sanción de inhabilitación; y *vi)* la independencia e imparcialidad de los órganos de la CGR en el proceso para sancionar por responsabilidad administrativa funcional, todo ello a partir de los derechos o principios que, según se indica, han sido vulnerados.

A. LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA CONTRALORÍA GENERAL EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA FUNCIONAL

1. La parte demandante solicita que se declare la inconstitucionalidad del artículo 45 de la LOCGR, incorporado por el artículo 1 de la Ley 29622 objetada, por contravenir, a su juicio, el artículo 26 de la CADH, que se refiere al principio de progresividad de derechos sociales. Si bien alega la inconstitucionalidad del texto íntegro de dicha disposición, de los argumentos expuestos en la demanda se advierte que, en puridad, el extremo impugnado está referido al siguiente texto normativo:

> **Artículo 45.- Competencia de la Contraloría General**
>
> La Contraloría General ejerce la potestad para sancionar por cuanto determina la responsabilidad administrativa funcional e impone una sanción derivada de los informes de control emitidos por los órganos del Sistema.
>
> La referida potestad para sancionar se ejerce sobre los servidores y funcionarios públicos a quienes se refiere la definición básica de la novena disposición final, con prescindencia del vínculo laboral, contractual, estatutario, administrativo o civil del infractor y del régimen bajo el cual se encuentre, o la vigencia de dicho vínculo con las entidades señaladas en el artículo 3, salvo las indicadas en su literal g)
>
> (…).

2. La parte demandante sostiene que el artículo 45 de la LOCGR, incorporado por la Ley 29622, resulta inconstitucional puesto que otorga facultades a la CGR para sancionar a los funcionarios y servidores públicos por responsabilidad administrativa funcional, y su sistema sancionador resulta menos garantista que el sistema anterior, en el que las actividades de investigación y de fiscalización estaban a cargo de la OCI de cada entidad o la CGR, y la función sancionatoria correspondía al titular de cada entidad; ello contraviene el artículo 26 de la CADH, que se refiere al principio de progresividad de los derechos sociales.

3. Por su parte, el Congreso de la República afirma que la potestad sancionadora otorgada a la CGR para determinar la responsabilidad administrativa funcional de los funcionarios y servidores públicos contribuye a la lucha contra la corrupción y surge como consecuencia de que el sistema anterior no era eficiente debido a la ausencia de sanciones a los funcionarios que incurrían en dicha responsabilidad. Los titulares de cada entidad, ya sea por negligencia o dolo, no

implementaban los informes de control de la CGR en el tiempo adecuado, por lo que los funcionarios y servidores investigados se acogían a la prescripción, y les reducían las sanciones o, inclusive, eran absueltos. A diferencia de lo que afirma la parte demandante, este sistema no es menos garantista que el sistema anterior; todo lo contrario, se trata de un sistema que regula un procedimiento sancionador que respeta el debido proceso.

4. A mi juicio, cuando la parte demandante sostiene que la atribución de las potestades sancionadoras a la CGR constituye "(...) un acto de regresividad de derechos y garantías efectuado por el Estado, en el sentido que el nuevo sistema sancionador implantado en virtud de la Ley 29622 es notoriamente menos garantista que el anterior", en realidad no denuncia la violación del principio de progresividad contenido en el artículo 26 de la CADH que se refiere a los derechos sociales, puesto que la materia que aquí se discute es de naturaleza distinta, sino que más bien la pretensión está dirigida a cuestionar la ampliación de la potestad sancionadora de la CGR para sancionar a los servidores y funcionarios públicos por responsabilidad administrativa funcional.

5. En efecto, la Ley 29622 objetada, al incorporar el subcapítulo II (artículos 45-60) en el capítulo VII del título III de la LOCGR, lo que hace es ampliar la potestad sancionadora de la CGR que hasta entonces solo podía sancionar por infracciones al ejercicio de control y no por responsabilidad administrativa funcional. Así pues, el artículo 41 de la LOCGR solo regulaba la competencia de la CGR para "aplicar directamente sanciones por la comisión de las infracciones que hubieren cometido las entidades sujetas a control, sus funcionarios y servidores públicos, las sociedades de auditoría y las personas jurídicas y naturales que manejen recursos y bienes del Estado, o a quienes haya requerido información o su presencia con relación a su vinculación jurídica con las entidades".

6. La evaluación de la constitucionalidad de la Ley 29622 exige acudir a los planteamientos que la literatura jurídica ofrece y que ya han sido recogidos por el Tribunal Constitucional en anteriores oportunidades, en el sentido de que lo que está ordenado por la Constitución es *constitucionalmente necesario*, lo que está prohibido por la Constitución es *constitucionalmente imposible* y lo que la Constitución confía a la discrecionalidad del legislador democrático es tan solo *constitucionalmente posible*, porque para la Constitución no es necesario ni imposible (fundamento 16 de la Sentencia 0014-2007-PI/TC; fundamentos 39 al 41 de la Sentencia 0006-2008-PI/TC; fundamento 33 de la Sentencia 4235-2010-PHC/TC, entre otros).

7. De acuerdo con lo que establece el artículo 82 de la Constitución, la CGR "es una entidad descentralizada de Derecho Público que goza de autonomía conforme a su ley orgánica. Es el órgano superior del Sistema Nacional de Control. Supervisa la legalidad de la ejecución del Presupuesto del Estado, de las operaciones de la deuda pública y de los actos de las instituciones sujetas a control". Como se puede apreciar, la potestad sancionadora de la CGR no ha sido atribuida de manera directa o expresa por la Constitución. No obstante, la ausencia de una referencia expresa a dicha potestad no debe ser interpretada como una negación de su existencia, por el contrario, existen razones objetivas que exigen su admisión. Al respecto, como señala García-Cobián:

> (…) no resulta incompatible con el diseño constitucional peruano, ni con los principios del Estado constitucional que se reconozca, legalmente, potestad disciplinaria externa a un organismo constitucional autónomo como la Contraloría General de la República, respecto de los funcionarios, servidores y personal en el ámbito administrativo, vinculado a la necesidad de dotar de eficacia a la protección y cautela del presupuesto y recursos del Estado.
>
> Por lo tanto, que, la Contraloría General se encuentre dotada de atribuciones disciplinarias en materia de responsabilidad administrativa funcional, para garantizar la legalidad de la ejecución del presupuesto y de los actos de las entidades sujetas a control, así como la cautela de los recursos del Estado, como expresión del correcto funcionamiento de la administración, no resultaría incompatible con el Estado constitucional ni con el contenido contemporáneo del principio de separación de poderes[2].

8. En efecto, nuestra Constitución no ordena de manera expresa que la CGR detente potestades sancionadoras *(constitucionalmente necesario)*; pero tampoco establece una prohibición expresa en ese sentido *(constitucionalmente prohibido).* De ello se colige que la potestad sancionadora en general de la CGR y la ampliación de dicha potestad, a través de la Ley 29622, para sancionar a los funcionarios y servidores públicos por responsabilidad administrativa funcional constituye una medida *constitucionalmente posible*, ello de acuerdo al margen de discrecionalidad relativa que tiene el legislador.

---

2 GARCÍA COBIÁN CASTRO, Érika. Análisis de constitucionalidad de la facultad de la Contraloría General de la República para sancionar por responsabilidad administrativa funcional y su relación con el principio del "ne bis in idem". Tesis para optar por el grado académico de Magíster en Derecho Constitucional. Escuela de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2014, p. 81.

9. Además, la potestad sancionadora de la CGR o la ampliación de ella se encuentra también justificada con las atribuciones implícitas que tienen los órganos públicos. Y es que, a partir de una interpretación literal y teleológica de las disposiciones constitucionales respectivas, pueden razonablemente reconocerse como atribuciones derivadas aquellas que resulten necesarias para el ejercicio de las expresamente señaladas, sin las cuales éstas podrían ser desvirtuadas o puestas en entre dicho. Entonces, para que la CGR pueda cumplir con el objetivo que le encomienda el artículo 82 de la Constitución —supervisar la legalidad de la ejecución del Presupuesto del Estado, de las operaciones de la deuda pública y de los actos de las instituciones sujetas a control— debe contar con las competencias necesarias para ello, aunque no se encuentren expresamente establecidas normativamente.

10. De hecho, fue la CGR la que solicitó la ampliación de la potestad sancionadora para los supuestos de responsabilidad administrativa funcional. En efecto, en la exposición de motivos del Proyecto de Ley 4210/2010-CG, del 17 de agosto de 2010, se justificó la necesidad de que dicha institución cuente con competencias sancionadoras para determinar la responsabilidad administrativa funcional respecto de funcionarios y servidores públicos. Ello en razón a que, con el sistema anterior, los informes de control que realizaba la CGR y las recomendaciones que surgían de estos —detectando irregularidades y responsabilidades de funcionarios y servidores públicos— no concluían en sanciones efectivas. Así pues, de un total de 466 recomendaciones efectuadas por la CGR (entre los años 2001 al 2010), sólo el equivalente al 34.12 % fueron implementadas (procesos culminados), estando en proceso de implementación 27.04 % (acciones iniciadas), mientras que el 30.26 % se encuentran pendientes (no se han iniciado acciones), restando un 8,58 % entre no aplicables y retornadas.

11. El alto porcentaje de recomendaciones pendientes de implementación o que no han dado lugar a la imposición de una sanción, de acuerdo al proyecto de ley antes citado, obedece a distintos factores, como son: "i) la ausencia de un procedimiento uniforme para el deslinde de responsabilidades, debido a que en la Administración Pública coexisten regímenes de contratación de personal que cuentan con esquemas sancionadores propios; ii) la falta de procedimientos que permitan procesar y sancionar a determinadas autoridades y funcionarios públicos; iii) el hecho que sea la propia entidad la encargada de sancionar, permite por dolo o negligencia que los casos prescriban, que se aminoren las sanciones o que simplemente las personas sean absueltas de responsabilidad". Fue esta situación la que justificó en su momento la expedición de la Ley 29622, ahora impugnada.

12. Con todo lo anterior, estimo que se encuentra constitucionalmente justificado que se reconozca potestad sancionadora a la CGR para determinar infracciones y aplicar sanciones a los funcionarios y servidores públicos por responsabilidad administrativa funcional, lo que supone que el artículo 45 de la LOCGR, incorporado por la Ley 29622, que amplía la potestad sancionadora de la CGR debe ser confirmado en su constitucionalidad y, en consecuencia, la demanda en este extremo debe ser declarada infundada.

B. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD (ADECUADA TIPIFICACIÓN DE LAS CONDUCTAS INFRACTORAS)

13. La parte demandante también solicita la inconstitucionalidad del artículo 46 de la LOCGR, incorporado por el artículo 1 de la Ley 29622 objetada, por contravenir, a su juicio, el principio de legalidad reconocido en el artículo 2, inciso 24, literal "d" de la Constitución. La disposición legal impugnada expone el siguiente texto normativo:

> **Artículo 46.- Conductas infractoras**
>
> Conductas infractoras en materia de responsabilidad administrativa funcional son aquellas en las que incurren los servidores y funcionarios públicos que contravengan el ordenamiento jurídico administrativo y las normas internas de la entidad a la que pertenecen. Entre estas encontramos las siguientes conductas:
>
> e) Incumplir las disposiciones que integran el marco legal aplicable a las entidades para el desarrollo de sus actividades, así como las disposiciones internas vinculadas a la actuación funcional del servidor o funcionario público
>
> f) Incurrir en cualquier acción u omisión que suponga la transgresión grave de los principios, deberes y prohibiciones señalados en las normas de ética y probidad de la función pública.
>
> g) Realizar actos persiguiendo un fin prohibido por ley o reglamento
>
> h) Incurrir en cualquier acción u omisión que importe negligencia en el desempeño de las funciones o el uso de estas con fines distintos al interés público.
>
> El reglamento describe y especifica estas conductas constitutivas de responsabilidad administrativa funcional (graves o muy graves) que se encuentran en el ámbito de la potestad para sancionar de la Contraloría General. Asi-

mismo, el procesamiento de las infracciones leves será de competencia del titular de la entidad.

14. El demandante sostiene que el artículo 46 de la LOCGR, incorporado por la Ley 29622, resulta inconstitucional por cuanto las conductas infractoras en materia de responsabilidad administrativa funcional han sido establecidas de manera genérica e imprecisa que impiden a los funcionarios y servidores públicos sometidos a investigación conocer la infracción cometida, lo cual contraviene el principio de legalidad. Dicha imprecisión en la tipificación de las infracciones también se reitera en el texto del Reglamento de la Ley 29622.

15. El Congreso de la República, por su parte, afirma que ninguna de las infracciones previstas en el artículo 46 de la LOCGR, incorporadas por la Ley 29622, vulneran el principio de legalidad en su dimensión de taxatividad, en la medida en que la tipificación de tales infracciones a través de cláusulas abiertas es permitida, siempre y cuando se complementen con la reglamentación correspondiente, como sucede en este caso con el Reglamento de la Ley 29622, que detalla lo dispuesto en las infracciones previstas en el referido artículo 46. Agrega que, sobre la alegada indeterminación de las infracciones contempladas en el reglamento, la tipificación precisa de las conductas no es posible, especialmente en materia administrativa sancionadora.

16. Recordemos al respecto que el Tribunal Constitucional tiene dicho que el subprincipio de tipicidad o taxatividad constituye una de las manifestaciones o concreciones del principio de legalidad respecto de los límites que se imponen al legislador penal o administrativo, a efectos de que las prohibiciones que definen sanciones, sean estas penales o administrativas, estén redactadas con un nivel de precisión suficiente que permita a cualquier ciudadano de formación básica comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo bajo amenaza de sanción en una determinada disposición legal (fundamento 5 de la Sentencia 02192-2004-AA/TC). Asimismo, el Tribunal Constitucional ha realizado una precisión en torno a lo que debe de entenderse por principio de *legalidad* y *tipicidad:* el primero se satisface cuando se cumple la previsión de las infracciones y sanciones en la ley; el segundo, en cambio, constituye la definición de la conducta que la ley considera como falta (fundamento 5 de la Sentencia 5262-2006-AA/TC). Esta precisión de lo que se considera como antijurídico, desde el punto de vista administrativo, no está sujeta a una reserva de ley absoluta, sino que puede ser complementada a través de los reglamentos respectivos.

17. En el caso de autos, se denuncia que las infracciones previstas en el artículo 46 de la LOCGR, incorporado por la Ley 29622, y desarrolladas en su reglamento

vulneran el principio de legalidad por cuanto aquellos son genéricas e imprecisas. Al respecto, conviene anotar que el referido artículo 46 establece de manera general las conductas infractoras en las que pueden incurrir los funcionarios y servidores públicos en materia de responsabilidad administrativa funcional. En el último párrafo de dicho artículo se realiza una remisión expresa al reglamento de la ley, para que en este se describan y especifiquen claramente las infracciones constitutivas de responsabilidad administrativa funcional.

18. Dando cumplimiento a dicho mandato, el Reglamento de la Ley 29622 desarrolla con amplitud las conductas infractoras pasibles de responsabilidad administrativa funcional, calificadas de "graves" y "muy graves". Así pues:

    – El artículo 6 contempla las infracciones graves o muy graves relacionadas al incumplimiento de las disposiciones que integran el marco legal aplicable a las entidades para el desarrollo de sus actividades, así como de las disposiciones internas vinculadas a su actuación funcional (18 en total).

    – El artículo 7 tipifica las infracciones graves o muy graves, relacionadas a la trasgresión de los principios, deberes y prohibiciones establecidas en las normas de ética y probidad de la función pública (21 en total).

    – El artículo 8 establece las infracciones graves o muy graves vinculadas a realizar actos persiguiendo un fin prohibido por ley o reglamento (3 en total).

    – El artículo 9 contempla las infracciones graves o muy graves, relacionadas a acciones u omisiones que importen negligencia en el desempeño de sus funciones o el uso de estas para fines distintos al interés público (3 en total).

    – El artículo 10 tipifica como infracciones graves o muy graves aquellas que están calificadas como tales en normas con rango de ley o decreto supremo, siempre que no tengan carácter laboral.

19. Adicionalmente a ello, el Reglamento de la Ley 29622 contiene un anexo denominado "Cuadro de infracciones y sanciones aplicables por responsabilidad administrativa funcional derivadas de informes emitidos por los órganos del Sistema Nacional de Control por infracciones graves y muy graves"; donde de manera práctica se detalla la lista de infracciones señaladas, la gravedad de cada una de ellas, así como los márgenes de la sanción a imponer.

20. De manera tal que, sobre la denuncia de violación del principio de legalidad, en su dimensión de tipicidad, considero lo siguiente:

a) La exigencia de taxatividad no puede entenderse en el sentido de solicitar al legislador una claridad y precisión absoluta en la formulación de los conceptos legales, al no ser posible por la naturaleza propia del lenguaje. En ese sentido, es posible aceptar cierto grado de indeterminación (fundamento 46 de la Sentencia 0010-2002-AI/TC). Solo cuando la tipificación de infracciones sea imprecisa y no permita al ciudadano conocer qué comportamientos están prohibidos y cuáles están permitidos se podrá alegar la vulneración del principio de legalidad.

b) Las infracciones graves y muy graves previstas en el artículo 46 de la LOCGR, han sido desarrolladas ampliamente en los artículos 6 al 10 del Reglamento de la Ley 29622, por lo que la norma reglamentaria complementa y precisa las conductas infractoras punibles establecidas en la ley. El uso de esta técnica legal radica en la existencia de materias que, por su naturaleza y complejidad técnica, requieren de flexibilidad y dinamismo al momento de la configuración de las conductas infractoras, supuestos en los cuales la regulación complementaria constituye un elemento relevante. No obstante ello, la validez constitucional de estas previsiones está condicionada a que la unidad normativa —conformada por la norma remisiva y la norma complementaria— observe las garantías derivadas del principio de legalidad, especialmente las que exigen que la conducta prohibida sea definida de manera previa, clara e inequívoca.

c) En mi opinión, las infracciones previstas en los artículos 6 al 10 del Reglamento de la Ley 29622 contemplan de manera clara y detallada cuáles son las conductas antijurídicas que se le pueden imputar a los funcionarios o servidores públicos por responsabilidad administrativa funcional. Tales previsiones permiten a los ciudadanos conocer de manera razonable qué comportamientos están prohibidos y cuáles están permitidos. Y es que, como se dijo, por cada infracción prevista en el artículo 46 de la LOCGR, el Reglamento de la Ley 29622 ha desarrollado diversos supuestos vinculados directamente con aquéllas.

21. Por todo lo expuesto, considero que las infracciones tipificadas en el artículo 46 de la LOCGR, incorporado por la Ley 29622, permiten determinar con claridad la conducta prohibida y, por tanto, no vulneran el principio de legalidad en su dimensión de tipicidad o taxatividad, por lo que dicha disposición debe ser confirmada en su constitucionalidad, y en consecuencia, la demanda en este extremo también debe ser declarada infundada.

C. LA PROHIBICIÓN DE DOBLE INCRIMINACIÓN (SUPERPOSICIÓN DE LAS CONDUCTAS INFRACTORAS)

22. El Colegio demandante también solicita la inconstitucionalidad del artículo 46 de la LOCGR, incorporado por el artículo 1 de la Ley 29622 objetada, por contravenir, a su juicio, el principio de *ne bis in idem* derivado del debido proceso reconocido por el artículo 139, inciso 3, de la Constitución.

23. La parte demandante sostiene que en el artículo 46 de la LOCGR, incorporado por la Ley 29622, es inconstitucional, toda vez que debido a su imprecisión y generalidad las conductas infractoras previstas podrían confundirse con otras infracciones señaladas en la legislación del empleo público, así como en los delitos, vulnerando la prohibición de doble incriminación por acto único o principio *ne bis in idem*. El Congreso de la República no ha formulado observaciones sobre este extremo de la demanda.

24. Corresponde entonces determinar si las infracciones tipificadas en el artículo 46 en mención, que puedan estar contempladas adicionalmente como infracciones en otros órdenes normativos o que, inclusive, configuren tipos penales, atentan o no contra el principio *ne bis in idem*. Al respecto, recordemos que el Tribunal Constitucional, en el fundamento 19 de la Sentencia 2050-2002-AA/TC, ha precisado que el principio *ne bis in idem* tiene dos dimensiones:

a) Una *dimensión sustantiva,* según la cual "nadie puede ser castigado dos veces por un mismo hecho", esto es, establece la imposibilidad de que recaigan dos sanciones sobre el mismo sujeto por una misma infracción, puesto que tal proceder constituiría un exceso del poder sancionador, contrario a las garantías propias del Estado de Derecho. Su aplicación, pues, impide que una persona sea sancionada o castigada dos (o más veces) por una misma infracción cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento.

b) Una *dimensión procesal,* que garantiza que "nadie pueda ser juzgado dos veces por los mismos hechos", es decir, que un mismo hecho no pueda ser objeto de dos procesos distintos o, si se quiere, que se inicien dos procesos con el mismo objeto. Con ello se impide, por un lado, la dualidad de procedimientos (por ejemplo, uno de orden administrativo y otro de orden penal) y, por otro, el inicio de un nuevo proceso en cada uno de esos órdenes jurídicos (dos procesos administrativos con el mismo objeto, por ejemplo)

25. Al respecto, considero que es posible que un mismo sujeto, con su comportamiento, pueda generar más de una consecuencia jurídica, lesionando con ello bienes jurídicos y valores diversos, cada uno de los cuales será tutelado en la

vía correspondiente, sin que ello implique un doble juzgamiento o una doble sanción. En esa medida, lo importante para calificar si se vulneró tal garantía fundamental no es tanto que por un mismo acto una persona sea procesada o sancionada administrativa y correlativamente en un proceso penal (toda vez que aquel acto puede suponer la infracción de un bien jurídico administrativo y, simultáneamente, de un bien jurídico penal), sino que la conducta antijurídica, pese a afectar a un solo bien jurídico, haya merecido el reproche dos o más veces (fundamento 5 de la Sentencia 5143-2011-PA/TC).

26. Por otro lado, a nivel normativo, el artículo 262 del T.U.O de la LPAG establece que "las consecuencias civiles, administrativas o penales de la responsabilidad de las autoridades son independientes y se exigen de acuerdo a lo previsto en su respectiva legislación". De manera tal que, es posible sostener que las infracciones previstas en el artículo 46 de la LOCGR, desarrolladas además en el Reglamento de la Ley 29622, buscan determinar la responsabilidad administrativa funcional del funcionario o servidor público producto del control gubernamental.

27. Ahora bien, este tipo de responsabilidad se deriva a partir de la interpretación de los siguientes preceptos normativos:

a) El artículo 82 de la Constitución que establece que la CGR constituye el órgano superior del Sistema Nacional de Control, encomendándole además la función de supervisar "la legalidad de la ejecución del Presupuesto del Estado, de las operaciones de la deuda pública y de los actos de las instituciones sujetas a control".

b) Como desarrollo de dicho precepto constitucional, el artículo 6 de la LOCGR establece que el control gubernamental que realiza la CGR consiste en "la supervisión, vigilancia y verificación de los actos y resultados de la gestión pública, en atención al grado de eficiencia, eficacia, transparencia y economía en el uso y destino de los recursos y bienes del Estado, así como del cumplimiento de las normas legales y de los lineamientos de política y planes de acción, evaluando los sistemas de administración, gerencia y control, con fines de su mejoramiento a través de la adopción de acciones preventivas y correctivas pertinentes".

c) Finalmente, la Novena Disposición Final de la LOCGR establece que la responsabilidad administrativa funcional consiste en "aquella en la que incurren los servidores y funcionarios por haber contravenido el ordenamiento jurídico administrativo y las normas internas de la entidad a la que pertenecen (...)".

28. Entonces, la responsabilidad administrativa funcional surge cuando un funcionario o servidor público inobserva el ordenamiento jurídico administrativo y las normas internas institucionales que se encuentran vinculadas con el cumplimiento de la misión institucional de control y que, *prima facie*, hayan sido identificadas en las acciones de control y contenidas en los respectivos informes de control emitidos por los órganos del sistema. Ello es así porque, en última instancia, tales hechos y responsabilidades se encuentran vinculadas con la gestión de los recursos y bienes estatales que son en esencia, el interés directamente protegido de este sistema.

29. Así, es claro que la determinación de la responsabilidad administrativa funcional es independiente de otro tipo de responsabilidades administrativas, disciplinarias o de otra índole, es decir, no resulta aplicable al universo de irregularidades que se pudieran verificar en la administración pública. Tal como se señala en el artículo 49 de la LOCGR "la responsabilidad administrativa funcional es independiente de las responsabilidades penales o civiles que pudieran establecerse por los mismos hechos, en tanto los bienes jurídicos o intereses protegidos son diferentes".

30. En definitiva, las infracciones para determinar la responsabilidad administrativa funcional son autónomas respecto de las previstas en otros órdenes normativos (administrativo, civil, penal). De allí que resulte admisible que puedan realizarse investigaciones paralelas sobre una misma conducta y contra un mismo sujeto, sin que se vulnere el principio *ne bis in idem*, ello en la medida en que no existe identidad de fundamento, por lo que la disposición contenida en el artículo 46 de la LOCGR debe ser confirmada en su constitucionalidad y, en consecuencia, la demanda en este extremo también debe ser declarada infundada.

D. LA NATURALEZA DE LA SANCIÓN DE INHABILITACIÓN

31. El Colegio demandante también solicita la inconstitucionalidad del artículo 47, inciso 1, literal "a" de la LOCGR, incorporado por el artículo 1 de la Ley 29622, por contravenir, a su juicio, el derecho de acceso a la función pública reconocido en el artículo 23, inciso 1, literal "c" e inciso 2, de la CADH y el artículo 25, inciso "c" del PIDCyP. La disposición legal impugnada expone el siguiente texto normativo:

> **Artículo 47.- Tipos de sanciones**
>
> 1. Las infracciones de responsabilidad administrativa funcional que fueron referidas en el artículo 46 dan lugar a la imposición de cualquiera de las siguientes sanciones:

a) Inhabilitación para el ejercicio de la función pública de uno (1) a cinco (5) años

(…).

32. La parte demandante sostiene que el artículo 47, inciso 1, literal "a" de la LOCGR, incorporado por la Ley 29622, es inconstitucional, puesto que permite que la sanción de inhabilitación para el ejercicio de la función pública pueda ser impuesta por un órgano administrativo como es la CGR y no por un órgano jurisdiccional, lo cual contraviene el derecho de acceso a la función pública en su dimensión de permanencia, reconocido en el artículo 23, inciso 1, literal "c", e inciso 2, de la CADH, y en el artículo 25, literal "c", del PIDCyP. La parte demandada se limita a sostener que el otorgamiento de potestades sancionadoras a la CGR respeta lo señalado en el artículo 230 de la LPAG, ya que se realiza a través de una norma con rango de ley —Ley 29622—, que modificó la LOCGR.

33. El artículo 23, inciso 1, literal "c" de la CADH establece que "Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: (...) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país". A su vez, el artículo 23, inciso 2, de la misma Convención establece que "la ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal".

34. Debe tenerse presente que el Tribunal Constitucional tiene dicho que el derecho de acceso a la función pública no se encuentra reconocido en la Constitución. No obstante ello, forma parte de nuestro ordenamiento constitucional y, concretamente, de nuestro sistema de derechos constitucionales, por cuanto se encuentra reconocido por el derecho internacional de los Derechos Humanos de los que el Estado peruano es parte (fundamento 40 de la Sentencia 0025-2005-PI/TC y otro). Asimismo, el Tribunal Constitucional tiene precisado 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 (fundamento 43 de la Sentencia 0025-2005-PI/TC y otro).

35. Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), en el caso *López Mendoza vs. Venezuela,* declaró la violación de los artículos 23.1.b y 23.2 de la CADH por parte del Estado venezolano, toda vez que la Contraloría General de la República de dicho país había impuesto la sanción

de inhabilitación al señor López Mendoza, lo que imposibilitó que registrara su candidatura para la alcaldía del Estado Mayor de Caracas. En dicho caso, la Corte estableció lo siguiente:

> 106. El artículo 23.1 de la Convención establece que todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades, los cuales deben ser garantizados por el Estado en condiciones de igualdad: i) a la participación en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por representantes libremente elegidos; ii) a votar y a ser elegido en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de los electores, y iii) a acceder a las funciones públicas de su país.
>
> 107. El artículo 23.2 de la Convención determina cuáles son las causales que permiten restringir los derechos reconocidos en el artículo 23.1, así como, en su caso, los requisitos que deben cumplirse para que proceda tal restricción. **En el presente caso, que se refiere a una restricción impuesta por vía de sanción, debería tratarse de una "condena, por juez competente, en proceso penal". Ninguno de esos requisitos se ha cumplido, pues el órgano que impuso dichas sanciones no era un "juez competente", no hubo "condena" y las sanciones no se aplicaron como resultado de un "proceso penal"**, en el que tendrían que haberse respetado las garantías judiciales consagradas en el artículo 8 de la Convención Americana (el énfasis es nuestro).
>
> 108. La Corte estima pertinente reiterar que "el ejercicio efectivo de los derechos políticos constituye un fin en sí mismo y, a la vez, un medio fundamental que las sociedades democráticas tienen para garantizar los demás derechos humanos previstos en la Convención y que sus titulares, es decir, los ciudadanos, no sólo deben gozar de derechos, sino también de "oportunidades". Este último término implica la obligación de garantizar con medidas positivas que toda persona que formalmente sea titular de derechos políticos tenga la oportunidad real para ejercerlos. En el presente caso, si bien el señor López Mendoza ha podido ejercer otros derechos políticos (supra párr. 94), está plenamente probado que se le ha privado del sufragio pasivo, es decir, del derecho a ser elegido.
>
> 109. En virtud de lo que antecede, la Corte determina que el Estado violó los artículos 23.1.b y 23.2 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, en perjuicio del señor Leopoldo López Mendoza.

36. De lo expuesto, se desprende claramente que la sanción de inhabilitación impuesta por la Contraloría venezolana implicaba la limitación del ejercicio de los derechos políticos, lo que, a criterio de la Corte IDH, solo puede ser impuesta por un juez competente en el marco de un proceso penal. Tal exigencia de la Corte de disponer la inhabilitación de los derechos políticos solo al amparo de una resolución judicial; sin embargo, no alcanzaría para la inhabilitación de otros derechos distintos a los de carácter político. Y es que debe tomarse en cuenta que la sanción de inhabilitación puede tener diversa naturaleza.

    a) Así por ejemplo, el Tribunal Constitucional ha establecido que la *sanción de inhabilitación puede tener carácter político,* como aquella que impone el Congreso de la República, bajo criterios de razonabilidad constitucional, como consecuencia de un procedimiento de acusación constitucional, previsto en el artículo 100 de la Constitución (fundamentos 15 a 17 de la Sentencia 3760-2004-AA/TC).

    b) Distinto es el caso de la *sanción de inhabilitación de carácter penal*, prevista en el artículo 36 del Código Penal que consiste en la privación, suspensión o incapacitación de uno o más derechos políticos, económicos, profesionales y civiles del penado. Y es que, a través de la inhabilitación "se sanciona a quien ha infraccionado un deber especial propio de su cargo, función, profesión, comercio, industria o relación familiar, o a quien se ha prevalido de su posición de poder o de dominio para delinquir" (fundamento 6 del Acuerdo Plenario 2-2008/CJ-116). Así, esta sanción de inhabilitación es amplia y también incide en el ejercicio de los derechos políticos. Correlato de ello lo constituye el artículo 10 inciso c) de la Ley 26859, Ley Orgánica de Elecciones, que señala que el ejercicio de la ciudadanía se suspende "por sentencia con inhabilitación de los derechos políticos".

    c) Mientras que la *sanción de inhabilitación de carácter administrativo,* como ocurre con el artículo 30 de la Ley de la Carrera Administrativa, tiene carácter estrictamente jurídico (fundamento 17 de la Sentencia 3760-2004-AA/TC). En ese mismo ámbito se encontraría la inhabilitación impuesta como consecuencia de la sanción de destitución, establecida en el artículo 87 de la Ley 30057, Ley de Servicio Civil.

37. Ahora bien, advierto que la sanción de inhabilitación que se cuestiona en el caso de autos se encuentra regulada:

    a) En el artículo 47 inciso 1, literal "a" de la LOCGR, que establece que "las infracciones de responsabilidad administrativa funcional que fueron

referidas en el artículo 46 dan lugar a la imposición de cualquiera de las siguientes sanciones: a) Inhabilitación para el ejercicio de la función pública de uno (1) a cinco (5) años".

b) Complementariamente, el artículo 14, inciso 2, del Reglamento de la Ley 29622 detalla con mayor precisión el contenido de la sanción de inhabilitación ante infracciones por responsabilidad administrativa funcional. Según este precepto "la inhabilitación para el ejercicio de la función pública, comprende la privación de la función, cargo o comisión que ejercía el funcionario o servidor infractor, así como la incapacidad legal para obtener mandato, cargo, empleo, comisión de carácter público, para celebrar contratos administrativos de servicios o para el ejercicio de función pública o funciones en general en las entidades".

38. De las disposiciones antes anotadas se tiene que estas no establecen expresamente qué derechos se ven restringidos a partir de la sanción de inhabilitación impuesta por la CGR, en la que también se podrían incluir limitaciones al ejercicio de los derechos políticos, lo cual sería incompatible con el artículo 23, inciso 2, de la CADH, e inclusive supondría un incumplimiento de lo señalado por la Corte IDH en el caso *López Mendoza vs. Venezuela.* Es por ello que considero necesario precisar que la disposición contenida en el artículo 47 inciso 1, literal a) de la LOCGR, incorporado por la Ley 29622, solo puede tener un sentido normativo válido en términos constitucionales si es que la sanción de inhabilitación que impone la CGR es de carácter administrativo, por lo que únicamente limitará el ejercicio de derechos vinculados con el ejercicio de la profesión, actividad o servicio dentro de instituciones públicas o con relación a ellas, sin que involucre en ningún caso el ejercicio de derechos de naturaleza política.

39. Por todo lo expuesto, estimo que la sanción de inhabilitación para el ejercicio de la función pública prevista en el artículo 47 inciso 1, literal "a" de la LOCGR, incorporado por la Ley 29622, no es inconstitucional siempre y cuando se interprete en el sentido que "la inhabilitación para el ejercicio de la función pública es de naturaleza administrativa, por lo que, las restricciones que impone inciden en derechos distintos a los de naturaleza política", por lo que la demanda también en este extremo debe ser declarada infundada.

E. LA RAZONABILIDAD DE LA SANCIÓN DE INHABILITACIÓN

40. El demandante también solicita la inconstitucionalidad del artículo 47, inciso 1, literal "a" de la LOCGR, incorporado por el artículo 1 de la Ley 29622, por contravenir, a su juicio, el principio de proporcionalidad derivado de los artículos 3, 43 y 200 de la Constitución.

41. La parte demandante sostiene que el artículo 47, inciso 1, literal "a" de la LOCGR es inconstitucional, por cuanto no existe proporcionalidad entre la sanción de inhabilitación a cargo de la CGR y la sanción de inhabilitación para los delitos contra la administración pública, puesto que en el primer caso la duración de esta puede ser de un año como mínimo, mientras que en el segundo caso, a pesar de tratarse de hechos más graves, la inhabilitación tiene una vigencia mínima de 6 meses.

42. El Congreso de la República afirma que la sanción de inhabilitación tiene carácter excepcional y se aplica únicamente para las infracciones consideradas muy graves, lo cual niega la desproporcionalidad que alega la parte demandante. Además, de imponerse la sanción, es posible la impugnación ante el TSRA en el procedimiento administrativo sancionador, y, finalizada esta etapa, puede acudir al Poder Judicial vía proceso contencioso administrativo.

43. Sobre el particular, las sanciones de inhabilitación previstas en el Código Penal y las previstas en la LOCGR son de distinta naturaleza: en el primer caso, la inhabilitación constituye una sanción de carácter penal, prevista en el artículo 36 del Código Penal, e incide sobre diversos derechos, incluyendo aquellos de carácter político; mientras que la sanción de inhabilitación impuesta por la CGR, según su potestad sancionadora, constituye una medida de naturaleza administrativa, que restringe el ejercicio de cargos, profesiones y actividades en instituciones públicas sin incidir en derechos de carácter político.

44. Asimismo, la inhabilitación penal constituye una pena limitativa de derechos (artículo 31, inciso 3, del C. P.), que puede tener el carácter de principal o accesoria (artículo 37 del C. P.): en el primer caso, debe encontrarse expresamente señalada en el tipo penal, y se impone de manera independiente sin sujeción a otra pena, aunque puede aplicarse de manera conjunta con una pena privativa de libertad o de multa; mientras que la inhabilitación, cuando tiene el carácter de pena accesoria, no tiene existencia propia y se aplica de manera discrecional por el juzgador, atendiendo a los hechos que han originado su imposición. En el caso de la medida de inhabilitación administrativa impuesta por la CGR constituye la sanción administrativa más grave que se puede imponer.

45. La pena de inhabilitación, de acuerdo al artículo 38 del Código Penal puede tener una duración mínima de 6 meses, pero puede durar como máximo 10 años, e inclusive en algunos casos puede llegar hasta los 20 años o ser de carácter perpetuo cuando se impongan por la comisión de delitos de corrupción; mientras que la sanción de inhabilitación, si bien puede tener una duración mínima de un año, puede llegar hasta los 5 años como máximo (artículo 47.1.a., de la LOCGR).

46. Ahora bien, a mi juicio, cuando la parte demandante afirma que no resulta proporcional o razonable que la sanción de inhabilitación administrativa que responde a actos de menor gravedad que la inhabilitación en el derecho penal tenga una duración mínima de un año, en realidad está denunciado una afectación al principio de principio de interdicción de la arbitrariedad derivado de los artículos 3 y 43 de la Constitución. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que este principio tiene doble significado: i) en un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho; ii) en un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva, lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo (fundamento 12 de la Sentencia 3167-2010-AA/TC).

47. Así entonces, para evaluar la razonabilidad de la sanción de inhabilitación administrativa, se analizará a la luz del *test de proporcionalidad*, esto es, a partir de los subprincipios que lo conforman:

    a) Subprincipio de idoneidad: 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 (fundamento 221 de la Sentencia 0021-2012-PI/TC y otros).

    De la interpretación del artículo 47, inciso 1, literal "a" de la LOCGR —que regula la sanción de inhabilitación administrativa impuesta por la CGR—, se deducen los siguientes objetivos:

    - Garantizar que la gestión pública de bienes y recursos estatales se realice por funcionarios y servidores públicos idóneos, que permitan un uso razonable y adecuado del presupuesto estatal en beneficio de la población.

- Interrumpir las labores de servidores y funcionarios públicos sobre quienes se ha determinado su responsabilidad administrativa funcional, por la comisión de infracciones muy graves.
- Evitar que funcionarios y servidores públicos que han cometido infracciones muy graves referidas a la gestión de bienes y recursos estatales realicen actividades en instituciones públicas de manera temporal.
- Desincentivar entre los funcionarios y servidores públicos la comisión de infracciones muy graves vinculadas al manejo de bienes y recursos estatales; de tal manera que la sanción no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las disposiciones infringidas.
- Sancionar actos de corrupción vinculados en el manejo de fondos públicos.

Los objetivos señalados encuentran sustento en el interés general de sancionar las conductas que contravengan la misión institucional y la normativa de control de la ejecución presupuestal que busca garantizar la eficiencia, eficacia, transparencia y economía en el uso y destino de los recursos y bienes del Estado. En ese sentido, la sanción de inhabilitación, como parte de la potestad sancionadora, constituye un mecanismo fundamental para que la CGR cumpla con los fines consagrados en el artículo 82 de la Constitución, esto es, "supervisar la legalidad de la ejecución del Presupuesto del Estado, de las operaciones de la deuda pública y de los actos de las instituciones sujetas a control". De carecer de potestad sancionadora (que habilita a la CGR para imponer la sanción de inhabilitación) simplemente no se podrían alcanzar los fines constitucionales propuestos.

Complementariamente, los objetivos indicados se justifican en el principio de lucha contra la corrupción en el ejercicio de la función pública. Como se manifestó en la exposición de motivos del Proyecto de Ley 4210/2010-CG (que dio origen a la Ley 29622), antes de la ampliación de la potestad sancionadora de la CGR para sancionar a funcionarios y servidores públicos por responsabilidad administrativa funcional, las infracciones por la inidónea gestión de bienes y recursos del Estado no eran sancionadas debidamente: (...) La problemática antes señalada en torno al procesamiento e imposición de sanciones por responsabilidad administrativa funcional, aunada a la ausencia de proporcionalidad entre las sanciones impuestas y la gravedad de las infracciones identificadas, no hace más que afectar la labor de control y la lucha contra la corrupción, generando una percepción de impunidad en el desempeño de la función pública.

En cuanto a la adecuación, considero que la medida legislativa de inhabilitación administrativa sí es adecuada para conseguir los objetivos antes señalados y que, a su vez, estos resultan apropiados para conseguir los fines de relevancia constitucional que se pretenden.

b) Subprincipio de necesidad: El Tribunal Constitucional 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 Sentencia 0034-2004-AI/TC).

En este nivel se trata de examinar si, frente a la medida adoptada por el legislador (inhabilitar a funcionarios y servidores públicos por un mínimo de 1 año y un máximo de 5 años por incurrir en responsabilidad administrativa funcional), existían otras medidas alternativas que, de un lado, hubiesen sido aptas para alcanzar los objetivos propuestos por el legislador (garantizar que la gestión pública de bienes y recursos estatales se realice por funcionarios y servidores públicos idóneos; evitar que funcionarios y servidores públicos que han cometido infracciones muy graves realicen actividades en instituciones públicas de manera temporal; sancionar actos de corrupción, etc.) y, de otro, sean más benignas o compatibles con el principio de interdicción de la arbitrariedad (concretizada en la razonabilidad de la duración de la sanción de inhabilitación administrativa impuesta por la CGR). La respuesta es negativa.

Ello, por tres razones: i) si bien hubiese sido posible establecer una duración menor a un año a la sanción de inhabilitación administrativa, en ese escenario no se diferenciaría de la sanción de suspensión temporal en el ejercicio de las funciones que puede durar entre 30 a 360 días calendario (artículo 47.1.b de la LOCGR), por lo que se entiende que ambas sanciones son complementarias y se aplican en función a la gravedad de la infracción cometida; ii) la sanción de inhabilitación administrativa constituye la más grave a imponer y se aplica únicamente en supuestos calificados de "muy graves"; por lo que responde al objetivo de "evitar que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las disposiciones infringidas"(artículo 13, inciso "c", del Reglamento de la Ley 29622), es decir, un efecto preventivo general que no podría brindar otra sanción en el ámbito

administrativo; iii) los casos graves de corrupción que se detecten en el marco de la gestión pública requieren una respuesta enérgica por parte del Estado, lo que solo se podría brindar a través de la sanción de inhabilitación en el ámbito de la responsabilidad administrativa funcional.

Por tanto, la medida en cuestión (sanción de inhabilitación administrativa menor a 1 año) no supone una medida alternativa que contribuya a la vigencia del interés general de sancionar las conductas que contravengan la misión institucional y la normativa de control de la ejecución presupuestal, que se encuentra implícito en el artículo 82 de la Constitución; ni tampoco que contribuya a la lucha contra la corrupción en el manejo de fondos estatales.

c) *Subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto:* 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 la siguiente: ¿está justificada la restricción del principio de interdicción de la arbitrariedad, a través de la imposición mínima de un año y un máximo de 5 años de inhabilitación administrativa por la CGR a funcionarios y servidores públicos por casos de responsabilidad administrativa funcional; en beneficio del interés general de sancionar las conductas que contravengan la misión institucional y la normativa de control de la ejecución presupuestal, para el cumplimiento de los fines constitucionales previstos en el artículo 82 de la Constitución (Supervisa la legalidad de la ejecución del Presupuesto del Estado, de las operaciones de la deuda pública y de los actos de las instituciones sujetas a control) y del principio de lucha contra la corrupción?

Para absolver tal cuestión corresponde emplear 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". En ese sentido, primero se definirá el grado de no satisfacción o restricción del principio de interdicción de la arbitrariedad, luego se definirá el grado de importancia del cumplimiento de las funciones que la Constitución ha asignado a la CGR, a fin de determinar si la importancia de la satisfacción de estos 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.

Así las cosas, el grado de restricción o afectación del principio de interdicción de la arbitrariedad podría ser catalogado como leve o media, toda vez que la sanción de inhabilitación administrativa (al tener una duración mínima de un año), si bien constituye una medida que restringe derechos e imposibilita que el funcionario pueda trabajar en la administración pública como mínimo por un año, es temporal, por lo que, una vez concluida —y luego de 3 años de ocurrido ello—, se produce la rehabilitación automática del infractor, que implica dejar sin efecto toda constancia de la sanción impuesta por responsabilidad administrativa funcional, no pudiendo constituir un precedente o demérito para el funcionario o servidor público sancionado (artículo 17, incisos 1 y 2 del Reglamento de la Ley 29622).

Con relación a la seguridad de las premisas epistémicas, es claro que su afectación resulta ser plausible, toda vez que no existe total certeza de que la sanción de inhabilitación administrativa permita que la CGR cumpla con los fines constitucionales de supervisar la legalidad de la ejecución presupuestal, de los actos de las instituciones sujetas a control, así como de combatir a la corrupción en la gestión pública.

De otro lado, el grado de satisfacción u optimización del interés general de sancionar las conductas que contravengan la misión institucional y la normativa de control de la ejecución presupuestal, a fin de garantizar los fines constitucionales encomendados a la CGR en el artículo 82 de la Constitución; así como del principio de lucha contra la corrupción, podría ser catalogado como *intenso* en la medida en que la aplicación de la sanción de inhabilitación administrativa permite sancionar de manera rigurosa hechos de responsabilidad administrativa funcional calificados de muy graves. De hecho, a la fecha, la sanción de inhabilitación es impuesta con mucha mayor frecuencia que la otra sanción prevista ante una situación de responsabilidad administrativa funcional, que es la suspensión.

Así, en el primer trimestre del 2017, de las 775 sanciones impuestas por la CGR, solo en 57 casos se adoptó la sanción de suspensión temporal, mientras que en los 718 casos restantes se impuso la sanción de inhabilitación (<http://doc.contraloria.gob.pe/documentos/Registro_Web_Marzo_Registro_Final_31032017_modificado_20062017.pdf>). Asimismo, esta

aplicación rigurosa de la sanción de inhabilitación permitirá desincentivar la comisión de futuras infracciones a la normativa sobre gestión de bienes y recursos públicos. Con relación a la seguridad de las premisas epistémicas, es claro que su afectación resulta ser plausible, en la medida que no existe la certeza total de que la sanción de inhabilitación administrativa no impida la comisión de infracciones por responsabilidad administrativa funcional vinculadas a la gestión de bienes y recursos públicos.

De la aplicación de la fórmula del peso al principio de interdicción de la arbitrariedad, por un lado; y al interés general de sancionar las conductas que contravengan la misión institucional y la normativa de control de la ejecución presupuestal para el cumplimiento de los fines constitucionales previstos en el artículo 82 de la Constitución, y al principio de lucha contra la corrupción, por el otro; se concluye que la satisfacción en grado intenso del interés general de sancionar las conductas infractoras por responsabilidad administrativa funcional y del principio de lucha contra la corrupción justifica la restricción del principio de interdicción de la arbitrariedad, afectado de solo manera leve o media.

48. Por todo lo expuesto, concluyo que la regulación de la duración de la sanción de inhabilitación para el ejercicio de la función pública de 1 a 5 años prevista en el artículo 47, inciso 1, literal "a" de la LOCGR no resulta irrazonable e inconstitucional, por lo que corresponde ser confirmada en su constitucionalidad y, en consecuencia, la demanda en este extremo también debe ser declarada infundada.

F. LA INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD DE LOS ÓRGANOS DE LA CONTRALORÍA GENERAL EN EL PROCESO PARA SANCIONAR POR RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA FUNCIONAL

49. El Colegio demandante también solicita la inconstitucionalidad del artículo 51 de la LOCGR, incorporado por el artículo 1 de la Ley 29622 por contravenir, a su juicio, el debido proceso y la tutela jurisdiccional, reconocidos por el artículo 139, inciso 3, de la Constitución. La disposición legal impugnada presenta el siguiente texto normativo:

> **Artículo 51.- Procedimiento para sancionar**
>
> El procedimiento para sancionar por responsabilidad administrativa funcional a los infractores a quienes se refiere la presente Ley está constituido por dos (2) instancias.

> La primera instancia, a cargo de la Contraloría General, está constituida por un órgano instructor y un órgano sancionador. Ambos poseen autonomía técnica en sus actuaciones. El órgano instructor lleva a cabo las investigaciones y propone la determinación de las infracciones y las sanciones ante el órgano sancionador. Este último, mediante resolución motivada, impondrá o desestimará las sanciones propuestas.
>
> La segunda instancia, a cargo del Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas, resuelve las apelaciones contra las decisiones del órgano sancionador.
>
> El procedimiento para sancionar por responsabilidad administrativa funcional se sujeta a los principios de legalidad y debido proceso, así como a los demás principios de la potestad sancionadora de la administración establecidos en el artículo 230 de la Ley Nº 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

50. La parte demandante sostiene que el artículo 51 de la de la LOCGR, incorporado por la Ley 29622, es inconstitucional por cuanto el procedimiento sancionador por responsabilidad administrativa funcional de la CGR contraviene los principios de independencia e imparcialidad. Ello en la medida de que en la estructura de dicho procedimiento sancionador, tanto el órgano instructor como el órgano sancionador —en primera y segunda instancia— forman parte de la CGR, actuando así como juez y parte en la determinación de la responsabilidad administrativa funcional de funcionarios y servidores públicos.

51. Por su parte el Congreso de la República sostiene que la incorporación del artículo 51 a la LOCGR no vulnera el principio de independencia e imparcialidad, por cuanto guarda coherencia con los requerimientos establecidos en el artículo 23, inciso1, de la LPAG. Además, el órgano instructor y el órgano sancionador son unidades orgánicas de la CGR que poseen autonomía técnica en sus decisiones. Y, si bien el TSRA se encuentra adscrito a la CGR, dicha dependencia solo es de carácter administrativo, por lo que cuentan también con autonomía e independencia técnica y funcional, como ocurre con otras instituciones (Indecopi, OSCE, etc.).

52. Al respecto, recordemos que el artículo 8, inciso1, de la CADH establece lo siguiente:

> Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal (…) independiente e imparcial

> (…) 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.

53. Precisamente, la Corte IDH ha establecido que "[s]i bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula 'Garantías Judiciales', su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, 'sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales' a efecto de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos" precisando que "el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del mismo precepto se aplica también a [l]os órdenes [civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter: corporativo y parlamentario] y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene también el derecho, en general, al debido proceso que se aplica en materia penal" (Caso *Tribunal Constitucional vs. Perú*, de fecha 31 de enero de 2001).

54. De manera similar, tengamos en cuenta que el Tribunal Constitucional tiene dicho que las garantías mínimas del debido proceso deben observarse no solo en sede jurisdiccional, sino también en la administrativa sancionatoria, corporativa y parlamentaria (fundamento 8 de la Sentencia 00358-2013-PA/TC). De ello se infiere que el derecho a ser juzgado por un juez o tribunal independiente e imparcial es una garantía fundamental del debido proceso extensible, como se señaló, al ámbito del derecho administrativo sancionador.

55. Los principios de independencia e imparcialidad tienen un contenido jurídico propio:

    a) *La independencia* tiene una íntima relación con el principio de separación de poderes (artículo 43 de la Constitución), y tiene una manifestación en esencia estructural e institucional. Su contenido pretende 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 (fundamento 70 de la Sentencia 4968-2014-HC/TC).

    En ese sentido, tiene dos dimensiones: a) *externa,* según la cual, la autoridad judicial, en el desarrollo de la función jurisdiccional, no puede 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; b) *interna,* que implica que, dentro de la organización judicial: 1) la autoridad judicial, en el ejercicio de la función jurisdiccional, no puede sujetarse a la voluntad de otros órganos judiciales, salvo que medie un medio impugnatorio; y 2) que la autoridad judicial, en el desempeño de la función jurisdiccional, no pueda sujetarse a los intereses de órganos administrativos de gobierno que existan dentro de la organización judicial (fundamento 7 de la Sentencia 2920-2012-HC/TC).

b) *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 (fundamento 71 de la Sentencia 4968-2014-HC/TC).

Por su parte, la imparcialidad tiene también dos dimensiones: a) *imparcialidad subjetiva,* referida a cualquier compromiso que pudiera tener el juez con las partes procesales o con el resultado del proceso. Desde esta perspectiva, el derecho a un juez imparcial garantiza que una persona no sea sometida a un proceso o procedimiento en el que el juez, o quien está llamado a decidir sobre la cuestión litigiosa, tenga algún tipo de compromiso con alguna de las partes o con el resultado del mismo; b) *imparcialidad objetiva,* referida a la influencia negativa que puede tener en el juez la estructura del sistema, restándole imparcialidad, es decir, si el sistema no ofrece suficientes garantías para desterrar cualquier duda razonable (fundamentos 16 y 17 de la Sentencia 0197-2010-PA/TC).

56. Finalmente, si bien queda claro que ambos derechos reconocidos originalmente en el contexto jurisdiccional también son aplicables en el ámbito del procedimiento administrativo sancionador, en este último caso tanto su contenido como su intensidad deben de ser modulados en función a la naturaleza del procedimiento mismo.

F.1. La distinción entre la actividad de instrucción y la de juzgamiento y su vigencia en el procedimiento administrativo sancionador

57. De acuerdo con el artículo 51 de la LOCGR, incorporado por el artículo 1 de la Ley 29622, el procedimiento para sancionar por responsabilidad administrativa funcional a los infractores a quienes se refiere dicha ley está constituido por dos (2) instancias.

a) La primera instancia, a cargo de la CGR, está constituida por un órgano instructor y un órgano sancionador. Ambos poseen autonomía técnica en sus actuaciones. El órgano instructor lleva a cabo las investigaciones y propone la determinación de las infracciones y las sanciones ante el órgano sancionador. Este último, mediante resolución motivada, impondrá o desestimará las sanciones propuestas.

b) La segunda instancia, a cargo del TSRA, resuelve las apelaciones contra las decisiones del órgano sancionador.

58. Específicamente, el demandante cuestiona que la estructura del procedimiento sancionador vulnera:

a) *El derecho a un juez independiente en su dimensión interna*, en la medida que el órgano sancionador ejercerá sus funciones atendiendo de manera favorable a lo propuesto por el órgano instructor, ya que ambos, al formar parte de la CGR, tienen un mismo interés, que es el de mantener la credibilidad de las actuaciones de dicha entidad;

b) *El derecho a un juez imparcial en su dimensión subjetiva*, toda vez que se advierte que el órgano sancionador y el tribunal de segunda instancia tienen un claro compromiso con una de las partes del procedimiento como es el órgano instructor, ya que todos pertenecen a la misma institución —CGR—; y *en su dimensión objetiva*, debido a que la estructura misma del procedimiento evidencia una falta de imparcialidad por parte del órgano sancionador, porque este se verá influenciado negativamente contra los funcionarios y servidores públicos investigados, al ser el órgano instructor -que propone la sanción- parte de la CGR.

59. Conviene anotar previamente que la diferenciación entre la autoridad que realiza la investigación y el órgano que determina la sanción, en el marco de un proceso sancionador, constituye una manifestación del principio acusatorio en el marco de un proceso penal, como ya lo reconoció el Tribunal Constitucional en el fundamento 5 de la Sentencia 2005-2006-HC/TC al establecer lo siguiente "La vigencia del principio acusatorio imprime al sistema de enjuiciamiento determinadas características: a) **Que no puede existir juicio sin acusación, debiendo ser formulada ésta por persona ajena al órgano jurisdiccional sentenciador,** de manera que si ni el fiscal ni ninguna de las otras partes posibles formulan acusación contra el imputado, el proceso debe ser sobreseído necesariamente; b) Que no puede condenarse por hechos distintos de los acusados ni a persona distinta de la acusada; c) Que no pueden atribuirse al juzgador

poderes de dirección material del proceso que cuestionen su imparcialidad"(énfasis agregado).

60. La importancia de esta garantía es tal que constituyó uno de los fundamentos para la modificación del modelo procesal penal en nuestro país. Así, en la exposición de motivos del Decreto Legislativo 957, que aprueba el Código Procesal Penal de 2004 —vigente en casi todos los distritos judiciales del país—, se señaló lo siguiente: "(...) En ese orden de ideas la estructura del nuevo proceso penal así como sus instituciones allí contenidas se edifican sobre la base del modelo acusatorio de proceso penal cuyas grandes líneas rectoras son: **separación de funciones de investigación y de juzgamiento** (...)" (énfasis agregado). Ello también fue reconocido por el Tribunal Constitucional en el fundamento 3 de la Sentencia 0815-2007-HC/TC: "(...) El nuevo Código Procesal Penal, promulgado mediante Decreto Legislativo N° 957 del 29 de julio de 2004, constituye la culminación de un proceso de reforma iniciado en Latinoamérica a mediados de la década de 1980 (…) En tal sentido, el nuevo modelo de proceso penal posee las siguientes características: a) adopción de un modelo acusatorio-adversarial, que **en esencia presupone la separación de las funciones de investigación y juzgamiento**, así como la activa participación de las partes procesales para la dilucidación de los hechos controvertidos (...)" (énfasis agregado).

61. Es en atención a ello que se ha establecido en dicho cuerpo procesal penal que las funciones de investigación y acusación del delito competen de manera exclusiva al Ministerio Público, en tanto titular de la acción penal (artículo 159, inciso 5, de la Constitución); mientras que la función de administrar justicia es atribuida exclusivamente al Poder Judicial (artículo 138 de la Constitución); diferenciando así al ente instructor y al ente sancionador en el ámbito de la determinación de la responsabilidad penal.

62. El objetivo de esta diferenciación no es otro que el garantizar que la autoridad que juzga se pronuncie con plena convicción, libre de cualquier tipo de prejuicio o idea predeterminada respecto de la situación del imputado y su vinculación con el hecho investigado, que pueda surgir naturalmente producto de los actos de investigación realizados en la etapa de instrucción. Por ende, esta separación de funciones garantiza directamente la imparcialidad del juzgador. Tal como lo señala la Corte Constitucional de Colombia: "la separación funcional entre la instrucción y el juzgamiento no es 'un cambio meramente procedimental', sino que con ella (...) se pretende que la convicción que el investigador se haya formado previamente no se imponga en las decisiones que se adopten en el juicio,

al quedar éstas a cargo de un servidor judicial distinto e independiente de aquél, que con lo cual, también y especialmente, el sujeto pasivo de la acción penal superará la prevención de que su causa siga encaminada hacia tal o cual determinación final" (fundamento 14 de la Sentencia C-762/09).

63. Posteriormente, el T.U.O. de la LPAG ha reconocido dicha garantía en su artículo 246, inciso 2, al señalar que "no se pueden imponer sanciones sin que se haya tramitado el procedimiento respectivo, respetando las garantías del debido procedimiento. **Los procedimientos que regulen el ejercicio de la potestad sancionadora deben establecer la debida separación entre la fase instructora y la sancionadora, encomendándolas a autoridades distintas**" (énfasis agregado). Igualmente, el artículo 252, inciso1, del mismo cuerpo normativo señala que "para el ejercicio de la potestad sancionadora se requiere obligatoriamente haber seguido el procedimiento legal o reglamentariamente establecido caracterizado por: 1. **Diferenciar en su estructura entre la autoridad que conduce la fase instructora y la que decide la aplicación de la sanción** (...)" (énfasis agregado).

64. Merece resaltar que esta exigencia en la estructura del procedimiento sancionador debe ser aplicada a todos los procedimientos administrativos creados mediante leyes especiales, tal como lo señala el artículo 245.2 del mencionado T.U.O. de la LPAG: "Las disposiciones contenidas en el presente Capítulo se aplican con carácter supletorio a todos los procedimientos establecidos en leyes especiales, incluyendo los tributarios, los que deben observar necesariamente los principios de la potestad sancionadora administrativa a que se refiere el artículo 246, **así como la estructura y garantías previstas para el procedimiento administrativo sancionador**"(énfasis agregado).

65. Sin embargo, existe una clara distinción entre la estructura del proceso penal y el procedimiento administrativo sancionador, respecto a la diferenciación entre el órgano instructor y el órgano juzgador: así, mientras que en el primero dichas funciones se encuentran a cargo de instituciones independientes y autónomas, en el procedimiento administrativo sancionador el órgano instructor y el órgano sancionador, si bien están a cargo de autoridades distintas, forman parte de la misma institución.

66. Existen varios procedimientos administrativo sancionadores vigentes, regulados en leyes especiales —a diferencia de un solo proceso penal común (Decreto Legislativo 957)—, con diversos regímenes procedimentales. Estas diferencias en la estructura de dichos procedimientos se justifican en diversas razones: i)

la especialidad técnica del sector para el cual han sido diseñados, ii) el tipo de bienes jurídicos protegidos y su nivel de afectación, iii) la naturaleza de los sujetos que son sometidos a dichos procedimientos (administrados, funcionarios o servidores públicos), vi) la diversa naturaleza jurídica de la entidad competente encargada de su tramitación, entre otros. De la misma opinión es la Corte Constitucional de Colombia cuando señala que "(...) en cada régimen, según las particularidades de cada una de las modalidades sancionatorias que difieren en cuanto a sus intereses, sujetos involucrados, sanciones y efectos jurídicos sobre la comunidad, el legislador y las autoridades con poder de reglamentación o desarrollo normativo, podrá fijar los requisitos puntuales de cada procedimiento" (fundamento 22 de la Sentencia C-762 de 2009).

67. Es en dicho contexto que el legislador consideró conveniente regular un procedimiento administrativo sancionador común, previsto en el T.U.O. de la LPAG, revistiéndolo de las garantías mínimas que debe tener el mismo, acordes con el debido proceso o debido procedimiento. En esa lógica, el principio de independencia e imparcialidad, como se señaló, también tiene vigencia en el marco de los procedimientos administrativos sancionadores. Por lo que, a fin de garantizar el cumplimiento de este, el legislador consideró conveniente diferenciar al órgano instructor del órgano sancionador en el marco de un procedimiento administrativo sancionador, aunque con un matiz del que dicha garantía presenta en el proceso penal.

68. De ahí que considere que la instauración de un procedimiento administrativo sancionador que establezca la diferenciación entre las etapas instructiva y sancionadora —tal como se encuentra previsto en el artículo 51 de la LOCGR, incorporado por la Ley 29622— constituye una medida válida en términos constitucionales, ya que tiene implicancias directas con la protección del derecho a un juez independiente e imparcial en dicho ámbito, lo que garantiza, además, la vigencia de los derechos fundamentales de las partes involucradas.

69. Así pues, con relación a la violación al derecho a un juez independiente e imparcial alegado por la parte demandante, estimo lo siguiente:

    a) No se vulnera el derecho a un juez independiente en su dimensión interna, en la medida en que, tanto el órgano de instrucción como el órgano sancionador, si bien forman parte de la estructura orgánica de la CGR, en el procedimiento administrativo sancionador ambos órganos tienen funciones diferenciadas y complementarias entre sí, lo que impide que el órgano sancionador se sujete a la voluntad del órgano instructor.

Para verificar la dinámica de actuación del órgano instructor y sancionador, se debe analizar las normas de rango infralegal que desarrollan la LOCGR. Sobre ello, el artículo 23.1 del Reglamento de la Ley 29662 establece que la *fase instructiva,* a cargo del órgano de instrucción, comprende las actuaciones previas, el inicio y desarrollo del procedimiento sancionador, culminando con dictado o emisión del pronunciamiento sobre la existencia o inexistencia de infracción por responsabilidad administrativa funcional, en que se propone la imposición de sanción y se remite el correspondiente proyecto de resolución, o, se dispone el archivo del procedimiento, según corresponda. Mientras que, de acuerdo al artículo 23.2, *la fase sancionadora*, a cargo del órgano de sanción, comprende desde la recepción del pronunciamiento del órgano instructor que propone la imposición de sanción, hasta la emisión de la resolución que decide sobre la imposición de sanción o que la declara no ha lugar, disponiendo, en este último caso, el archivo del procedimiento.

Y más aun, a través de la Directiva 010-2016-CG/GPROD *"Procedimiento Administrativo Sancionador por Responsabilidad Funcional"*, aprobada por Resolución de Contraloría 129-2016-CG de fecha 9 de mayo de 2016, se deja en evidencia que la dinámica entre el órgano instructor y el órgano sancionador se realiza garantizando la independencia de ambos.

- Al finalizar la fase de instrucción del procedimiento administrativo sancionador, el órgano instructor emite un pronunciamiento motivado, señalando la existencia o inexistencia de la comisión de infracción por responsabilidad administrativa funcional, grave o muy grave. Al pronunciarse sobre la existencia de infracción, el órgano instructor propone al órgano sancionador la sanción que referencialmente correspondería imponer al administrado. Sin embargo, esta propuesta no vincula al órgano sancionador, a quien le compete efectuar la graduación definitiva de la sanción que corresponde imponer (artículo 7.1.1.4., literal B).

- El órgano sancionador puede devolver el expediente al órgano instructor si considera que existió una incompleta calificación de los hechos como infracciones graves o muy graves; ante ello, el órgano instructor evalúa los argumentos de la devolución, adoptando las acciones correspondientes y elaborando, según sea el caso, un nuevo pronunciamiento o ratificando el contenido del pronunciamiento original. El nuevo pronunciamiento reemplaza al pronunciamiento original,

debiendo ser remitido al órgano sancionador cuando señale la existencia de responsabilidad administrativa funcional, acompañando el correspondiente proyecto de resolución. En caso contrario, cuando de la reevaluación se aprecie la inexistencia de infracción, se emite la resolución correspondiente, culminando el procedimiento sancionador (artículo 7.1.1.5).

- La ratificación del contenido del pronunciamiento original, conjuntamente con el expediente del procedimiento, es remitida al órgano sancionador con las aclaraciones o ampliaciones necesarias respecto a su fundamentación para la emisión de la resolución conforme a su competencia (artículo 7.1.1.5).
- El órgano sancionador evalúa el pronunciamiento del órgano instructor, conjuntamente con el expediente del procedimiento sancionador. Al evaluar el pronunciamiento se verifica la debida fundamentación que justifique aplicar la sanción y sustente la resolución que corresponda. El Órgano Sancionador puede disponer las actuaciones complementarias que sean estrictamente indispensables (artículo 7.1.2.3).

- En caso observe en el pronunciamiento la incompleta calificación de los hechos como infracciones graves o muy graves, devuelve en una sola ocasión el expediente al órgano instructor, mediante comunicación escrita debidamente sustentada, para fines de la reevaluación del pronunciamiento. En este caso, la ratificación del contenido del pronunciamiento, obliga al órgano sancionador a valorar las aclaraciones o ampliaciones que le sean formuladas por el órgano instructor, en la resolución del procedimiento sancionador (artículo 7.1.2.3).

Con todo lo expuesto, queda claro que el órgano sancionador puede cuestionar el pronunciamiento emitido por el órgano instructor sobre la calificación de la infracción cometida e, inclusive, solicitarle que realice o desarrolle actuaciones complementarias para un mejor esclarecimiento de los hechos investigados. Por su parte, el órgano instructor, ante el cuestionamiento realizado por el órgano sancionador, puede modificar su pronunciamiento o ratificarse en su decisión inicial y en la propuesta de sanción que formuló. Ello acredita la independencia de actuaciones que existe tanto en el órgano instructor como en el órgano sancionador. No advierto, entonces, una vulneración del derecho a un juez independiente en su dimensión interna.

b) *No se vulnera el derecho a un juez imparcial en su dimensión subjetiva*, toda vez que no existe un interés compartido entre el órgano instructor y el órgano sancionador. Ello se evidencia en que este último, tal como está regulado el proceso sancionador por responsabilidad administrativa funcional, puede cuestionar el pronunciamiento del órgano instructor, enmendándole su actuación. De allí que no pueda señalarse, como lo hace el demandante, que el interés del órgano instructor es compartido por el órgano sancionador.

Inclusive cabe la posibilidad de que, luego de la etapa de instrucción, el propio órgano instructor determine que no existen indicios suficientes sobre la comisión de infracciones graves o muy graves que generen responsabilidad administrativa funcional, lo que determina la emisión de una resolución de archivo del expediente (artículo 7.1.1.4., literal B de la Directiva 010-2016-CG/GPROD).

Por su parte, el TSRA, de acuerdo con el artículo 56 de la LOCGR, incorporado por el artículo 1 de la Ley 29622, constituye la última instancia administrativa en el procedimiento sancionador. Es un órgano colegiado adscrito a la CGR, con independencia técnica y funcional en las materias de su competencia y autonomía en sus decisiones. Asimismo, el artículo 58 de la citada ley señala sus competencias: a) conocer en segunda y última instancia administrativa los recursos de apelación interpuestos contra la resolución de sanción impuesta por el órgano sancionador; b) revisar la resolución del órgano sancionador pudiendo revocar, confirmar o modificar lo resuelto; y c) las demás que le sean establecidas en las normas complementarias de la referida ley, a efectos de garantizarle el adecuado cumplimiento de las funciones encomendadas. Estas funciones han sido ampliamente desarrolladas en el Reglamento de la Ley 29662, en la Directiva 010-2016-CG/GPROD, así como en Reglamento del TSRA, aprobado por Resolución de Contraloría 244-2013-CG.

En esa medida, el TSRA también está facultado para cuestionar las decisiones que adopte el órgano sancionador, que pudo basar su sanción, a su vez, tomando en cuenta lo señalado por el órgano instructor. Es claro que se trata de tres órganos distintos con funciones diferenciadas e independientes entre sí cuyas competencias radican exclusivamente en lo señalado en la LOCGR, así como en las normas reglamentarias que la desarrollan. No advierto, entonces, una vulneración del derecho a un juez imparcial en su dimensión subjetiva, como aduce el demandante.

c) Finalmente, *tampoco se vulnera el derecho a un juez imparcial en su dimensión objetiva*, toda vez que la estructura misma del procedimiento administrati-

vo sancionador por responsabilidad funcional permite garantizar la imparcialidad de los órganos de instrucción, sancionador y del TSRA en el desarrollo del mismo. Ello, en la medida en que cada uno interviene, de manera autónoma, en una parte del procedimiento administrativo sancionador (instrucción, sanción, apelación). No advierto, entonces, una presunción de parcialidad en el proceso, de acuerdo con la teoría de la apariencia.

Adicionalmente a ello, el propio procedimiento sancionador prevé mecanismos a favor del investigado para garantizar la imparcialidad de las autoridades intervinientes.

- El artículo 6.3, literal "g" de la Directiva 010-2016-CG/GPROD señala como uno de los principios del procedimiento administrativo sancionador por responsabilidad funcional el de "imparcialidad", que establece que los órganos del procedimiento sancionador no tienen ningún tipo de compromiso o prejuicio hacía la materia o administrados comprendidos en dicho procedimiento. Indica además que "en caso contrario, se abstienen conforme a las causales establecidas legalmente", remitiendo al artículo 97 del T.U.O de la LPAG. Finalmente, el referido artículo 6.3, literal "g", señala que la estructura del procedimiento ofrece las suficientes garantías a los administrados para desterrar cualquier duda razonable sobre la actuación de los órganos del procedimiento sancionador.

- El artículo 21 del Reglamento del TSRA establece las causales de abstención de los vocales y personal de la Secretaría Técnica del TSRA, que pueden obedecer a temas de parentesco (incisos a y c), relaciones profesionales o de negocios, o si se hubiese emitido opinión previa sobre el caso (incisos b y e); relaciones amicales o de enemistad (inciso d). Asimismo, los vocales de dicho órgano pueden excusarse del conocimiento de los procedimientos sancionadores por alguna circunstancia debidamente acreditada, diferente a los supuestos de abstención, que pueda afectar su imparcialidad (artículo 23 del Reglamento).

  En ese sentido, tampoco se vulnera el derecho a un juzgador imparcial en su dimensión objetiva.

70. Por todo lo expuesto, considero que la disposición contenida en el artículo 51 de la LOCGR, incorporado por la Ley 29622, no es inconstitucional, por lo que debe ser confirmada en su constitucionalidad y, en consecuencia, la demanda en todos estos extremos también debe ser declarada infundada.

G. LA PRESUNTA INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS DEMÁS DISPOSICIONES DE LA LEY 29622

71. Finalmente, el Colegio demandante también solicita la inconstitucionalidad de las demás disposiciones de la Ley 29622.

- De los artículos 47 (tipos de sanciones); 48 (gradación de sanciones); 49 (independencia de responsabilidades); 50 (registro de sancionados); 52 y 53 (funciones del órgano instructor); 54 (órgano sancionador); 55 al 59 (segunda instancia del procedimiento sancionador); 60 (prescripción) de la LOCGR, incorporados por el artículo 1 de la Ley 29622.
- De los artículos 11 (responsabilidades y sanciones derivadas del proceso de control) y 22, último párrafo (potestad sancionadora de la Contraloría General de la República) de la LOCGR, modificados por los artículos 2 y 3 de la Ley 29622, respectivamente.
- De la Única Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley 29622 (Adición de denominación subcapítulo I "Potestad para sancionar por infracciones al ejercicio del control).

72. En todos los casos, el Colegio demandante señaló que la inconstitucionalidad se produce "(...) por un criterio de conexidad sistemática respecto de la necesaria eliminación de los textos normativos del artículo 45 y 51 incorporados a la Ley 27785 mediante Ley 29622". Es decir, la declaración de inconstitucionalidad de los artículos señalados queda supeditaba —a juicio del demandante— a la declaración previa de inconstitucionalidad de los artículos 45 y 51 de la LOCGR.

73. Al respecto, dado que según lo explicado previamente, al ser constitucionales los artículos 45 y 51 de la LOCGR, incorporados por la Ley 29622, la solicitud de inconstitucionalidad por conexidad de las demás disposiciones también deviene en infundada.

74. Asimismo, cabe anotar que el propio demandante indicó que carece de fundamento pronunciarse por la constitucionalidad de la Primera, Segunda, Tercera y Cuarta Disposición Complementaria Final de la Ley 29622 (referidas a la entrada en vigencia de la ley, su reglamentación, aplicación de infracciones y sanciones, así como a la aplicación de criterios para el ejercicio de control ante decisiones discrecionales), al indicar que estas ya han cumplido sus efectos, por cuanto la Ley 29622 se encuentra plenamente vigente.

75. En el mismo sentido, considero innecesario que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre la validez constitucional de la Primera y Segunda Disposición

Complementaria Transitoria de la Ley 29622, toda vez que también han surtido sus efectos en el tiempo, ya que se refieren a la aplicación progresiva de la ley mencionada, y de las infracciones y sanciones por hechos cometidos antes de la vigencia de esta.

Por estos fundamentos, voto por declarar **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra la Ley 29622, que modifica e incorpora diversos artículos a la Ley 27785, en todos sus extremos.

Asimismo, debe **INTERPRETARSE** el artículo 47 inciso 1, literal "a", de la Ley 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, incorporado por la Ley 29622, en el sentido de que "la inhabilitación para el ejercicio de la función pública es de naturaleza administrativa, por lo que, las restricciones que impone inciden en derechos distintos a los de naturaleza política".

S.

LEDESMA NARVÁEZ

PLENO JURISDICCIONAL

Expedientes 0002-2017-PI/TC, 0005-2017-PI/TC y 0025-2018-PI/TC
(Acumulados)

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

23 de abril de 2019

Caso de la fiscalización de velocidad del tránsito en vías nacionales

Poder Ejecutivo y Colegio de Abogados de Junín
c.
Municipalidad Provincial de Huarochirí

Asunto

Demandas de inconstitucionalidad interpuestas contra las ordenanzas municipales 066-2012/CM-MPH-M y 18-2015/CM-MPH-M mediante las cuales se faculta a la Municipalidad Provincial de Huarochirí para fiscalizar las normas de tránsito en zonas urbanas y/o comerciales.

Magistrados firmantes:

SS.

BLUME FORTINI
MIRANDA CANALES
RAMOS NUÑEZ
SARDÓN DE TABOADA
LEDESMA NARVÁEZ
FERRERO COSTA

TABLA DE CONTENIDOS

I. ANTECEDENTES

A. Expediente 00002-2017-PI/TC. - Demanda interpuesta por el Poder Ejecutivo contra la Ordenanza 066-2012/CM-MPH-M

B. Expediente 00005-2017-PI/TC. - Demanda Interpuesta por el Colegio de Abogados de Junín contra la Ordenanza 066-2012/CM-MPH-M

C. Expediente 00025-2018-PI/TC. - Demanda Interpuesta por el Poder Ejecutivo contra la Ordenanza 058

D. Amici Curiae

II. FUNDAMENTOS

A. Cuestiones procesales previas

B. Parámetro de control a emplearse en este caso

C. Carácter compartido de las competencias en materia de fiscalización de tránsito

D. Distribución específica de las competencias objeto de controversia

E. Resolución de la controversia

III. FALLO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 23 días del mes de abril de 2019, el Tribunal Constitucional, en sesión del Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados, Blume Fortini, presidente; Miranda Canales, vicepresidente, Ramos Núñez, Sardón de Taboada, Ledesma Narváez y Ferrero Costa, pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera conforme al artículo 30-A del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional en los Expedientes 00002-2017-PI y 00005-2017-PI. Asimismo, se agrega el fundamento de voto del magistrado Blume Fortini. Se deja constancia que el magistrado Espinosa-Saldaña Barrera votará en fecha posterior.

I. ANTECEDENTES

A. Expediente 00002-2017-PI/TC -Demanda interpuesta por el poder ejecutivo contra la Ordenanza 066-2012/CM-MPH-M3

Mediante escrito presentado el 29 de marzo de 2017, el Poder Ejecutivo, a través de su procurador público especializado en materia constitucional, interpone demanda de inconstitucionalidad contra la Ordenanza 066-2012/CM-MPH-M, emitida por la Municipalidad Provincial de Huarochirí. Los argumentos que sustentan dicha demanda son, fundamentalmente, los siguientes:

- Si bien los gobiernos regionales y locales cuentan con un amplio margen de autonomía en el ámbito de sus competencias, éstas deben ejercerse "preservando la unidad e integridad del Estado y de la Nación" conforme a lo establecido en el artículo 189 de la Constitución. En ese sentido, el Tribunal Constitucional tiene el deber de garantizar que las actuaciones de dichos niveles de gobierno sean respetuosas de la Constitución y de las leyes orgánicas así como de las competencias que corresponden al Gobierno Nacional y a los organismos constitucionales autónomos.
- En efecto, el principio de lealtad regional y local se deriva de los artículos 189, 191, 192, 194 y 195 de la Constitución y tiene por finalidad asegurar que el proce-so de descentralización no degenere en uno de desintegración. Ello porque, si bien el gobierno del Perú es descentralizado, su Estado es "uno e indivisible" conforme al artículo 43 de la Constitución.

- Para determinar si un gobierno regional o local ha emitido una ordenanza que excede el ámbito de sus competencias, es necesario aplicar *el test de competencia*, que ha sido desarrollado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, y consta de los siguientes principios: (i) unidad (que comprende, los subprincipios de cooperación y lealtad regional y local; taxatividad y clausula de residualidad; y, control y tutela); (ii) competencia (que comprende los subprincipios de distribución de competencias; y, bloque de constitucionalidad); (iii) efecto útil y poderes implícitos; y, (iv) progresividad en la asignación de competencias y transferencias de recursos. Empero, basta con que no se cumpla con uno de esos principios o subprincipios para que la norma impugnada sea declarada inconstitucional.

- La Ordenanza 066-2012/CM-MPH-M no supera *el test de competencia* pues, a través de ella, la emplazada desconoce las competencias normativas y de fiscali-zación que ejerce el Poder Ejecutivo sobre la red vial nacional. Al respecto señala, de un lado, que el artículo 11 de la Ley 27181, General de Transporte, otorga al Poder Ejecutivo la competencia exclusiva para dictar reglamentos en materia de transporte a nivel nacional — los cuáles son de obligatorio cumplimiento para la emplazada — y, de otro lado, que el Poder Ejecutivo tiene competencia exclusiva para fiscalizar la prestación del servicio de transporte terrestre en el ámbito nacional conforme al artículo 16, inciso 1, de la Ley 27181, la cual es ejercida por la Superintendencia de Transporte Terrestre de Personas, Carga y Mercancía (Sutran).

- Si bien los gobiernos locales tienen competencia para regular actividades y/o servicios en materia de tránsito, vialidad y transporte público, éstas son compartidas con el Poder Ejecutivo conforme a lo establecido en el artículo 43, literal g, de la Ley 27783, de Bases de la Descentralización. Por esa razón, las municipalidades están obligadas a acatar los reglamentos emitidos por el Poder Ejecutivo en materia de tránsito y transporte limitándose a emitir normas complementarias que tengan por objeto establecer la forma en que dichos reglamentos deben aplicarse en su respectivo ámbito territorial, conforme dispone el artículo 11 de la Ley 27181.

- Asimismo, si bien los gobiernos locales tienen competencia para fiscalizar el cumplimiento de las normas de tránsito y transporte, éstas no se extienden a las carreteras que forman parte de la red vial nacional pues, si ello ocurriera, estarían desconociéndose las competencias que el Poder Ejecutivo ejerce de manera exclusiva sobre dichas vías.

– Por consiguiente, debe declararse inconstitucional la Ordenanza 066-2012/CM-MPH-M en su totalidad pues, a través de ella, la emplazada se arroga competencias normativas y de fiscalización sobre una carretera que forma parte de la Red Vial Nacional desconociendo las competencias que ejerce el Poder Ejecutivo sobre dicha vía. Sin perjuicio de ello, el artículo 2 de la norma impugnada también es inconstitucional porque atribuye a la norma impugnada efectos retroactivos en contravención de los artículos 103 y 109 de la Constitución.

Posteriormente, mediante escrito de 26 de marzo de 2018, la Municipalidad Provincial de Huarochirí contesta la demanda solicitando que ésta se declare infundada en todos sus extremos. Sus argumentos son, fundamentalmente, los siguientes:

– Contrariamente a lo que se señala en la demanda, la Ordenanza 066-2012/CM-MPH-M no guarda relación con la prestación del servicio de transporte terrestre sino, más bien, con la fiscalización de normas de tránsito. Por tanto, no es posible señalar que la norma impugnada desconoce las competencias normativas o fiscalizadoras del Poder Ejecutivo sobre dicha materia.

– Tampoco puede señalarse que la Ordenanza 066-2012/CM-MPH-M vulnere la competencia del Poder Ejecutivo en materia de redes viales pues ésta no crea un clasificador vial al margen de los oficiales ni desconoce o altera los clasificadores existentes.

– La ordenanza impugnada se limita a establecer la competencia de la Municipalidad Provincial de Huarochirí para fiscalizar el cumplimiento de normas de tránsito en vías que están ubicadas dentro de su ámbito territorial. Ello no significa que exista un vicio de inconstitucionalidad pues dicha competencia no es exclusiva del Poder Ejecutivo sino compartida entre éste y los gobiernos locales máxime si no existe ninguna política del gobierno nacional sobre la materia.

– A través de su demanda de inconstitucionalidad, el Poder Ejecutivo contradice sus actos propios pues, en lugar de desconocer su competencia para fiscalizar el cumplimiento de las normas de tránsito, la Sutran ha colaborado con ella en dicha labor e, inclusive, la ha felicitado.

– Dada la negligencia de Sutran al fiscalizar el cumplimiento de las reglas de tránsito en vías de carácter nacional, la Ordenanza 066-2012/CM-MPH-M resulta necesaria para proteger la vida e integridad física de los vecinos de la provincia de Huarochirí. En efecto, está acreditado que, como consecuencia de las acciones de fiscalización que realiza al amparo de dicha ordenanza, se ha reducido el número de accidentes de tránsito en el ámbito de la provincia.

B. Expediente 00005-2017-PI/TC -Demanda interpuesta por el colegio de abogados de junin contra la Ordenanza 066-2012/CM-MPH-M.

Mediante escrito presentado el 24 de abril de 2017, el Colegio de Abogados de Junin interpone demanda de inconstitucionalidad solicitando que se declaren inconstitucionales en su totalidad las ordenanzas 058-2011/CM-MPH-M, 015-2012/CM-MPH-M y 066-2012/CM-MPH-M, emitidas por la Municipalidad Provincial de Huarochirí.

Mediante auto publicado en el *portal web* institucional el 28 de febrero de 2018, este Tribunal Constitucional admitió a trámite la demanda únicamente en la parte que cuestiona la Ordenanza 066-2012/CM-MPH-M, declarándola improcedente en sus demás extremos.

Los argumentos que sustentan dicha demanda — en la parte que fue admitida a trámite por este Tribunal Constitucional — son los siguientes:

- Al amparo de dicha ordenanza, la Municipalidad Provincial de Huarochirí viene imponiendo *fotopapeletas* a los choferes que circulan por la Carretera Central.. Ello es ilegal y arbitrario pues la competencia para fiscalizar el cumplimiento de las reglas de tránsito en una red vial de primer orden corresponde al Poder Ejecutivo a través de la Sutran y no a los gobiernos locales.

- En efecto, conforme al Texto Único Ordenado del Reglamento Nacional de Tránsito (Código de Tránsito) aprobado mediante Decreto Supremo 016-2009-MTC concordante con las disposiciones pertinentes de la Ley 27783, de Bases de la Descentralización, y 27972, Orgánica de Municipalidades, los gobiernos locales están facultados para fiscalizar el cumplimiento de las reglas de tránsito en vías que forman parte de la red vecinal, rural y urbana mas no en las vías de alcance nacional como la Carretera Central.

- La imposición arbitraria de *fotopapeletas* por parte de la emplazada está generando un daño a los habitantes de las regiones de Junín, Pasco, Huánuco, Ayacucho y Huancavelica vulnerando sus derechos fundamentales de libertad de trabajo, igualdad y debido proceso en sede administrativa e impidiendo que se realice plenamente el potencial turístico y económico de la región central del país.

Posteriormente, mediante escrito de 3 de mayo de 2018, la Municipalidad Provincial de Huarochirí contesta la demanda solicitando que ésta se declare infundada en todos sus extremos. Sus argumentos son, esencialmente, los mismos que se emplearon en la contestación de la demanda presentada en el Expediente 00002-2017-PI/TC.

C. Expediente 00025-2018-PI/TC - demanda interpuesta por el poder ejecutivo contra la ordenanza 18-2015/CM-MPH-M

Mediante escrito presentado el 11 de octubre de 2018, el poder Ejecutivo, a través de su procurador público especializado en materia constitucional, interpone una segunda demanda de inconstitucionalidad contra la Municipalidad Provincial de Huarochirí solicitando, esta vez, que se declare inconstitucional la Ordenanza 18-2015/CM-MPH-M. Sus argumentos son sustancialmente iguales a los que se emplearon para fundamentar la demanda de inconstitucionalidad presentada en el Expediente 00002-2017-PI/TC.

Pese a haber sido notificada oportunamente con la demanda luego de que ésta fuera admitida a trámite, la emplazada omitió contestarla dentro del plazo de ley incurriendo, así, en una situación de rebeldía conforme a lo dispuesto por el artículo 107 del Código Procesal Constitucional.

D. Amicus curiae

Informe presentado por el congresista Víctor Andrés García Belaunde

Mediante auto publicado en el *portal web* institucional el 5 de diciembre de 2018, este Tribunal Constitucional incorporó al Congresista de la República don Víctor Andrés García Belaunde al proceso en calidad de *amicus curiae*. En consecuencia, debe tomarse en cuenta el informe que éste presentó el 23 de agosto de 2018, cuyos principales argumentos son los siguientes:

- En el marco de sus funciones de fiscalización y representación parlamentaria, se apersonó de manera inopinada a la provincia de Huarochirí el 22 de junio de 2018 donde pudo constatar que uno de los lugares desde los cuales la emplazada impone *fotopapeletas* está ubicada en una zona rural y no en una zona urbana.
- A mayor abundamiento, señala que pudo entrevistarse con el alcalde, quien le manifestó que la Ordenanza 066-2012/CM-MPH-M faculta a la Municipalidad Provincial de Huarochirí a imponer *fotopapeletas*. No obstante, refirió que las autoridades municipales no fueron capaces de mostrarle los cinemómetros empleados para medir la velocidad de los vehículos que transitan por la Carretera Central, alegando que se encontraban en mantenimiento.
- De una lectura conjunta de la Ley 27181 y del Código de Tránsito, se desprende que los gobiernos locales tienen competencia para fiscalizar el cumplimiento de normas de tránsito únicamente en vías que forman parte de las redes vecinal,

rural y urbana, mas no en las vías de alcance nacional, con relación a las cuáles la competencia de fiscalización de las normas de tránsito es ejercida exclusivamente por el Poder Ejecutivo a través de la Sutran.

- Dicha competencia corresponde al Poder Ejecutivo de manera exclusiva, incluso en aquellas partes de la Carretera Central que atraviesan zonas urbanas; por tanto, la emplazada no puede invocar la existencia de áreas urbanas para justificar la constitucionalidad de la Ordenanza 066-2012/CM-MPH-M
- Asimismo, ha podido verificarse que la emplazada no cuenta con un convenio vigente con la Policía Nacional del Perú para operar los cinemómetros e imponer fotopapeletas. Se verifica, por el contrario, que dichas acciones de fiscalización son realizadas por los trabajadores de la empresa concesionaria de los cinemómetros, lo que constituye usurpación por parte de un privado de competencias que corresponden al Estado.

Informe presentado por la Asociación de Víctimas de Accidentes de Tránsito

Mediante auto publicado en el *portal web* institucional el xx de xxx de 2019, este Tribunal Constitucional incorporó a la Asociación de Víctimas de Accidentes de Tránsito al proceso en calidad de *amicus curiae*. En consecuencia, también corresponde tomar en cuenta el informe que presentó el 8 de marzo de 2019, cuyos fundamentos principales son los siguientes:

- La Ordenanza 066-2012/CM-MPH-M no desconoce las competencias del Poder Ejecutivo en materia normativa, de fiscalización o de gestión del tránsito; por el contrario, constituye una expresión legítima de las competencia de los gobiernos locales para fiscalizar el cumplimiento de las reglas de tránsito y emitir normas complementarias que faciliten su aplicación.
- Los accidentes de tránsito son la tercera causa de muerte más común en el país y, en el 16.67% de los casos, tienen como causa principal la excesiva velocidad de los conductores. En consecuencia, normas como la Ordenanza 066-2012/CM-MPH-M son necesarias para proteger la vida y la integridad física de las personas que circulan por las vías públicas de la Provincia de Huarochirí.
- Por tanto, la Ordenanza 066-2012/CM-MPH-M no es inconstitucional pues ésta ha sido emitida por la emplazada en ejercicio legítimo de sus competencias y tiene por finalidad reducir la cantidad de accidentes de tránsito mediante acciones de fiscalización idóneas para el cumplimiento de dicho fin.

II. FUNDAMENTOS

A. Cuestiones procesales previas

1. Mediante auto publicado en el *portal web* institucional el 15 de mayo de 2018, este Tribunal Constitucional decidió, en aplicación del artículo 117 del Código Procesal Constitucional, acumular el Expediente 00005-2017-PI/TC al Expediente 00002-2017-PI/TC por considerar que, en ambos casos, las demandas cuestionan la constitucionalidad de la misma norma sobre la base de argumentos similares.

2. A su vez, mediante auto publicado en el *portal web* institucional el 11 de abril de 2019, este Tribunal Constitucional decidió acumular el Expediente 00025-2018-PI al Expediente 00002-2017-PI/TC, señalando que involucran a las mismas partes y plantean una controversia constitucional sustancialmente igual. En consecuencia, resulta necesario resolver estos tres procesos de manera conjunta.

3. Las demandas recaídas en los expedientes 00002-2017-PI/TC y 00005-2017-PI/TC — en la medida en que ésta última fue admitida a trámite — se dirigen exclusivamente contra la Ordenanza 066-2012/CM.MPH-M, publicada el 14 de noviembre de 2012.Empero, la recaída en el Expediente 00025-2018-PI/TC se dirige contra la Ordenanza 018-2015/CM-MPH-M publicada el 20 de abril de 2017.

4. Con ello en mente, es necesario señalar que el texto de las ordenanzas cuya constitucionalidad se cuestiona en el presente caso es el siguiente:

ORDENANZA Nº 066-2012/CM-MPH-M	**ORDENANZA 018-2015/CM-MPH-M**
ORDENANZA QUE RECTIFICA DE OFICIO LA ORDENANZA PROVINCIAL Nº 015-2011/CM-MPH-M QUE RECTIFICÓ A LA ORDENANZA PROVINCIAL Nº 055-2011/CM-MPH-M **Artículo Primero.-** RECTIFICAR DE OFICIO el Artículo Primero de la Ordenanza Provincial Nº 015-2011/CM-MPH-M que rectificó a su vez a la Ordenanza Provincial Nº 055-2012/CM-MPH-M en la forma siguiente: DICE: *"ARTÍCULO PRIMERO.- APROBAR y RATIFICAR la Facultad Legal para desarrollar fiscalización de normas de tránsito en las siguientes vías y zonas urbanas de la provincia de Huarochirí:*	**ORDENANZA QUE APRUEBA EL TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LAS ORDENANZAS QUE REGULA Y DECLARA LAS ZONAS COMERCIALES Y/O ZONAS URBANAS PARA LA FISCALIZACIÓN DE NORMAS DE TRÁNSITO EN LA PROVINCIA DE HUAROCHIRÍ** **Artículo Primero.-** DECLARAR como zonas urbanas y/o comerciales sujetas a fiscalización de normas de tránsito en la Provincia de Huarochirí, en los siguientes distritos: 1. Distrito de Ricardo Palma. 2. Anexo de Cupiche del Distrito de Ricardo Palma.

1. Ricardo Palma.
2. Cocachacra y Asociación de Propietarios de Corcona.
3. Matucana y Centro Poblado de Cacachaqui.
4. San Mateo.
Por ser tramos que están dentro de la jurisdicción, ser parte integrante de la red local y por tener las características de zonas urbanas, toda vez que dichos tramos tienen nomenclatura de Calles y Avenidas, están señalizadas, como ZONA URBANA por el propio Ministerio de Transportes y Comunicaciones, por no contar con el retiro adecuado desde la berma hasta las viviendas, por no tener cruces a desnivel, ni puentes peatonales, además de con contar con vías de evitamiento"
DEBE DECIR:
1. Distrito de Ricardo Palma, ubicado en las Zonas Urbanas, señaladas por el MTC.
2. Distrito de Corcona, ubicado en las Zonas Urbanas, señaladas por el MTC.
3. Distrito de Cocachacra, en las Zonas Urbanas, señaladas por el MTC.
4. La Capital de Provincia Matucana, en las Zonas Urbanas, señaladas por el MTC.
5. El Centro Poblado de Cacachaqui en las Zonas Urbanas, señaladas por el MTC.
6. Distrito de San Mateo, Casapalca y todas las zonas urbanas, señaladas por el MTC y que requieran este control.

Por ser tramos que están dentro de la jurisdicción, ser parte integrante de la red local y por tener las características de zonas urbanas, toda vez que dichos tramos tienen nomenclatura de Calles y Avenidas, están señalizadas, como ZONA URBANA por el propio Ministerio de Transportes y Comunicaciones, por no contar con el retiro adecuado desde la berma hasta las viviendas, por no tener cruces a desnivel, ni puentes peatonales, además de no contar con vías de evitamiento. Cabe señalar que la velocidad y la delimitación a lo largo de estas zonas urbanas, ha sido determinada por el MTC, debido a su alta peligrosidad, sinuosidad, pendientes, curvas, contra-curvas y el alto número de accidentes que marcan un récord histórico."

3. Anexo de Corcona del Distrito de Santa Cruz de Cocachacra.
4. Anexo de Carachacra del Distrito de Santa Cruz de Cocachacra.
5. Distrito de Santa Cruz de Cocachacra.
6. Anexo de Tornamesa del Distrito de San Bartolomé.
7. Distrito de Matucana, Capital de la Provincia de Huarochirí.
8. Centro Poblado de Cacachaqui, del Distrito de Matucana.
9. Distrito de San Mateo.
10. Distrito de Chicla.
11. Anexo de Casapalca del Distrito de Chicla.
12. Anexo 08 de la Comunidad Campesina de Jicamarca del Distrito de San Antonio.
13. Anexo 22 de la Comunidad Campesina de Jicamarca del Distrito de San Antonio.

Por ser tramos que están dentro de la jurisdicción, ser parte integrante de la red vial local y por tener las características de zonas comerciales y/o zonas urbanas, señalizadas por el propio Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

Artículo Segundo.- ENCARGAR, a la Gerencia de Transporte Urbano e Interurbano el desarrollo de los procedimientos de fiscalización de las normas de tránsito en las zonas comerciales y/o zonas urbanas señaladas con el apoyo de la fuerza pública competente.

Artículo Tercero.- PUBLICAR, la presente Ordenanza en el Diario Oficial El Peruano y en la página web cuya dirección es www.muniprovhuarochirimatucana.gob.pe, acorde al principio de transparencia y publicidad.

Artículo Segundo.- ESTABLECER, conforme a las disposiciones de la Ley Nº 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, ya citadas, que la presente rectificación retrotraye los efectos jurídicos generados por las Ordenanzas Provinciales Nº 055-2011/CM-MPH-M y 015-2012/CM-MPH-M respecto a las actuaciones de la administración y operativos de fiscalización realizados y en proceso de ejecución. **Artículo Tercero.-** RATIFICAR, en todos los demás extremos las Ordenanzas materia de rectificación. **Artículo Cuarto.-** PUBLICAR, la presente Ordenanza en el Diario Oficial El Peruano, en la página web cuya dirección es www.munihuarochiri.gob.pe, acorde al principio de transparencia y publicidad	

5. Como puede advertirse, desde un punto de vista formal, la Ordenanza 018-2015/CM-MPH-M no deroga o modifica la Ordenanza 066-2012/CM.MPH-M. Sin embargo, desde un punto de vista material, sustituye íntegramente su contenido normativo remplazándolo por otro nuevo. En la parte considerativa de la Ordenanza 018-2015/CM-MPH-M, se señala lo siguiente:

> es preciso indicar que habiendo analizado y evaluado la Ordenanza 066-2012/CM-MPH-M, de fecha 19 de Octubre (sic) del 2012, se advierte que existen errores en la misma y que es necesario corregir sin alterar lo sustancial del contenido.

6. Así, si bien ambas ordenanzas tienen por objeto facultar a la Municipalidad Provincial de Huarochirí para fiscalizar el cumplimiento de las normas de tránsito y definir los lugares en los que dicha fiscalización debe llevarse a cabo, la Ordenanza 018-2015-/CM-MPH-M busca establecer un nuevo marco normativo corrigiendo los "errores" identificados en la Ordenanza 066-2012/CM.MPH-M.

7. En consecuencia, puesto que el contenido normativo de la Ordenanza 018-2015-/CM-MPH-M sustituye íntegramente el de la Ordenanza 066-2012/CM.MPH-M, correspondería, en principio, declarar la sustracción de la materia con relación a la Ordenanza 066-2012/CM.MPH-M y únicamente emitir un pronunciamiento de fondo sobre la Ordenanza 018-2015-/CM-MPH-M.

8. Empero, reiteradamente, este Tribunal Constitucional ha señalado que sólo es posible declarar la sustracción de la materia en un proceso de inconstitucionalidad cuando:

> la cesación de la vigencia temporal [de las disposiciones impugnadas] es acompañada de la cesación de la 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 (sentencias emitidas en los expedientes 00005-2001-PI/TC, 00004-2004-PI/TC, 00004-2007-PI/TC entre otras).

9. La jurisprudencia constitucional ha precisado que es necesario pronunciarse sobre la constitucionalidad de las disposiciones impugnadas, aún después de que éstas hayan sido derogadas, 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(sentencias emitidas en los Expedientes 0004-2004-PI/TC, 00045-2004-PI/TC y 00003-213-PI/TC entre otras).

10. Si bien la Ordenanza 066-2012/CM.MPH-M ha sido derogada de manera tácita, sus efectos aún no han fenecido íntegramente, pues ésta resulta aplicable a situaciones jurídicas generadas durante su vigencia que vienen discutiéndose en procedimientos administrativos o procesos judiciales que se encuentran en trámite.Por tanto, también corresponde emitir un pronunciamiento de fondo respecto de ella.

B. Parámetro de control a emplearse en este caso

11. Conforme al artículo 75 del Código Procesal Constitucional, una infracción contra la jerarquía normativa de la Constitución puede ser: i) directa o indirecta; ii) de carácter total o parcial; y, iii) tanto por la forma como por el fondo.Una infracción directa se produce cuando una norma con rango de ley contraviene una norma contenida en la Constitución.

12. Por el contrario, una infracción indirecta se produce cuando el parámetro de control está integrado también por normas con rango de ley, a las que haya que acudir por remisión de la Constitución, así como aquellas que regulan la estructura y el funcionamiento de los niveles de gobierno y entidades del Estado conforme a su artículo 106. La jurisprudencia constitucional ha señalado lo siguiente:

> [El parámetro de control] puede comprender a otras fuentes distintas de la Constitución y, en concreto, a determinadas fuentes con rango de ley, siempre que esa condición sea reclamada directamente por una disposición constitucional (v. g., la ley autoritativa en relación con el decreto legislativo)(Sentencias recaídas en los expedientes 00007-2002-AI/TC, 00017-2006-P11'C, 00022-2010-P1/TC, entre otras).

13. Tomando en cuenta que tanto el Poder Ejecutivo como el Colegio de Abogados de Junín han denunciado la existencia de infracciones indirectas a la Constitución, el parámetro de control a emplearse en este caso debe estar integrado también por las normasa las que haya que acudir por remisión y por aquellas que regulan la estructura y el funcionamiento de los niveles de gobierno involucrados en la controversia.

C. Carácter compartido de las competencias en materia de fiscalización de tránsito

14. Con ello en mente, resulta necesario evaluar la constitucionalidad de las ordenanzas 066-2012/CM.MPH-M y 018-2015-/CM-MPH-M verificando, esencialmente, si, a través de ellas, la Municipalidad Provincial de Huarochirí se ha arrogado competencias que son propias del Poder Ejecutivo.

15. Estas ordenanzas declaran, fundamentalmente, que la emplazada es competente para fiscalizar el cumplimiento de normas de tránsito en diversos lugares de la Provincia de Huarochirí. En consecuencia, el análisis debe circunscribirse a determinar si la emplazada cuenta con facultades que para llevar a cabo tales acciones de fiscalización.

16. En lo que aquí interesa, el término *tránsito* hace referencia al conjunto de desplazamientos de personas, vehículos y animales en las vías de uso público. El término *transporte*, en cambio, alude a la actividad económica que tiene por objeto satisfacer la demanda de traslado de personas, y mercancías a cambio de una contraprestación.

17. Las ordenanzas 066-2012/CM.MPH-M y 018-2015-/CM-MPH-M declaran que la emplazada tiene competencia para fiscalizar el cumplimiento de normas de tránsito, sin hacer referencia a las normas que regulan el transporte; razón por la cual éstas últimas no resultan relevantes para resolver la controversia. Sin perjuicio de ello, debe tomarse en cuenta que el artículo 195 de la Constitución dice que:

> Los gobiernos locales promueven el desarrollo y la economía local, y la prestación de los servicios públicos de su responsabilidad, en armonía con las políticas y planes nacionales y regionales de desarrollo.

> Son competentes para:
>
> (...)
>
> 8. Desarrollar y regular actividades y/o servicios en materia de educación, salud, vivienda, saneamiento, medio ambiente, sustenibilidad de los recursos naturales, transporte colectivo, circulación y tránsito, turismo, conservación de monumentos arqueológicos e históricos, cultura, recreación y deporte, conforme a ley [énfasis agregado].

18. De lo anterior se evidencia que, si bien los gobiernos locales tienen competencia para regular el tránsito, ésta debe ejercerse conforme a ley. Ello concuerda con el artículo VIII del Título Preliminar de la Ley 27972, Orgánica de Municipalidades, en cuya parte pertinente se señala:

> Los gobiernos locales están sujetos a las leyes y disposiciones que, de manera general y de conformidad con la Constitución Política del Perú, regulan las actividades y funcionamiento del Sector Público; así como a las normas técnicas referidas a los servicios y bienes públicos, y a los sistemas administrativos del Estado que por su |naturaleza son de observancia y cumplimiento obligatorio.

> Las competencias y funciones específicas municipales se cumplen en armonía con las políticas y planes nacionales, regionales y locales de desarrollo.

19. Así, el hecho de que la Constitución otorgue a los gobiernos locales competencias normativas en materia de tránsito, no significa que éstas sean exclusivas o puedan ejercerse de cualquier manera. Por el contrario, por remisión de la propia Constitución, tales competencias deben ejercerse sin contravenir las normas con rango de ley.

20. A mayor abundamiento, el artículo 43, inciso 6, de la Ley 27783, de Bases de la Descentralización, establece como una de las competencias compartidas que corresponden a los gobiernos locales:

> Transporte colectivo, circulación y tránsito urbano.

21. A su vez, el artículo 81, inciso 2.1, de la Ley Orgánica de Municipalidades establece como una de las funciones específicas compartidas de las municipalidades provinciales:

> Controlar, con el apoyo de la Policía Nacional, el cumplimiento de las normas de tránsito y de transporte colectivo; sin perjuicio de las funciones sectoriales de nivel nacional que se deriven de esta competencia compartida, conforme a la Ley de Bases de la Descentralización.

22. Si bien las municipalidades provinciales tienen competencia para fiscalizar el cumplimiento de las normas de tránsito en su ámbito territorial, dicha competencia no es, pues, exclusiva sino compartida. Al respecto, el artículo 13, inciso 2, de la Ley de Bases de la Descentralización dice que las competencias compartidas:

> Son aquellas en las que intervienen dos o más niveles de gobierno, que comparten fases sucesivas de los procesos implicados. La ley indica la función específica y responsabilidad que corresponde a cada nivel.

23. La competencia de las municipalidades provinciales para fiscalizar el cumplimiento de las normas de tránsito debe ejercerse en forma conjunta con otros niveles de gobierno. A fin de determinar la forma específica en que dichas competencias se distribuyen, es necesario remitirse a las leyes que regulan el sector, entre las cuáles se encuentra la Ley 29380, de Creación de la Sutran, y la Ley 27181, General de Transporte y Tránsito Terrestre.

D. Distribución específica de las competencias objeto de controversia

24. El artículo 2 de la Ley 29380, se señala que la Sutran es competente para:

> supervisar y fiscalizar el cumplimiento de las normas relacionadas con el tránsito y las establecidas en el Reglamento Nacional de Vehículos.

25. En desarrollo de dicha disposición, el artículo 5, literal a, del Reglamento de la Sutran, aprobado mediante Decreto Supremo 33-2009-MTC, señala que ésta es competente para:

> Supervisar el cumplimiento de la normatividad que regula las condiciones de acceso y permanencia y la prestación del servicio de transporte terrestre en sus diversas modalidades, el tránsito de vehículos en la red vial de su competencia, los servicios complementarios y lo dispuesto en el Reglamento Nacional de Vehículos.

26. Por su parte, los artículos 11, 13 y 14 de la Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre disponen lo siguiente sobre el particular:

> **Artículo 11. - De la competencia normativa**
>
> 11.1 La competencia normativa consiste en la potestad de dictar los reglamentos que rigen en los distintos niveles de la organización administrativa nacional. Aquellos 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 y locales, serán de competencia exclusiva del Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción.

11.2 Los gobiernos locales emiten las normas complementarias para la aplicación de los reglamentos nacionales dentro de su respectivo ámbito territorial y de sus competencias, sin transgredir ni desnaturalizar la presente Ley ni los reglamentos nacionales.

Artículo 13. - De la competencia de fiscalización

La competencia en esta materia comprende la supervisión, detección de infracciones y la imposición de sanciones por incumplimiento de los dispositivos legales vinculados al transporte y al tránsito terrestre, de tal forma que se promueva un funcionamiento transparente del mercado y una mayor información a los usuarios.

Artículo 14.- De la asignación de las competencias

14.1 Las competencias en materia de transporte y tránsito terrestre se asignan de acuerdo a lo establecido en la presente Ley y se ejercen con observancia de los Reglamentos Nacionales.

14.2 Las competencias que no sean expresamente asignadas por la presente Ley a ninguna autoridad corresponden exclusivamente al Ministerio de Transportes, Vivienda y Construcción.

27. De todo lo anterior, se deduce queel Poder Ejecutivo está facultado para emitir reglamentos en materia de tránsito, los cuáles son de obligatorio cumplimiento para todos los niveles de gobierno. Las competencias normativas de las municipalidades con relación al tránsito están limitadas a la emisión de normas que coadyuven a la aplicación de los reglamentos nacionales. La distribución específica de las competencias materia de la controversia es la establecida en la Ley 27181 y en los reglamentos nacionales emitidos bajo su amparo.

28. En ese sentido, el artículo 5, inciso 3, del Código de Tránsito — que constituye uno de los reglamentos nacionales mencionados *supra* — establece que las municipalidades provinciales ejercen las siguientes competencias en materia de fiscalización:

> a) Supervisar, detectar infracciones, imponer sanciones y aplicar las medidas preventivas que correspondan por el incumplimiento de las disposiciones del presente Reglamento y sus normas complementarias.

b) Inscribir en el Registro Nacional de Sanciones, las papeletas de infracción impuestas en el ámbito de su competencia; así como las medidas preventivas y sanciones que imponga en la red vial (vecinal, rural y urbana)

c) Aplicar las sanciones por acumulación de puntos cuando la última infracción que originó la acumulación de puntos se haya cometido en el ámbito de su jurisdicción.

d) Mantener actualizado el Registro Nacional de Sanciones en el ámbito de su competencia, conforme a lo dispuesto en el presente Reglamento.

29. Así, se evidencia que las municipalidades provinciales no tienen competencia para fiscalizar el cumplimiento de las normas de tránsito en todas las vías públicas ubicadas en su circunscripción sino solo en las vías urbanas y en las carreteras que forman parte de las redes viales vecinal o rural. Las municipalidades provinciales carecen de competencia para realizar acciones de fiscalización en la Red Vial Nacional o las redes viales regionales o departamentales.

30. A fin de definir con precisión el contenido de estos términos, corresponde remitirse al Reglamento de Jerarquización Vial, aprobado mediante Decreto Supremo 017-2007-MTC, al que hace referencia la Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre, en cuyo artículo 4 se señala lo siguiente:

El Sistema Nacional de Carreteras (SINAC) se jerarquiza en las siguientes tres redes viales: Red Vial Nacional, Red Vial Departamental o Regional y Red Vial Vecinal o Rural, según los criterios señalados en el artículo 8 del presente Reglamento.

a. Red Vial Nacional.- Corresponde a las carreteras de interés nacional conformada por los principales ejes longitudinales y transversales, que constituyen la base del Sistema Nacional de Carreteras (SINAC). Sirve como elemento receptor de las carreteras Departamentales o Regionales y de las carreteras Vecinales o Rurales.

b. Red Vial Departamental o Regional.- Conformada por las carreteras que constituyen la red vial circunscrita al ámbito de un gobierno regional. Articula básicamente a la Red Vial Nacional con la Red Vial Vecinal o Rural.

c. Red Vial Vecinal o Rural.- Conformada por las carreteras que constituyen la red vial circunscrita al ámbito local, cuya función es articular las capitales de provincia con capitales de distrito, éstos entre sí, con centros poblados o zonas de influencia local y con las redes viales nacional y departamental o regional.

31. Así, las competencias de fiscalización en materia de tránsito de las municipalidades provinciales se circunscriben a las vías urbanas —que no forman parte del SINAC— y a las carreteras que forman parte de la Red Vial Vecinal o Rural. En las demás carreteras, ello corresponde al Poder Ejecutivo, en atención al artículo 2 del la Ley de Creación de la Sutran; el artículo 14, inciso 2, de la Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre; y, el artículo 4-A del Código de Tránsito.

32. Por cierto, este Tribunal ha señalado lo siguiente respecto del *principio de taxatividad* y la cláusula de *residualidad*:

> Si bien esta cláusula no ha sido expresamente reconocida en la Constitución, se entiende que lo está tácitamente [en el inciso 10 del artículo 195] (…). Por tanto, las competencias municipales sólo serán aquellas que explícitamente estén consagradas en la Constitución y en las leyes de desarrollo constitucional, de modo que lo que no esté expresamente señalado en ellas, será de competencia exclusiva del Gobierno Nacional (fundamento jurídico 16 de la sentencia emitida en el Expediente 00006-2010-PI/TC).

33. A mayor abundamiento, debe tomarse en cuenta que, cuando una carretera de la Red Vial Nacional atraviesa zonas urbanas, el Poder Ejecutivo mantiene su competencia para fiscalizar el cumplimiento de las normas de tránsito en dicha vía, conforme a lo establecido en la segunda disposición complementaria final del Reglamento de Jerarquización Vial en cuya parte pertinente se señala:

> El Ministerio de Transportes y Comunicaciones ejerce competencia cuando una carretera de la Red Vial Nacional atraviesa zonas urbanas. (...)

E. Resolución de la controversia

34. Después de haberse determinado cuál es la distribución específica de las competencias en materia de fiscalización de normas de tránsito, corresponde pronunciarse sobre la constitucionalidad de las ordenanzas 18-2015/CM-MPH-M y 066-2012/CM-MPH-M, emitidas por la Municipalidad Provincial de Huarochirí.

35. Al respecto, se advierte que, a través de la Ordenanza 18-2015/CM-MPH-M, la emplazada se ha declarado competente para fiscalizar el cumplimiento de normas de tránsito en diferentes partes de la Provincia de Huarochirí, sin discriminar entre las vías de carácter urbano y las carreteras comprendidas en las Red

Vial Vecinal o Rural, de un lado, y las carreteras comprendidas en la Red Vial Nacional y la Red Vial Departamental o Regional, de otro.

36. La emplazada se ha arrogado, pues, competencias para fiscalizar normas de tránsito de manera indiscriminada en buena parte de su circunscripción territorial, la distribución específica de competencias en materia de tránsito establecidas en la Ley 27181, la Ley 29380, el Código de Tránsito y el Reglamento de Jerarquización Vial.

37. La emplazada ha contravenido lo dispuesto en el artículo 81, inciso 2.1, de la Ley Orgánica de Municipalidades, concordante con el artículo 13, inciso 2, de la Ley de Bases de la Descentralización, puesse ha atribuido competencias que no le han sido asignadas de manera expresa por el marco legal aplicable, a fin de ejercer acciones de fiscalización en las carreteras que forman parte de la Red Vial Nacional y de la Red Vial Departamental o Regional.

38. Por tanto, la Ordenanza 18-2015/CM-MPH-M incurre en una infracción indirecta contra el artículo 195, inciso 8, de la Constitución, que otorga competencias a los gobiernos locales en materia de tránsito, pero señala que éstas deben ejercerse conforme a ley.

39. En consecuencia, corresponde declarar fundadas las demandas en este extremo y, por tanto, inconstitucional la Ordenanza 18-2015/CM-MPH-M en su totalidad pues, a través de ella, la emplazada se ha arrogado competencias en lo referido a la fiscalización de normas de tránsito en las carreteras de la Red Vial Nacional y de la Red Vial Departamental o Regional.

40. Adicionalmente, se advierte que, a través de la Ordenanza 066-2012/CM-MPH-M, la emplazada también se ha declarado competente para fiscalizar el cumplimiento de normas de tránsito en diversos lugares de la Provincia de Huarochirí los cuáles, según alega, tienen la condición de "zonas urbanas señaladas por el MTC" (sic).

41. A juicio de este Tribunal, esta ordenanza también deviene inconstitucional pues, a través de ella, la emplazada se declara competente para fiscalizar el cumplimiento de las normas de tránsito en distintos lugares, sin precisar que dicha competencia se limita a las vías urbanas o a las carreteras que integran la Red Vial Vecinal o Rural.

42. En la medida en que la Ordenanza 066-2012/CM-MPH-M faculta a la emplazada a fiscalizar el cumplimiento de normas de tránsito en carreteras que forman parte de la Red Vial Nacional y de la Red Vial Departamental o Regional, tam-

bién incurre en una infracción indirecta contra el artículo 195, inciso 8, de la Constitución.

43. En consecuencia, este extremo de las demandas también debe declararse fundado y, por tanto, inconstitucional en su totalidad la Ordenanza 066-2012/CM-MPH-M.

III. FALLO

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

HA RESUELTO

Declarar **FUNDADA**S las demandas de inconstitucionalidad; en consecuencia, inconstitucionales en su totalidad las ordenanzas 066-2012/CM-MPH-M y 18-2015/CM-MPH-M, emitidas por la Municipalidad Provincial de Huarochirí.

Publíquese y notifíquese.

SS.

BLUME FORTINI
MIRANDA CANALES
RAMOS NUÑEZ
SARDÓN DE TABOADA
LEDESMA NARVÁEZ
FERRERO COSTA

EXP. N° 0002-2017-PI/TC, 0005-2017-PI/TC, y 0025-2018-PI/TC (Acumulados)
Caso de la fiscalización del tránsito en vías nacionales

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI

Si bien concuerdo con la sentencia, que declara FUNDADAS las demandas de inconstitucionalidad y, en consecuencia, inconstitucionales en su totalidad las Ordenanzas 066-2012/CM-MPH-M y 18-2015/CM-MPH-M, emitidas por las Municipalidad Provincial de Huarochirí, debo dejar sentada mi posición sobre el proceso de descentralización que regula nuestra Constitución y el rol que tienen las municipalidades, así como de su importancia para el desarrollo integral y armónico del país.

En consecuencia, me aparto de cualquier fundamento de la sentencia que colisione con mi posición; en especial, de la interpretación que da al denominado "principio de taxatividad", entendiéndolo en el sentido que las competencias no asignadas al gobierno local le corresponden al gobierno nacional.

Mi punto de vista lo desarrollo de acuerdo al siguiente esquema:

1. El carácter descentralizado del gobierno peruano y el rol de las municipalidades en el proceso de descentralización del país.
2. La descentralización como proceso de desarrollo integral y armónico del país.
3. Los gobiernos locales y regionales como principales instrumentos de la descentralización del país. La autonomía municipal y el rango de ley de las Ordenanzas Municipales.
4. La taxatividad.

A continuación, desarrollo dicho esquema, siguiendo la misma numeración temática:

1. El carácter descentralizado del gobierno peruano y el rol de las municipalidades en el proceso de descentralización del país.

Como ya lo tengo manifestado en oportunidades anteriores[1], el artículo 43º de la Constitución de 1993, reproduciendo el numeral 79º de la Carta de 1979, establece que el Perú es una república democrática, social, independiente y soberana, que conforma un Estado único e indivisible, cuyo gobierno es unitario, representativo y *descentralizado*, el cual se organiza en base a la separación de poderes.

Esta tipificación de la forma del Estado Peruano y, especialmente de su forma de gobierno, en cuanto a su carácter descentralizado, a la vez que unitario y representativo, no se encuentra en ninguna de las diez constituciones anteriores a la de 1979 que rigieron en el Perú. En efecto, en lo que atañe a la forma del Estado Peruano, las Constituciones de 1823, 1826, 1828, 1834, 1839, 1856, 1860, 1867 y 1920 no consignaron expresamente un solo artículo en sus textos que hiciera referencia expresa a aquella; mientras que la Constitución de 1933 si recogió en su articulado normas referentes a la forma del Estado Peruano. Así, sus artículos 1º y 2º caracterizaban al Perú como una república democrática y soberana, cuyo Estado era uno e indivisible. En lo que respecta a la forma del gobierno peruano y contrariamente al tratamiento brindado a la forma del Estado, las Constituciones de 1823, 1826, 1828, 1834, 1839, 1856, 1860, 1867 y 1920 si consignaron artículos que la describían con la única excepción de la Constitución de 1933, que guardó un marcado silencio sobre el tema. Ciertamente, las de 1823 (artículo 27º) y de 1826 (artículo 7º) establecieron que era popular y representativo; las de 1828 (artículo 7º) y de 1834 (artículo 7º) le agregaron el carácter de consolidado en la unidad nacional; la de 1839 (artículo 12º) le sumó las características de responsable y alternativo; la de 1856 (artículo 41º) lo describió como democrático, representativo y basado en la unidad; y las de 1860 (artículo 42º), de 1867 (artículo 43º) y de 1920 (artículo 68º) lo tipificaron además como republicano.

Tal constatación significa sin lugar a dudas que, a nivel de normativa constitucional, a partir de la Constitución de 1979 y sin perjuicio de los intentos efectuados en el pasado, se introdujo un cambio inédito y de enorme trascendencia

1 Véase, entre otros, mis comentarios contenidos en el libro colectivo "El rango de ley de las ordenanzas municipales en la Constitución de 1993 (colisión normativa entre ley del Congreso y ordenanza municipal)", editado por la Municipalidad Metropolitana de Lima. Stampa Gráfica. Lima. 1997, pp. 2 – 63.

respecto a la tipificación del gobierno peruano, al introducir en la misma su carácter de *descentralizado*, el cual la Carta Constitucional de 1993 ha mantenido en su precitado artículo 43º, que fuera aprobado con el 79% de votos a favor de los señores miembros del Congreso Constituyente Democrático, como lo enfatizó el doctor Carlos Torres y Torres Lara, ex - Presidente de su Comisión de Constitución.[2]

No es del caso detenerse en este punto en la explicación de las razones históricas, sociales y políticas, entre muchas otras, que tuvo el Legislador Constituyente Peruano para adoptar una decisión de tan tremenda envergadura, pero es evidente que se trató de un cambio sustancial en la forma del gobierno, que apostaba por un modelo que, sin perder sus características de unidad y de representatividad, conllevara un ejercicio del poder realmente descentralizado, que permitiera emprender la tarea de un desarrollo integral, armónico y uniforme del país, acabando con el ancestral centralismo, causante, en gran medida, de los males nacionales.

2. La descentralización como proceso de desarrollo integral y armónico del país.

En esta línea, en orden a la implementación del diseño de gobierno unitario, representativo y *descentralizado* concebido por el Legislador Constituyente Peruano, la Constitución de 1993 ha dado importantes avances que es necesario resaltar, a los efectos del presente voto singular.

Ciertamente, en primer término, ha establecido que la *descentralización es un proceso*, que tiene como objetivo fundamental el desarrollo integral del país. Vale decir, un proceso que permita que en todo el territorio nacional se den los elementos que posibiliten a los peruanos un nivel de vida acorde con su condición de seres humanos, dentro de la inspiración humanista ratificada por la Constitución vigente, que entiende que la persona es el fin supremo de la sociedad y del Estado, por lo que de lo que se trata es que en cada lugar de la República exista acceso a la educación, a la cultura, a la salud, al comercio, a la industria, al esparcimiento y, en general, a todos los elementos que trae consigo la modernidad en procura del bienestar y de la realización del hombre.

En segundo lugar, ha establecido que dicho proceso implica *el ejercicio del gobierno de manera descentralizada y desconcentrada*. Esto es, que para el desarrollo integral del país, sin romper el concepto unitario del gobierno peruano, de-

2 TORRES Y TORRES LARA, Carlos. "La Nueva Constitución del Perú 1993: Antecedentes, Fundamentos e Historia Documentada." Desarrollo y Paz. Lima. 1993, p. 466.

ben reconocerse órganos de gobierno distintos a los que integran la estructura del gobierno central, con poder suficiente para enfrentar en forma autónoma la problemática de cada localidad. Ello, sin perjuicio de la desconcentración, que consiste en la delegación de funciones, atribuciones y decisiones desde el gobierno central (nivel de autoridad superior) hacia niveles de autoridades subordinadas, de menor jerarquía funcional o territorial, dentro del ámbito de la misma persona jurídica, para el mejor cumplimiento de sus fines nacionales. En tal sentido, en la concepción del Legislador Constituyente, la delegación del ejercicio del poder para lograr la ansiada descentralización del país corre por vías paralelas: por la vía de la descentralización propiamente dicha y por la vía de la desconcentración.

En tercer orden, ha establecido que el referido proceso *se da básicamente a través y a partir de las municipalidades*, a las cuales considera *instrumentos de la descentralización del país*. En este punto, es importante resaltar el papel que se asigna a las municipalidades como órganos del gobierno local, a las que no solamente se concibe como entidades encargadas de enfrentar y atender los requerimientos que se presentan en sus respectivas jurisdicciones, en lo que atañe a las necesidades locales, sino también y, principalmente, como medios de materializar la descentralización del gobierno, en tanto entidades que representan a los vecinos de su respectiva circunscripción territorial, quienes, a través del sufragio directo, eligen a sus autoridades y, por medio de los mecanismos de democracia directa, participan en las tareas de su respectivo gobierno local.

En cuarto lugar, ha establecido que las municipalidades, para cumplir su papel de ser instrumentos y expresión de la descentralización, tengan *plena autonomía política, económica y administrativa, en los asuntos de su competencia*.

En quinto orden, ha establecido, en armonía con la referida autonomía política, económica y administrativa, que *las municipalidades mediante sus respectivos Concejos Municipales (equivalentes al Poder Legislativo en el nivel local, en los asuntos de su competencia) tienen la facultad de dictar normas con rango de ley, denominadas Ordenanzas Municipales*.

Estos significativos avances están consagrados en los artículos 188º, 189º, 191º, primer y segundo párrafo y 200º, inciso 4), de la Constitución de 1993, que fueron aprobados en sus textos originales por el 85, 83, 78 y 93% de los votos emitidos por los miembros del ex Congreso Constituyente Democrático[3], que

3 Ibíd. pp. 478-479.

establecen literalmente que "La descentralización es un proceso permanente que tiene como objetivo el desarrollo integral del país.", que "El territorio de la República se divide en regiones, departamentos, provincias y distritos, en cuyas circunscripciones se ejerce el gobierno unitario de manera descentralizada y desconcentrada.", que "Las municipalidades provinciales y distritales, y las delegadas conforme a ley, son los órganos de gobierno local. Tienen autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia. Corresponde al Concejo las funciones normativas y fiscalizadoras; y a la alcaldía, las funciones ejecutivas." Y que, al referirse a la acción de inconstitucionalidad, esta "… procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo.", respectivamente.

3. Los gobiernos locales y regionales como principales instrumentos de la descentralización del país. La autonomía municipal y el rango de ley de las Ordenanzas Municipales

Queda claro de lo expuesto hasta esta parte, la gran importancia que atribuye el Legislador Constituyente Peruano a la descentralización, tanto como una de las principales características del gobierno peruano cuanto como proceso necesario e imprescindible para el desarrollo integral del país; y, dentro de este contexto, a las municipalidades como instrumentos de la descentralización, a las cuales ha dotado de autonomía normativa con rango de ley, en los asuntos de su competencia, por lo que corresponde a continuación detenerse brevemente en el tema relacionado con la autonomía municipal y, dentro de este, en el de la facultad normativa del Concejo Municipal y en el del rango de ley de las Ordenanzas Municipales.

Siguiendo al constitucionalista español Francisco Fernández Segado[4], puede afirmarse que el concepto de autonomía es de muy dificultosa precisión, si es que éste no se analiza dentro de el aquí y el ahora de cada momento histórico, así como de la cobertura constitucional existente en tal momento histórico. En este orden, el citado autor sostiene, siguiendo al profesor Santiago Muñoz Machado que "… el concepto de autonomía es difícil de precisar si no se enmarca

4 FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. "La Autonomía Municipal en la Constitución Española de 1978". Citado por BLUME FORTINI, Ernesto, en el libro "El Rango de Ley de las Ordenanzas Municipales en la Constitución de 1993 (colisión normativa entre ley del Congreso y ordenanza municipal)", editado por la Municipalidad Metropolitana de Lima. Stampa Gráfica. Lima. 1997, p. 3.

en coordinadas concretas de tiempo y lugar y se atiende al contexto normativo en que se emplea porque, ciertamente, es polisémico, relativo, históricamente variable y comprendido en forma diferente en los diversos lugares en que se utiliza."[5]

Sin embargo, no obstante este carácter inicial del concepto de autonomía "si se tiene en cuenta la normativa constitucional peruana, así como los ingredientes que el Legislador Constituyente incorpora dentro de la autonomía asignada a las Municipalidades, resulta patente su voluntad de conformar la autonomía como un principio general de organización territorial del gobierno peruano y, a la par, como el derecho de la comunidad local a participar mediante sus propios órganos en el gobiernos y la administración de cuantos asuntos le atañen", al punto que, como bien apunta el mismo Fernández Segado, siguiendo la más actualizada doctrina que busca la redefinición de la autonomía local basada en el interés respectivo como base del principio de autonomía y, en particular a Alfonso Luciano Parejo, el verdadero objeto de la autonomía local "…*radica en el derecho al autogobierno, que significa el derecho a la atribución de potestades (sin precisar cuáles deban ser éstas) en todos aquellos supuestos en que se vean comprometidas o afectadas necesidades de la comunidad local".*[6]

En este orden de ideas, la autonomía municipal debe ser entendida en su más amplio sentido como la capacidad de la municipalidad "… *para ejecutar y cumplir todas las tareas de la Administración estatal con propia responsabilidad, y esto sin importar la posible trascendencia supralocal de estas tareas, pues lo que determinaría la capacidad sería la afectación a los intereses de los ciudadanos"*[7]. No cabe por consiguiente, una visión limitativa y restringida de la autonomía municipal, máxime cuando a esta se asignan caracteres políticos, económicos y administrativos, sino por el contrario una visión amplia que, en el fondo encierra, una redefinición de la autonomía local, que haga posible una interpretación coherente y armónica con lo que podría denominarse el sistema constitucional de distribución de competencias, el cual rompe los esquemas tradicionales e implica una nueva concepción, dentro de la cual, en la medida del nuevo rol de las municipalidades se incrementan las competencias y atribuciones de estas, así como se disminuyen y limitan las de otros entes estatales que antes (en el esquema centralista) las detentaba. Por ello, en opinión del constitucionalista español antes citado, la afirmación de la autonomía local "… *ha de ser entendida como un*

5 Loc. Cit.
6 Loc. Cit.
7 Loc. Cit.

derecho de la comunidad local a participar a través de órganos propios en el gobierno y administración de cuantos asuntos le atañen".[8]

Con relación a este último aspecto, la intensidad de la participación de la municipalidad, en el ejercicio del gobierno, depende de la relación que se pueda dar entre los intereses locales y los supralocales, en el contexto, como es obvio, de la atención a los problemas emergentes de la realidad local; ya que, por su propia naturaleza, el gobierno local ejerce poder únicamente sobre su respectiva circunscripción territorial.

Recalco que, a la luz de la normativa constitucional vigente, contenida puntualmente en los artículos 43º, 188º, 189º, 191º, 192º, 193º, 194º, 195º, 196º y 200º, inciso 4, de la Constitución de 1993, el Legislador Constituyente Peruano ha concebido a la municipalidad como el órgano del gobierno local, con autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia, encargado de organizar, reglamentar y administrar los servicios públicos locales, así como planificar el desarrollo urbano y rural de sus circunscripciones y ejecutar los planes y programas correspondientes, entre otras funciones, que es instrumento básico de la descentralización del país, en el marco de un modelo que maximiza, revalúa y repotencia al gobierno local, al cual para el cabal ejercicio de sus responsabilidades le ha dado funciones normativas, por intermedio de sus Concejos Municipales, dictando Ordenanzas, que son leyes municipales, de igual rango que las leyes ordinarias que dicta el Congreso de la República.

Sobre la función normativa debe hacerse hincapié que la autonomía política comprende la autorregulación; razón que llevó a consagrar expresamente en el artículo 191º de la Carta Fundamental de 1993 que el Concejo Municipal (que es una suerte de parlamento municipal integrado por el Alcalde y los Regidores) tiene la facultad de legislar o normar en materia municipal y, adicionalmente, de fiscalizar a la Alcaldía (que es el órgano ejecutivo municipal). Nótese en este punto que el Legislador Constituyente crea al legislador municipal o parlamentario municipal, a quien denomina Regidor; y que se trata de un legislador para quien se reservan áreas sobre las que deberá ejercer su función normativa: los asuntos de competencia municipal. Nótese, igualmente, que tal decisión se cimienta también en la teoría de la reserva constitucional o reserva legal, en cuya virtud la normación en el ámbito competencial municipal queda reservada al legislador municipal.

8 Loc. Cit.

A contramano, tal reserva conlleva que el legislador ordinario (que dicta las leyes propiamente dichas: el Poder Legislativo, a través del Congreso de la República), el legislador delegado (que dicta decretos legislativos por delegación del Congreso: el Poder Ejecutivo) y el legislador infralegal (que dicta normas de inferior jerarquía que las leyes: el Poder Ejecutivo, entre otros), han quedado privados de normar en materias propias de las municipalidades, ya que esa tarea ha sido entregada al legislador municipal, en concordancia con la autonomía política que tienen las municipalidades.

Como está dicho la función legislativa o normativa municipal la realiza el legislador municipal vía Ordenanzas, que son en puridad leyes municipales; dispositivos o normas jurídicas (en el más estricto sentido) que regulan el ámbito competencial municipal y, en general, atienden a la necesidad normativa que presenta la problemática local o municipal. Empero, también en concordancia con la autonomía política, que, como quedó enfatizado, conlleva a la autonormación o autorregulación, el Legislador Constituyente Peruano le ha dado a la Ordenanza Municipal el rango de ley, al establecer en el artículo 200º, inciso 4), de la Constitución, al referirse a las normas impugnables por causal de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, que tienen rango de ley, al igual que las leyes propiamente dichas, los decretos legislativos, los decretos de urgencia, los tratados, los reglamentos del Congreso y las normas regionales de carácter general.

El rango significa "…índole, clase, categoría, calidad…"[9]. Por lo tanto, el rango de ley significa índole, clase, categoría y calidad de ley. En tal sentido, si por disposición constitucional la Ordenanza Municipal tiene rango de ley, consecuentemente tiene índole, clase, categoría y calidad de ley; raciocinio que permite arribar a la conclusión que la Ley del Congreso y la Ordenanza Municipal tienen igual índole, clase, categoría y calidad, diferenciándose únicamente en la materia normativa que corresponde a cada una.

4. La taxatividad

En el presente caso, existe norma expresa que delimita las competencias municipales para fiscalizar el cumplimiento de las normas de tránsito en su jurisdicción, precisando que estas comprenden actos de fiscalización en las vías urbanas y en las redes viales vecinales o rurales, mientras que la fiscalización de la red vial

9 CABANELLAS, Guillermo. "Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual." Editorial Helíasta S.R.L., 1989, Tomo VII, p. 10

nacional y las redes viales regionales o departamentales corresponde al gobierno nacional.

En tal sentido, las ordenanzas cuestionadas, al regular la facultad para fiscalizar la red vial nacional y las redes viales regionales y departamentales de Huarochirí, han sobrepasado el límite impuesto por el bloque de constitucionalidad competencial nacional.

De otro lado, dejo constancia, una vez más, de mi discrepancia con la interpretación del llamado "principio de taxatividad" (residualidad en favor del gobierno nacional) (ver su fundamento 32); fórmula que, estimo, colisiona frontalmente con la interpretación que corresponde al modelo de Estado Constitucional Unitario Descentralizado consagrado en la Constitución y que propugna una residualidad a favor del gobierno local.

Es más, en abono de la fórmula constitucional de residualidad a favor del gobierno local y, en su caso, del gobierno regional, la Ley de Bases de la Descentralización, que hace bloque de constitucionalidad con la Constitución, establece:

> "Las actividades de gobierno en sus distintos niveles alcanzan mayor eficiencia, efectividad y control de la población si se efectúan descentralizadamente. La subsidiariedad supone y exige que la asignación de competencias y funciones a cada nivel de gobierno, sea equilibrada y adecuada a la mejor prestación de los servicios del Estado a la comunidad."

Por consiguiente, a mi modo de ver, de no haber norma expresa que regule la competencia en determinado asunto (lo que no ha ocurrido en este caso), corresponde que la asuma el ente descentralizado que pueda realizar la actividad de gobierno de modo más efectivo, directo y eficiente.

S.

BLUME FORTINI

Caso de la fiscalización de velocidad de tránsito en vías nacionales

Lima, 24 de abril de 2019

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Coincido con el sentido de lo resuelto por mis colegas magistrados. Sin embargo, deseo hacer algunas precisiones sobre nuestra forma de Estado y el proceso de descentralización territorial, a la luz de lo prescrito en nuestra Constitución y lo precisado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional al respecto:

1. A lo largo de nuestra historia la descentralización territorial en el Perú, más que una práctica concreta seguida de manera consecuente, muchas veces ha sido, ante todo, un discurso bien intencionado, o inclusive, aunque sea duro decirlo, una promesaobjeto de manipulación por diversos sectores. En dicho escenario, se aprecia cómo hasta la fecha continúa existiendo una serie de imprecisiones y problemas no resueltos en torno a la descentralización territorial, tanto es así que aún no existen posiciones bien definidas en diversos asuntos cuya relevancia es insoslayable.De esta manera, y como cuestión principal, ha sido difícil esclarecer con cuales son los alcances de la forma de Estado peruano, alcances que, por lo demás, ha ido mutando en el tiempo, hasta llegar al modelo previsto en nuestra Constitución de 1993 (el cual, por cierto, ya ha sido objeto también de algunas importantes reformas).

2. Conviene anotar también que el proceso de descentralización territorial ha sido una preocupación constante para el Tribunal Constitucional, a la cual ha debido atender de manera recurrente. Ello por ejemplo, se manifiesta con ocasión de resolverconflictos de competencias que se presentan entre los diversos niveles de gobierno (nacional, regional y local), fricciones que, en nuestro modelo de jurisdicción constitucional, deben ser canalizados a través de los procesos competenciales y los procesos de inconstitucionalidad (recurriéndose estos últimos, cuando el conflicto de competencias se sustenta en normas con rango de ley).

3. Respecto al asunto de fondo, tenemos que, y muy a despecho de ciertos esfuerzos históricamente seguidos en otro sentido, lamentablemente en el Perú el

ejercicio del poder a nivel territorial se ha encontrado concentrado y centralizado en Lima, con indudables consecuencias a nivel social, político y económico. Esto, ciertamente, es de lamentar pues los ciudadanos y las autoridades de gran parte del país en muchas ocasiones se han encontrado (y se encuentran) alejadas de muchas decisiones importantes que les involucran directamente, decisiones respecto a las cuales dichas personas tienen importantes consideraciones que aportar, tanto a nivel social, político y técnico.

4. En ese marco, es claro que la descentralización territorial implica un redimensionamiento completo respecto del ejercicio del poder político. De este modo, la descentralización constituye una importante opción para acercar el gobierno a los ciudadanos, democratizando la toma de aquellas decisiones que, en líneas generales, pueden ser consideradas como la de mayor relevancia en nuestra sociedad. También ayuda a apuntalar modelos alternativos de desarrollo social y económico. Así, y manteniéndonos en el contexto propio de la forma de Estado unitario, la descentralización territorial se presenta entonces en el Perú como una necesidad estrechamente vinculada con la democracia y el desarrollo social, que merece una atención y materialización impostergable.

5. Ya en el ámbito normativo, vemos que, de una lectura conjunta de los artículos 43 (el gobierno peruano es unitario y descentralizado) y 188 (sobre el proceso de descentralización) de la Constitución, la forma del Estado peruano puede ser calificada, como también lo ha señalado el Tribunal Constitucional, de *Estado unitario y descentralizado*, o, dicho con otras palabras, de un Estado que se encuentra incursa en un *proceso de descentralización territorial*. Esta descentralización territorial se presente hoy como una política permanente del Estado y cuyo objetivo fundamental es el desarrollo integral del país.

6. Ahora bien, nuestra forma de Estado *unitario y descentralizado* no debe confundirse con la de un *Estado unitario con cuotas de desconcentración*, tal como pasaré a explicar. Al respecto, y en primer lugar, respecto a la noción de Estado unitario, conviene tener presente de que se trata de aquella forma estatal que cuenta con un centro de gobierno único o principal, desde el cual se toman las decisiones más importantes dentro de un Estado. En este eventualmente, buscándose tal vez una mejor distribución de competencias, alguna cuota de democratización del ejercicio del poder estatal o quizá el apuntalamiento de modelos de desarrollo alternativo en alguna comunidad en especial, puede ocurrir que se concedan o transfieran determinadas de competencias a entes descentralizados, con ciertas, aunque usualmente acotadas, cuotas de autonomía.

7. La desconcentración, por su parte, fue descrita por Hauriou en su momento como una técnica administrativa. Es sin duda diferente de la descentralización. Y es que si bien la desconcentración tiene en común con la descentralización que en ambas existe una tendencia centrífuga, que aproxima la Administración al administrado. Sin embargo, la desconcentración se encuentra tan solo limitada a delegar ciertas competencias administrativas, en lo que se constituye antes como una "técnica de autoridad" y no como una "técnica de libertad"[10]. De este modo, la desconcentración mantiene el centralismo, y si bien no supone que toda la actividad pública se realice en el centro político estatal, únicamente otorga potestades administrativas y, en algunos casos testimoniales, a los niveles subnacionales de gobierno. De esta manera, en un *Estado unitario con desconcentración* no se transfieren competencias ni recursos, pues las dinámicas de reparto y transferencia de competencias, con vocación permanente, además, es patrimonio de los procesos de descentralización.

8. Ya respecto a la *descentralización territorial*, la cual caracteriza a nuestro *Estado unitario y descentralizado*, antes que ser una técnica administrativa para trasladar los beneficios del centro político hacia las poblaciones periféricas expectantes, es principalmente una forma de distribución el poder del Estado dentro del territorio. Más específicamente, la descentralización territorial implica la transferencia (y no la delegación) de competencias, que pasan del tradicional centro político a las entidades subnacionales (gobiernos regionales y locales en el caso peruano). Así considerado, las regiones y los municipios se erigen como ejes propios de desarrollo, y cuentan con plena autonomía y con espacios propios de participación y de decisión política.

9. En este sentido, el actual artículo 188 de nuestra Constitución es muy claro cuando señala que "la descentralización es una forma de organización democrática y constituye una política permanente de Estado, de carácter obligatorio que tiene como objetivo fundamental el desarrollo integral del país. El proceso de descentralización se realiza por etapas, en forma progresiva y ordenada conforme a criterios que permitan una adecuada asignación de competencias y transferencia de recursos del gobierno nacional hacia los gobiernos regionales y locales".

10. En este orden de ideas, el desarrollo integral del país –objetivo constitucionalmente consagrado–implica que cada espacio subnacional cuente con las garan-

10 HAURIOU, André. Derecho Constitucional e Instituciones Políticas. Segunda edición, Ariel, Barcelona, 1980, p. 185.

tías suficientes para plantear sus propias líneas de desarrollo. Con ese propósito, cabe recordar que este Tribunal ha señalado que "(...) nuestra Constitución no sólo ha conferido a los gobiernos descentralizados (regional y local) autonomía administrativa, sino también económica, y, lo que es más importante, autonomía política. Esta última se traduce, de un lado, en la elección de sus órganos por sufragio directo (artículo 191 de la Constitución), y, de otro, en la capacidad de dictar normas con rango de ley (artículos 192.6 y 200.4 de la Constitución)" (STC Exp. n.°00020-2005-PI, f. j. 38; STC Exp. n.°00034-2009-PI, f. j. 7).

11. Así considerado, los gobiernos regionales y locales deben contar con condiciones que les permitan decidir y generar su propio desarrollo, tanto a partir de las políticas que adopten de manera autónoma, como también de las relaciones que entablen con el centro y también entre ellas. La descentralización territorial, entonces, queda vinculada a la posibilidad de que cada localidad pueda gozar de autonomía, así como de generar sus propias dinámicas de desarrollo de acuerdo a sus propias decisiones, en un marco de subsidiariedad.

12. Ahora, lo que he anotado hasta el momento sobre nuestra forma de Estado y sobre el proceso de descentralización debe tenerse en cuenta al momento de enfrentar conflictos competenciales como el presente. De manera más específica, en lo que se refiere al llamado "test de competencia", por ejemplo, al cual suele hacer referencia el Tribunal Constitucional para resolver este tipo de controversias, debemos indicar que este no puede entenderse como un test que arrojará, indubitablemente, una respuesta correcta para cada caso. Por el contrario, el uso de criterios como los de *unidad*, *cooperación y lealtad* (nacional y regional), o *taxatividad y cláusula de residualidad*, deberán ser entendidos y aplicados siempre respetando nuestra forma de Estado *unitario y descentralizado*. Dicho con otros términos: y es que si bien el nuestro es un Estado unitario (por lo cual opera a favor del gobierno nacional la cláusula de residualidad de las competencias), está inmerso en un proceso de descentralización en el cual existen verdaderas autonomías (que en ningún caso deben ser minimizadas o soslayadas).

13. Así considerado, las respuestas que brinde el Tribunal Constitucional a estas cuestiones no pueden partir de asumir que el gobierno nacional detenta, prima facie, algo así como una jerarquía superior frente a los demás niveles de gobierno, y que ello se traduzca, por ejemplo, en la primacía de las decisiones del gobierno central, al margen o en perjuicio de las competencias constitucionales y legales establecidas para los diversos niveles de gobierno; o que debe entenderse que es mayor la lealtad constitucional en dirección hacia el gobierno

nacional, que hacia los gobiernos regionales o locales; o, finalmente, que todas las decisiones importantes para nuestra comunidad deben ser de competencia del gobierno nacional.

14. Por el contrario, debe tenerse en cuenta que lo que manda en las relaciones entre los diversos niveles de gobierno territorial más bien son las competencias establecidas (expresas, aunque a veces tácitas o implícitas), la residualidad en los supuestos en los que las competencias que no hayan sido reguladas, así como el deber de colaboración y lealtad mutua entre diversos los gobiernos.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

PLENO JURISDICCIONAL

Expediente 0009-2015-PI/TC

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

16 de abril de 2019

Ciudadanos
c.
Poder ejecutivo

Asunto

Demanda de inconstitucionalidad contra diversos artículos del Decreto Legislativo 1133 "Decreto Legislativo para el ordenamiento definitivo del Régimen de pensiones del personal militar y policial"

Magistrados firmantes:

SS.

BLUME FORTINI
MIRANDA CANALES
RAMOS NÚÑEZ
LEDESMA NARVÁEZ
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA
FERRERO COSTA

TABLA DE CONTENIDOS

I. ANTECEDENTES

A. Petitorio constitucional

B. Debate constitucional

B.1. Argumentos de la demanda y otras intervenciones procesales

B.2. Contestación de la demanda y otras intervenciones procesales

II. FUNDAMENTOS

§ 1. SOBRE LA ALEGADA INCONSTITUCIONALIDAD FORMAL

§ 2. SOBRE LA ALEGADA INCONSTITUCIONALIDAD MATERIAL

2.1. Los principios de universalidad y solidaridad en materia pensionaria

2.2. El principio-derecho a la igualdad y la proscripción de la discriminación en materia pensionaria

2.3. La naturaleza, contenido y alcances del primer párrafo artículo 174 de la Constitución

2.4. Sobre la supuesta vulneración del artículo 10 de la Constitución por los artículos 15, 25, 26, 28 y 31 del Decreto Legislativo 1133

2.4.1. El caso de los artículos 15, 25, 26 y 31 del Decreto Legislativo 1133

2.4.2. El caso del artículo 28 del Decreto Legislativo 1133

2.5. Sobre la supuesta vulneración de los artículos 11 y 168 de la Constitución por los artículos 28, 36 y la octava disposición complementaria final del Decreto Legislativo 1133

2.5.1. Sobre la presunta vulneración del artículo 11 de la Constitución

2.5.2. Sobre la presunta vulneración del artículo 168 de la Constitución

2.6. Sobre la supuesta vulneración del derecho a la propiedad por el artículo 17 del Decreto Legislativo 1133

2.7. Sobre la eventual vulneración del principio de legalidad y la supuesta contravención de lo dispuesto en los Decretos Leyes 18081, 21021 y en las Leyes 10308, 24533, 24916, 25413, 28359, 29362

2.8. Sobre la eventual vulneración del principio de razonabilidad por el artículo 6 del Decreto Legislativo 1133

2.9. Sobre la supuesta vulneración de los artículos 38, 51,118 inciso 8, y 138 de la Constitución

III. FALLO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 16 días del mes de abril de 2019, el Tribunal Constitucional, en sesión del Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Blume Fortini, presidente; Miranda Canales, vicepresidente; Ramos Núñez; Sardón de Taboada, Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento del magistrado Ferrero Costa aprobado en la sesión de Pleno del día 5 de setiembre de 2017. Asimismo, se agregan los fundamentos de voto de los magistrados Blume Fortini, Miranda Canales y Espinosa-Saldaña Barrera y el voto singular del magistrado Sardón de Taboada.

I. ANTECEDENTES

A. Petitorio constitucional

Seis mil ciudadanos, con fecha 10 de febrero de 2015, presentan demanda de inconstitucionalidad cuestionando diversos artículos del Decreto Legislativo 1133*, Decreto legislativo para el ordenamiento definitivo del Régimen de pensiones militar y policial*, publicado el 9 de diciembre de 2012 en el diario oficial *El Peruano*.

En defensa de la constitucionalidad del decreto legislativo objetado, con fecha 5 de octubre de 2015, el procurador púbico adjunto del Ministerio de Defensa contesta la demanda negándola y contradiciéndola en todos sus extremos, y solicita que se la declare infundada.

B. Debate constitucional

Las partes postulan una serie de razones o argumentos sobre la constitucionalidad de las normas objetadas que, resumidamente, se presentan a continuación:

B.1. Argumentos de la demanda y otras intervenciones procesales

Los demandantes alegan que mediante la referida ley se ha vulnerado la Constitución Política de 1993 tanto por la forma como por el fondo. Con relación a los vicios de inconstitucionalidad por la forma, los demandantes sostienen que el Decreto Legislativo 1133:

i. regula materias que la Constitución Política reserva, específicamente, a otra fuente formal del derecho, contraviniendo además el principio de unificación del régimen de pensiones del personal militar y policial así como el principio de equivalencia;

ii. vulnera el ámbito de la delegación de facultades otorgado por el Congreso de la República al referirse a la iliquidez e insolvencia que supuestamente afrontaba el régimen del Decreto Ley 19846;

iii. quebrantó el procedimiento legislativo previsto en la Constitución, en la medida en que no hubo una comisión dictaminadora que aprobara el proyecto de ley del decreto en cuestión, pese a ser un requisito exigido por el artículo 105 de la Constitución; en todo caso, tampoco se dictaminó en el ámbito del Consejo de Ministros correspondiente de conformidad con el artículo 126; y

iv. no ha sido reglamentado, por lo que se ha vulnerado el artículo 118, inciso 8, de la Norma Fundamental.

Con relación a los vicios de inconstitucionalidad por el fondo, los demandantes sostienen que el Decreto Legislativo 1133, básicamente, vulnera el principio-derecho a la igualdad, así como los artículos 38, 51 y 138 de la Constitución.

Concretamente, los demandantes indican que los artículos y disposiciones cuestionados, (esto es, los artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 9, 10, 13, 14, 15, 16, 17, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 34, 35, 36, 37, 38, y la disposición complementaria final segunda, tercera, quinta, octava y novena) vulneran los principios de universalidad, solidaridad, igualdad de oportunidades sin discriminación, el principio de legalidad, los artículos 10, 11, 104, 105, 168 y 174 de la Constitución, así como lo dispuesto en los Decretos Leyes 18081, 21021 y en las Leyes 10308, 24533, 24916, 25413, 28359, 29362.

Con fecha 25 de octubre de 2016, los demandantes presentaron un escrito respondiendo a las interrogantes surgidas en la vista de la causa, y reiteraron que el Decreto Legislativo 1133 vulnera el principio de razonabilidad, unificación e igualdad de oportunidades sin discriminación, jerarquía de las normas, el derecho a la renovación de la cédula para los pensionistas de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional que pasaron al retiro antes del 10 de diciembre de 2012, el principio de equivalencia, los artículos 104, 105 y 126 de la Constitución; y precisaron que la Sentencia 7357-2013-PA/TC no constituye precedente vinculante.

B.2. Contestación de la demanda y otras intervenciones procesales

El demandando contradice la demanda argumentando que el decreto legislativo cuestionado no ha incurrido en los supuestos vicios de inconstitucionalidad por la forma y tampoco por el fondo.

En lo que respecta a los supuestos vicios de inconstitucionalidad por la forma, el demandado refiere que la expedición del Decreto Legislativo 1133 no ha vulnerado el principio de reserva de ley en la medida en que no excluye la posibilidad de delegación a fin de que a través de una norma con rango de ley, como son los decretos legislativos, se puede regular lo relacionado con las pensiones.

Asimismo, indica que tampoco se ha quebrantado el procedimiento para su aprobación, porque primero se promulgó la Ley Autoritativa 29915, y posteriormente, el Decreto Legislativo 1133.

En cuanto a los supuestos vicios de inconstitucionalidad por el fondo, el demandado sostiene que no se ha vulnerado el principio-derecho a la igualdad y a la no discriminación puesto que ello solo se produciría si a los pensionistas del Decreto Ley 19846 se les hubiesen atribuido consecuencias jurídicas diferentes a través del Decreto Legislativo 1133, lo que en el presente caso no sucede.

Asimismo, refiere que la expedición del citado Decreto Legislativo 1133 ha respetado el principio de jerarquía normativa, máxime si existe un pronunciamiento por parte del Tribunal Constitucional donde se señala que dicho Decreto Legislativo se ha expedido conforme a las facultades conferidas por el Congreso de la República en la correspondiente ley autoritativa.

Alega que el artículo 174 de la Constitución se refiere a una equivalencia entre grados similares que ostentan los miembros de las fuerzas armadas y los de la Policía Nacional del Perú, de tal manera que queden totalmente homologadas entre sí pese a ser instituciones diferentes, pero ello no significa que se trate de una equivalencia entre el personal activo y el personal en retiro.

Añade que el nuevo régimen de pensiones del personal militar y policial, regulado a través del Decreto Legislativo 1133, se basa principalmente en la primera disposición final y transitoria de la Constitución Política del Perú de 1993. Además, el Decreto Legislativo 1133 no establece la derogación del Decreto Ley 19846 porque dicha norma seguirá siendo aplicable al personal militar y policial que antes del 10 de diciembre de 2012 se encontraba en retiro y al personal que se encontraba en actividad a fin de no afectar en modo alguno los derechos y beneficios del personal activo y pensionista que pertenezca a dicho régimen, manteniéndose para ellos las mismas condiciones y requisitos.

La parte demandada señala además que el Decreto Legislativo 1133 crea un nuevo régimen pensionario y por ende resulta indispensable "otorgar" nuevas reglas pensionarias aplicables a militares y policías que luego de la entrada en vigencia de dicho decreto legislativo pasen a retiro; lo cual justifica que se utilice el término "otorgar" en vez de "reconocer".

En el caso concreto de las pensiones de sobrevivientes, refiere que el artículo 25 del citado decreto legislativo establece claramente qué tipos de pensión de sobrevivientes otorga dicha norma, a saber, a) viudez, b) orfandad y c) ascendencia; razón por cual lo argumentado por los demandantes no resulta conforme con la realidad.

En lo que respecta a las compensaciones que tiene toda persona que pasa a la situación de retiro, resulta falsa la aseveración según la cual en el Decreto Legislativo 1133 se ha retirado dicho derecho, por cuanto ello se encuentra regulado en el artículo 9 del Decreto Legislativo 1132.

Asimismo, indica que el deber de aportar 6 % de la remuneración pensionable que establece el Decreto Legislativo 1133 encuentra sustento en el criterio de sostenibilidad financiera establecido en la primera disposición final y transitoria de la Constitución.

El procurador del demandado añade que lo que busca el Decreto Legislativo es mantener un sistema pensionario militar y policial más estable económicamente, a fin de no generar desbalances financieros al Estado, pero ello no significa, bajo ningún punto de vista, que se anule, retire o suspenda el derecho a la pensión. Antes bien, solo se busca regularla a fin de que persista y sea sostenible en el futuro.

En cuanto a las pensiones de invalidez, el procurador del demandado indica que ninguna de las normas que regulan las remuneraciones y pensiones del personal militar y policial pretende desconocer dicho derecho a la pensión de invalidez, como erróneamente aseveran los demandantes.

Indica también que el recorte aparentemente drástico de pensiones que cuestionan los demandantes respecto a las pensiones de las viudas, huérfanos y ascendientes del personal militar y policial encuentra sustento en la finalidad de reforma del sistema pensionario militar policial, que busca ser un sistema más sostenible en el futuro, y no caer en los problemas financieros que trajo consigo el régimen pensionario del Decreto Ley 19846.

Refiere que las opciones dadas por el Decreto Legislativo 1133 para el personal que pase a situación de retiro sin haber alcanzado el tiempo mínimo de 20 años de servicios no desconocen los aportes de estos últimos y les dan la posibilidad de formar parte de otro sistema pensionario a fin de cumplir los requisitos para obtener una pensión.

Por último, el procurador del demandado sostiene que las disposiciones complementarias finales no incurren en violación del mandato que proscribe la discriminación por cuanto lo el Decreto Legislativo 1133 únicamente 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 29915, que delega en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar en materia de fortalecimiento y reforma institucional del sector interior y defensa nacional, reforma que no vulnera las disposiciones invocadas en la demanda.

Mediante el escrito de fecha 2 de noviembre de 2016, el procurador del demandado invoca lo resuelto por este Tribunal en la Sentencia 7357-2013-PA/TC, donde se indicó que con la entrada en vigencia de determinados artículos de los Decretos Legislativos 1132 y 1133 no se afectó el derecho a la igualdad del recurrente.

II. FUNDAMENTOS

1. En el presente caso corresponde analizar los presuntos vicios de inconstitucionalidad en los que habría incurrido el Poder Ejecutivo al expedir el Decreto Legislativo 1133, publicado el 9 de diciembre de 2012 en el diario oficial *El Peruano*, que establece el ordenamiento definitivo del régimen de pensiones del personal militar y policial.

2. Con relación a ello, corresponde precisar que este Tribunal, en la Sentencia 0008-2016-PI/TC se ha pronunciando sobre el pedido de declaración de inconstitucionalidad formal del Decreto Legislativo 1133 por la alegada vulneración del artículo 104 de la Constitución y de la Ley 29915 (ley autoritativa).

3. Al respecto, concluyó lo siguiente:

> […] el Decreto Legislativo 1133 no resulta contrario al artículo 104 de la Constitución y la ley autoritativa, Ley 29915, por lo que corresponde ser confirmada en su constitucionalidad formal, y en consecuencia, la demanda en este extremo debe ser declarada infundada [fundamento 13].

4. Asimismo, ha determinado en dicha sentencia que se ha producido la sustracción de la materia en relación a la versión original de la Segunda Disposición Complementaria Final de dicho Decreto Legislativo.

5. En relación con este punto, resolvió lo siguiente:

> […] es necesario precisar que el día 21 de noviembre de 2017 se publicó en el diario oficial *El Peruano* la Ley 30683 que modifica la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 1133, dejando sin efecto el contenido normativo cuya constitucionalidad era cuestionada en este proceso. En consecuencia, en cuanto a este extremo de la demanda debe declararse la sustracción de la materia.

6. A la luz de lo expuesto, este Tribunal debe determinar si, en efecto, la demanda de autos plantea una controversia sustancialmente igual a aquella desestimada en el extremo detallado en el párrafo anterior, o si, por el contrario, plantea una controversia constitucional distinta de la que se resolviera precedentemente.

7. Para ello, este Tribunal ha determinado que una controversia actual es sustancialmente igual a la resuelta en una sentencia anterior si es que el objeto y el parámetro de control empleados en la sentencia desestimatoria anterior y los que contiene la nueva demanda de inconstitucionalidad son los mismos (Sentencia 0010-2015-PI/TC, fundamento 4).

8. En todo caso, conviene precisar que este Tribunal admitió a trámite la presente demanda el 14 de enero de 2016, publicada en su sitio web el 19 de agosto de 2016, cuando la sentencia recaída en el Expediente 0008-2016-PI/TC aún no había sido publicada. Es por ello que, cuando este Tribunal Constitucional admite a trámite la presente demanda, no se había incurrido en la causal de "improcedencia liminar" estipulada en el artículo 104, inciso 2, del Código Procesal Constitucional.

§ 1. SOBRE LA ALEGADA INCONSTITUCIONALIDAD FORMAL

9. Como se ha indicado previamente, en relación con los vicios de inconstitucionalidad por la forma, los demandantes sostienen que el Decreto Legislativo 1133: i) regula materias que la Constitución Política reserva, específicamente, a otra fuente formal del derecho, contraviniendo además el principio de unificación del régimen de pensiones del personal militar y policial así como el principio de equivalencia; ii) vulnera el ámbito de la delegación de facultades otorgado por el Congreso de la República al referirse a la iliquidez e insolvencia que supuestamente afrontaba el régimen del Decreto Ley 19846; iii) quebrantó el procedimiento legislativo previsto en la Constitución, en la medida en que no hubo una comisión dictaminadora que aprobara el proyecto de ley del decreto en cuestión, pese a ser un requisito exigido por el artículo 105 de la Constitución; y iv) no ha sido reglamentado, por lo que se ha vulnerado el artículo 118 inciso 8 de la Norma Fundamental.

10. Se advierte de lo anterior que los dos primeros cuestionamientos están directamente relacionados con el pleno cumplimiento del artículo 104 de la Constitución y, por conexión, de su artículo 101.4, lo que de antemano excluye una eventual afectación del artículo 105 en los términos alegados por los demandantes, toda vez que, por tratarse del ejercicio de la atribución de la legislación delegada, carece de sentido la aplicación del referido artículo 105, relativo a la aprobación del dictamen de una ley por la Comisión del Congreso correspondiente, en el marco del procedimiento regular de expedición de leyes.

11. Tampoco tiene asidero constitucional ni sustento alguno la vinculación realizada por los demandantes entre las comisiones dictaminadoras y los acuerdos de los Consejos de Ministros regulados en el artículo 126 (tercer cuestionamiento formal). Por lo tanto, en este extremo, la demanda resulta infundada.

12. A fin de resolver los alegatos de inconstitucionalidad mencionados en los puntos i) y ii) detallados *supra*, corresponde comenzar determinando si dicha controversia es o no sustancialmente igual a la resuelta en la Sentencia 0008-2016-PI/TC, por existir presuntamente una identidad sustancial entre el objeto y el parámetro de control empleados en esta última y los que contiene la presente demanda de inconstitucionalidad en relación con tales puntos. Este Tribunal advierte que la respuesta a tal interrogante es afirmativa.

13. En efecto, en la Sentencia 0008-2016-PI/TC, se sostuvo lo siguiente:

> 12. De lo expuesto, se advierte que el Poder Ejecutivo se ha ceñido estrictamente a la facultad delegada para el establecimiento de un nuevo régimen de pensiones del personal de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional. Además, del artículo 2 inciso 6 de la Ley 29915 no se deriva ni expresa ni tácitamente la obligación de establecer una equivalencia pensionaria con respecto a los pensionistas del régimen del Decreto Ley 19846, que pasaron a la situación de retiro antes de 10 de diciembre de 2012. Menos puede afirmarse, por ello, que se incurre en una inconstitucionalidad formal, por el hecho de que se no se cumplió con el supuesto mandato que, según los demandantes, consiste en "establecer la EQUIVALENCIA PENSIONARIA, de los integrantes de las FF.AA. y PNP, que al 10DIC2012, se encontraban en condición de PENSIONISTAS […]". Tal mandato no se deriva ni explícita ni implícitamente de la ley autoritativa.
>
> 13. Sobre esta base, este Tribunal concluye que el Decreto Legislativo 1133 no resulta contrario al artículo 104 de la Constitución y la ley autoritativa,

Ley 29915, por lo que corresponde ser confirmada en su constitucionalidad formal, y en consecuencia, la demanda en este extremo debe ser declarada infundada [fundamentos 12 y 13].

14. De forma complementaria a lo anterior, puede sostenerse que, al igual que el sentido de lo concluido por este Tribunal en aquella oportunidad con relación al establecimiento de una equivalencia pensionaria, también puede indicarse, en el presente caso, que de la citada Ley 29915 no se deriva, ni explícita ni implícitamente, un mandato de mantener unificado el régimen pensionario del personal militar y policial.

15. Siendo ello así, queda claro que este Tribunal, en la aludida Sentencia 0008-2016-PI/TC, ha confirmado la constitucionalidad formal del Decreto Legislativo 1133, en tanto y en cuanto no resulta contrario al artículo 104 de la Constitución ni a la ley autoritativa, Ley 29915.

16. Por consiguiente, en cuanto al objeto (Decreto Legislativo 1133) y parámetro de control (artículo 104, conjuntamente con el artículo 101.4, y la Ley 29915) invocados por los demandantes, al objeto y parámetro propios de la referida Sentencia 0008-2016-PI/TC, desarrollados en el marco del análisis de un presunto vicio de inconstitucionalidad formal, se advierte una identidad manifiesta, por lo que tal extremo de la demanda resulta improcedente.

17. Finalmente, con relación al último cuestionamiento formal, respecto a que el Decreto Legislativo 1133 no ha sido reglamentado, por lo que se habría vulnerado el artículo 118, inciso 8, de la Norma Fundamental, cabe recordar que el artículo 75 del Código Procesal Constitucional establece que la infracción contra la jerarquía normativa de la Constitución puede ser i) directa o indirecta; ii) de carácter total o parcial; y iii) tanto por la forma como por el fondo.

18. En ese sentido, este Tribunal ha señalado en el fundamento 22 de la Sentencia 0020-2005-PI/TC y 0021-2015-P1/TC (acumulados), que una norma incurre en una infracción constitucional de forma en tres supuestos:

    a. cuando se produce el quebrantamiento del procedimiento legislativo previsto en la Constitución para su aprobación;

    b. cuando se ha ocupado de una materia que la Constitución directamente ha reservado a otra específica fuente formal del derecho; y

    c. cuando es expedida por un órgano que, constitucionalmente, resulta incompetente para hacerlo.

19. Al respecto, este Tribunal aprecia que la eventual falta de reglamentación del Decreto Legislativo 1133 no se subsume en ninguno de los supuestos detallados previamente. Por lo tanto, en la medida que la invocada omisión de reglamentación del Decreto Legislativo 1133 no se corresponde con alguno de los supuestos considerados por este Tribunal como causales de un vicio de inconstitucionalidad formal, corresponde desestimar la demanda en el presente extremo.

20. Corresponde poner de relieve que lo expuesto no impedirá retomar la cuestión de la falta de reglamento en el análisis de los alegados vicios de inconstitucionalidad material en los que determinados artículos del Decreto Legislativo 1133 habrían incurrido, por haber sido invocado así en la demanda.

21. Finalmente, este Tribunal ha advertido, de la evaluación conjunta de la demanda y de otras intervenciones procesales de los demandantes, que, en cada disposición del Decreto Legislativo 1133 cuya constitucionalidad ha sido objetada, estos han distinguido entre vicios de inconstitucionalidad por la forma y por el fondo.

22. Sin embargo, en relación con tales vicios de inconstitucionalidad por la forma, este Tribunal advierte que los alegatos y sus fundamentos son recurrentes, pues se reiteran en cada disposición objetada y se reconducen a los ya analizados previamente en esta sentencia con motivo de los alegados vicios de inconstitucionalidad formal en los que habría incurrido, según los demandantes, el Poder Ejecutivo con la expedición del Decreto Legislativo 1133, los que han sido desestimados.

23. Por tales consideraciones, corresponde desestimar la demanda también en tales extremos.

§ 2. SOBRE LA ALEGADA INCONSTITUCIONALIDAD MATERIAL

24. Con relación a los vicios de inconstitucionalidad por el fondo, los demandantes sostienen que el Decreto Legislativo 1133, básicamente, vulnera el principio-derecho a la igualdad así como los artículos 38, 51 y 138 de la Constitución.

25. De manera específica, los demandantes indican que los artículos y disposiciones cuestionados, (los artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 9, 10, 13, 14, 15, 16, 17, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 34, 35, 36, 37, 38, y la disposición complementaria final segunda, tercera, quinta, octava y novena) vulneran los principios de universalidad, solidaridad, igualdad de oportunidades sin discriminación, el principio de legalidad, el principio de razonabilidad, unificación, jerarquía de las normas, el derecho a la renovación de la cédula para los pensionistas de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional que pasaron al retiro antes del 10 de diciembre de 2012, el principio de equivalencia, los artículos 10, 11, 104,

105 y 174 de la Constitución, lo dispuesto en los Decretos Leyes 18081, 21021 y las Leyes 10308, 24533, 24916, 25413, 28359, 29362; y precisaron que la Sentencia 7357-2013-PA/TC no constituye precedente.

26. Por todo lo previamente indicado, este Tribunal analizará los cuestionamientos por el fondo de las diversas disposiciones del Decreto Legislativo 1133 invocadas en el presente caso de manera sistematizada y conjunta, toda vez que la mayoría de ellos se fundamenta en argumentos comunes.

2.1. Los principios de universalidad y solidaridad en materia pensionaria

27. Los demandantes sostienen que el artículo 1 del Decreto Legislativo 1133 vulnera los principios de universalidad y solidaridad en materia pensionaria. Tal disposición establece lo siguiente:

> **Artículo 1.- Objeto**
>
> El presente Decreto Legislativo tiene por objeto establecer el ordenamiento definitivo del Régimen de Pensiones del Decreto Ley N.º 19846 y del Régimen de Pensiones del personal militar y policial.

28. Corresponde comenzar señalando que el principio de universalidad supone que el Estado peruano despliegue todas las medidas que le sean posibles, en términos objetivos, para lograr que, progresivamente, todos los ciudadanos del país accedan a una pensión digna.

29. Siendo ello así, este Tribunal advierte que el artículo 1 del Decreto Legislativo 1133 no incide negativamente en el principio de universalidad, por cuanto dicho artículo, si bien dispone el cierre definitivo del Decreto Ley 19846, lo hace en atención al establecimiento de un nuevo régimen pensionario para el personal militar y policial.

30. Por lo tanto, no es posible comprender la implementación de un nuevo régimen pensionario como un retroceso en términos del principio de universalidad en materia pensionaria. Antes bien, la aplicación de dicho nuevo régimen, sobre la base de las actuales condiciones materiales y ante las graves dificultades que ha presentado a lo largo del tiempo el establecimiento del régimen previsional contemplado en el Decreto Ley 19846, representa una nueva respuesta desde el Estado, que buscaba atender las exigencias de los principios constitucionales en materia pensionaria, entre los que se encuentran la sostenibilidad financiera y la no nivelación, y que tiene como destinatarios a los nuevos pensionistas de la Policía Nacional del Perú y de las Fuerzas Armadas, sin que de tal artículo se

desprenda una afectación de los derechos que puedan ser exigidos en el marco de los principios previamente aludidos, que asisten a los pensionistas que alcanzaron tal condición bajo el referido Decreto Ley 19846.

31. Por consiguiente, corresponde desestimar la demanda en el presente extremo.

32. Por otra parte, el principio de solidaridad, derivado directamente de la cláusula del Estado social y democrático de derecho prevista en el artículo 43 de la Constitución, implica el compromiso directo de cada persona con los fines sociales del Estado, de manera tal que a nadie resulte ajena la vocación por priorizar las nuevas medidas pensionarias que eleven la calidad de vida de la mayoría de los pensionistas, así como la de acabar los privilegios pensionarios que contravengan un orden constitucional solidario (Sentencia 0050-2004-AI/TC y acumulados, fundamento 48).

33. El principio de solidaridad se encuentra particularmente identificado con el sistema de seguridad social, pues el aporte de los trabajadores activos sirve de sustento al otorgamiento de las pensiones de los trabajadores retirados (Sentencia 0050-2004-AI/TC y acumulados, fundamento 59). Así, en la seguridad social el principio de solidaridad cumple un rol vital, de manera tal que las prestaciones que brinda dicho sistema no se pueden medir (únicamente) sobre la base individualista del cálculo de los aportes realizados por cada pensionista, sino, de un lado, sobre una base redistributiva que permita elevar la calidad de vida del pensionista, y de otro, sobre pautas objetivas reveladoras de un estado de necesidad (Sentencia 0050-2004-AI/TC y acumulados, fundamento 140).

34. En ese sentido, se advierte que cuando el artículo 1 del Título I del Decreto Legislativo 1133 dispone como objeto del mismo el establecimiento del ordenamiento definitivo del régimen de pensiones del Decreto Ley 19846 y del Régimen de pensiones del personal militar y policial, no hace más que materializar el ejercicio de la función de legislación por delegación a la que se encontraba autorizado el Poder Ejecutivo por la Ley autoritativa 29915.

35. Al respecto, corresponde tomar en cuenta que el artículo 2, inciso 6, dispone lo siguiente "la delegación a la que se refiere el artículo 1 […] comprende la facultad de legislar sobre las siguientes materias: […] 6. Reforma del régimen remunerativo y de *pensiones* del personal de la Policía Nacional del Perú y las Fuerzas Armadas"; sin que ello comporte o involucre ninguna incidencia en el contenido de los principios de universalidad y solidaridad en materia previsional, en los términos desarrollados por la jurisprudencia de este Tribunal.

36. Siendo ello así, corresponde desestimar la demanda en dicho extremo.

2.2. El principio-derecho a la igualdad y la proscripción de la discriminación en materia pensionaria

37. Los demandantes sostienen que los artículos 1, 2, 3, 4, 5, la segunda disposición complementaria final (primer párrafo) y la novena disposición complementaria final del Decreto Legislativo 1133 vulneran el artículo 2, inciso 2, de la Constitución Política del Perú de 1993. Tales artículos, además del artículo 1 ya glosado previamente, disponen lo siguiente:

> **Artículo 2.- Ordenamiento definitivo del Régimen de Pensiones del personal militar y policial**
>
> 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 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 19846, manteniéndose para ellos las mismas condiciones y requisitos establecidos en el citado Decreto Ley y sus normas modificatorias y complementarias.
>
> **Artículo 3.- Creación del Régimen de Pensiones del personal militar y policial**
>
> Créase el Régimen de Pensiones del personal militar y policial, el cual se constituye en el nuevo régimen previsional aplicable al personal militar de las Fuerzas Armadas y policial de la Policía Nacional del Perú que, a partir de la entrada en vigencia del presente Decreto Legislativo, inicien la carrera de Oficiales o Suboficiales, según corresponda.
>
> Este régimen de pensiones del personal militar y policial es establecido de conformidad con lo dispuesto en la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú.
>
> **Artículo 4.- Pensiones que otorga el presente régimen**
>
> Las pensiones a las que se puede acceder en el presente régimen son las siguientes:

a] Retiro;

b] Disponibilidad;

c] Invalidez o Incapacidad; o

d] Sobrevivientes

Artículo 5.- Pensiones, bonificaciones y beneficios

Los beneficiarios del presente régimen de pensiones solo percibirán anualmente doce [12] pensiones mensuales. Asimismo tienen derecho a percibir los Aguinaldos por Fiestas Patrias y Navidad y la bonificación por Escolaridad, establecidos en las correspondientes leyes anuales de presupuesto del Sector Público.

Está prohibido el abono de cualquier otro beneficio bajo cualquier denominación diferente al contemplado en el presente artículo, indistintamente de la fuente de financiamiento de la que provenga.

Segunda Disposición Complementaria Final.- De la pensión actual en el régimen del Decreto Ley 19846

Las modificaciones establecidas en el Decreto Legislativo que aprueba la nueva estructura de ingresos aplicable al personal militar de las Fuerzas Armadas y policial de la Policía Nacional del Perú no alcanzan a los actuales pensionistas del Régimen de Pensiones del Decreto Ley N.º 19846, por lo que no se reestructurarán sus pensiones.

[…]

Novena Disposición Complementaria Final.- De la Reglamentación

Mediante decreto supremo refrendado por el Ministerio de Economía y Finanzas con opinión de los Ministerios de Defensa y del Interior se dictarán las normas reglamentarias y complementarias para la mejor aplicación del presente Decreto Legislativo.

38. Respecto al principio-derecho de igualdad, el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución establece:

> […] 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.

39. Tal como ha sido dicho en reiteradas ocasiones por este Tribunal, el derecho-principio de igualdad encuentra su fundamento en la dignidad humana (ver, entre otras, la Sentencia 0023-2005-PI/TC, fundamento 42) y no se puede abordar "unidimensionalmente, como una mera exigencia de trato paritario" (Sentencia 0033-2010-PI/TC, fundamento 12).

40. Contrariamente a lo que pudiera desprenderse de una interpretación literal de la norma establecida en el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución, se trata de un derecho fundamental que no consiste en la facultad de las personas para exigir un trato igual a los demás, sino de que sean tratadas de igual modo a quienes se encuentran en una misma condición (Sentencia 0048-2004-PI/TC, fundamento 59). No supone, en consecuencia, el tratamiento idéntico de todos los casos.

41. De ahí que la jurisprudencia de este Tribunal haya desarrollado el discernimiento entre dos categorías jurídico-constitucionales como diferenciación y discriminación.

42. Este órgano de control de la Constitución tiene resuelto que la discriminación es aquel trato diferente y arbitrario que le impide a la persona acceder a oportunidades esenciales a las que otros, en su misma condición, tienen acceso (Sentencia 0090-2004-AA/TC, fundamento 43).

43. La diferenciación, en cambio, está constitucionalmente permitida siempre y cuando el trato desigual se funde en causas razonables y objetivas. Por el contrario, si tal desigualdad de trato no resulta razonable ni proporcional, se estará ante una discriminación, esto es, frente a una desigualdad de trato constitucionalmente intolerable (Sentencia 0048-2004-PI/TC, fundamento 62).

44. En la Sentencia 0045-2004-PI/TC, el Tribunal concluyó 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*).

45. Por otra parte, debe resaltarse que el derecho a la igualdad tiene dos dimensiones: la igualdad *en la ley* y la igualdad *en la aplicación* de la ley. La primera manifestación constituye un límite para el legislador, encontrándose este vedado de establecer distinciones basadas en criterios irrazonables y desproporcionados. Es decir, el principio de igualdad exige al legislador que las situaciones jurídicas que vaya a determinar garanticen un trato igual y sin discriminaciones.

46. Por su parte, la segunda se configura como límite del actuar de los órganos jurisdiccionales o administrativos, exigiendo que estos, al momento de aplicar las

normas jurídicas, no atribuyan distintas consecuencias jurídicas a dos supuestos de hecho que sean sustancialmente iguales (ver Sentencia 0004-2006-PI/TC, fundamentos 123 y 124).

47. Si, como se lleva dicho, el principio de igualdad constitucionalmente garantizado no impone el trato idéntico de todos los sujetos, sino un trato igualitario de los que se encuentran en la misma condición, esto implica que quien invoca la afectación del principio debe demostrar dos cosas: (i) el trato diferente y (ii) que se encuentra en la misma condición que quien recibió dicho trato diferente.

48. En tal sentido, este Tribunal afirmó que para determinar la existencia de una dif+erenciación jurídicamente relevante debe constatarse que se aplica diferente trato a quienes se encuentran en condiciones iguales, o un trato homogéneo a quienes se encuentran en diferente situación, lo que vendría a constituir una violación del principio de igualdad por indiferenciación (Sentencia 02437-2013-PA/TC, fundamentos 25 y siguientes).

49. 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*).

50. 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 y tiene como características las siguientes:

    a) Debe tratarse de un supuesto de hecho lícito. El fundamento de esta exigencia, desde luego, consiste en que de aceptarse un término de comparación ilícito para reputar un tratamiento como discriminatorio, la declaración de nulidad de éste, por derivación, ampliaría el espectro de la ilicitud, siendo evidente que el deber de todo operador jurídico es exactamente el contrario.

    b) La situación jurídica propuesta como término de comparación debe ostentar propiedades que, desde un punto de vista fáctico y jurídico, resulten sustancialmente análogas a las que ostenta la situación jurídica que se reputa discriminatoria. Desde luego, ello no implica exigir que se traten de situaciones idénticas, sino tan solo de casos entre los que quepa, una vez analizadas sus propiedades, entablar una relación analógica *prima facie* relevante. A contrario sensu, no resultará válido el término de com-

paración en el que *ab initio* pueda apreciarse con claridad la ausencia (o presencia) de una propiedad jurídica de singular relevancia que posee (o no posee) la situación jurídica cuestionada [Sentencia 0015-2010-PI/TC, fundamento 9].

51. Es en esta línea que el Tribunal Constitucional ha planteado que "desde la perspectiva de quien se considera afectado en su derecho a la igualdad 'en la ley', no basta alegar la existencia de una determinada circunstancia que lo asemeja a quien pretende utilizar como término de comparación, sino que es necesario incidir en la ausencia de un criterio razonable que permita diferenciarlos en atención a la materia que es regulada por la norma; y, desde la perspectiva de quien considera legítima una determinada diferenciación legal, no bastará incidir en un criterio accesorio o inocuo de distinción, sino en la existencia de una diferencia objetiva y esencial a la luz de la materia regulada por la norma" (Sentencia 00015-2010-PI/TC, fundamento 10).

52. En similar sentido, se ha sostenido que "[e]ntre lo que se compara y aquello con lo cual éste es comparado han de existir cualidades, caracteres, rasgos o atributos comunes. La inexistencia de una tal equiparación o similitud entre lo que es objeto del juicio de igualdad y la situación normativa que se ha propuesto como término de comparación, invalida el *tertium comparationis* y, en ese sentido, se presenta como inidónea para fundar con base en él una denuncia de intervención sobre el principio-derecho de igualdad" (Sentencia 0019-2010-PI/TC, fundamento 15).

53. Si el término de comparación propuesto no cumple con las referidas condiciones, no existirá mérito siquiera para ingresar en el análisis del *test* de igualdad, cuyos subprincipios fueron desarrollados en la Sentencia 0045-2004-PI/TC (fundamentos 33 y siguientes).

54. En relación con los artículos 1, 2 y 3 del Decreto Legislativo 1133, los demandantes sostienen que tales disposiciones son inconstitucionales por el fondo porque contravienen el artículo 2, inciso 2, que reconoce el principio-derecho a la igualdad, toda vez que establecen tratos diferenciados injustificados entre el personal militar y policial que se encontraba en retiro con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto Legislativo 1133 y aquellos que adquieran la calidad de pensionistas con posterioridad a ello, es decir, que en el algún momento hayan estado en actividad bajo el régimen del Decreto Legislativo 1132, independientemente de que este último personal en situación de actividad pertenezca al régimen de pensiones del Decreto Ley 19846 o al régimen de pensiones del Decreto Legislativo 1133.

55. Por lo expuesto y, como se desprende de lo indicado por este Tribunal en su jurisprudencia, el término de comparación propuesto por los demandantes no es válido en la medida en que la situación en la que se encuentra el personal policial y militar en actividad es diferente de aquella en la que se encuentra el personal policial y militar en retiro.

56. En efecto, la diferencia radica en que los actuales pensionistas del Decreto Ley 19846, que adquirieron dicha calidad con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto Legislativo 1133, prestaron servicios en un régimen laboral distinto al régimen laboral establecido en el Decreto Legislativo 1132.

57. De esta manera, los nuevos pensionistas, independientemente de que se hayan incorporado a prestar servicios al Estado antes o después de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo 1132, han tenido que, necesariamente, prestar dichos servicios bajo las exigencias y condiciones del régimen laboral establecido por este último Decreto o haberse desempeñado bajo su vigencia, algo que nunca ha sucedido en el caso de los pensionistas del Decreto Ley 19846, que adquirieron tal calidad con anterioridad a la entrada en vigencia del referido Decreto Legislativo 1132 y que, por lo tanto, no tuvieron oportunidad de desempeñar sus funciones en el marco de este último.

58. Por ello, se advierte una distinción de regímenes pensionarios del personal policial y militar que es objetiva y no antojadiza, que tiene como elemento determinante el hecho de haber prestado servicios, en algún momento, durante la vigencia del Decreto Legislativo 1132. Dicho en otros términos, no se ha acreditado que, efectivamente, un mismo supuesto de hecho esté siendo normado de manera distinta sin justificación alguna y, por lo tanto, convierta en ilegítima tal distinción.

59. A ello debe añadirse que, en el caso del artículo 4, los demandantes no han ofrecido ningún término de comparación. Asimismo, en lo que concierne al artículo 5 del Decreto Legislativo 1133, que regula la cantidad de pensiones que recibirán anualmente los pensionistas del citado régimen, los demandantes ofrecen como término de comparación la situación que a este respecto se aplica en el caso de los pensionistas del Decreto Ley 20530.

60. Sin embargo, dicho término de comparación, al igual que en el caso de los artículos 1, 2 y 3, tampoco resulta válido, por cuanto se trata de regímenes previsionales distintos. Y es que, concretamente, el aludido régimen del Decreto Ley 20530 regula, de conformidad con su artículo 1: "las pensiones y compensaciones a cargo del Estado correspondientes a los servicios de *carácter civil*

prestados por los trabajadores del Sector Público Nacional, no comprendidos en el Decreto Ley 19990".

61. Dicho en otros términos, el pretendido término de comparación tiene como destinatarios a trabajadores públicos civiles, en tanto que los destinatarios del Decreto Legislativo 1133 son policías y militares, razón por la cual no se trata de un mismo supuesto de hecho que sea normado de forma distinta e injustificada.

62. Además, es necesario precisar, con relación a la Segunda Disposición Complementaria Final, que el día 21 de noviembre de 2017 se publicó en el diario oficial *El Peruano* la Ley 30683, que la modifica dejando sin efecto el contenido normativo cuya constitucionalidad se cuestionaba en el presente proceso. Por consiguiente, en relación con este extremo de la demanda debe declararse la sustracción de la materia.

63. Así también, en cuanto a la novena disposición complementaria final del Decreto Legislativo 1133, referida a la reglamentación de dicho Decreto, pese a lo alegado por los demandantes, quienes ofrecen como término de comparación el reglamento del Decreto Legislativo 1132, no se advierte la existencia de un tratamiento diferente que, en estricto, intervenga en el principio-derecho de igualdad, en los términos desarrollados por este Tribunal en su jurisprudencia (cfr. Sentencia 0045-2004-AI/TC, fundamento 34).

64. Siendo ello así, este Tribunal considera que, con relación a los artículos 1, 2, 3, 4 y 5, y en lo concerniente a la novena disposición complementaria final del Decreto Legislativo 1133, no se ha demostrado que exista un trato discriminatorio, razón por la cual debe desestimarse la demanda en tales extremos.

2.3. La naturaleza, contenido y alcances del primer párrafo artículo 174 de la Constitución

65. Los demandantes sostienen que los artículos 2, 3, 4, 7, 9, 10, 13, 14, 16, 17, 22, 24, 28, 34, 35 y la tercera disposición complementaria final del Decreto Legislativo 1133 vulneran el principio de equivalencia consagrado en el artículo 174 de la Constitución, en el entendido de que dicho principio exige que el Estado garantice la equiparación que debe existir entre las pensiones del personal militar y policial con las correspondientes remuneraciones de dicho personal en actividad.

66. Además de los artículos 2, 3 y 4, ya glosados *supra*, los citados artículos disponen lo siguiente:

Artículo 7.- Remuneración pensionable

La remuneración pensionable está conformada por la suma de la remuneración consolidada y los beneficios que se otorguen con carácter pensionable, a que se refiere el Decreto Legislativo que aprueba la nueva estructura de ingresos aplicable al personal militar de las Fuerzas Armadas y policial de la Policía Nacional del Perú.

[…]

Artículo 9.- Monto máximo de pensión

El monto máximo mensual de las pensiones de retiro, invalidez o incapacidad, o sobrevivientes que se otorguen al amparo del presente Decreto Legislativo será el equivalente a dos (02) Unidades Impositivas Tributarias (UIT) vigente a la fecha de retiro del personal militar de las Fuerzas Armadas y policial de la Policía Nacional del Perú.

Artículo 10.- Reajuste de pensión

El reajuste de las pensiones se efectuará para aquellos beneficiarios que hayan cumplido sesenta y cinco (65) años más de edad, y cuyo valor de la pensión no exceda el importe de dos (02) UIT vigente en cada oportunidad.

El monto de la pensión será reajustado al inicio de cada año mediante decreto supremo con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros y a propuesta del Ministerio de Economía y Finanzas, teniendo en cuenta el grado alcanzado al momento de su retiro, los años de servicios, las variaciones del Índice de Precios al Consumidor y la capacidad financiera del Estado.

[…]

Artículo 13.- Acceso a la pensión de retiro

El personal militar de las Fuerzas Armadas y policial de la Policía Nacional del Perú que pase a situación de retiro tiene derecho a la pensión de retiro siempre y cuando acredite un mínimo de veinte (20) años de servicios reales y efectivos, con las excepciones contempladas en el presente Decreto Legislativo.

Dicha pensión se otorgará mensualmente y se regulará con base al ciclo laboral de treinta (30) años. Se observará el régimen de dozavos por facciones inferiores a un año de servicio.

El personal que pasa a la situación de disponibilidad o de retiro por medida disciplinaria, insuficiencia profesional o sentencia judicial firme que conlleve la separación absoluta del servicio, no gozará del reajuste de pensión

a que se refiere el artículo 10 del presente Decreto Legislativo. En caso dicho personal cuente con más de treinta (30) años de servicios, tampoco le corresponde el incremento por año adicional de servicio a que se refiere el numeral 14.2 del artículo 14.

Artículo 14.- Cálculo de la pensión de retiro

La pensión de retiro se calcula según las siguientes reglas:

14.1 El monto de la pensión del personal militar de las Fuerzas Armadas y policial de la Policía Nacional del Perú que pasa a la situación de retiro será equivalente al 55 % de la remuneración de referencia, que es el promedio de las remuneraciones pensionables percibidas efectivamente en los sesenta (60) meses previos a la fecha de cese.

14.2 Si el personal militar de las Fuerzas Armadas y policial de la Policía Nacional del Perú tiene entre veinte (20) y treinta (30) años de servicio, percibirá como pensión mensual tantas treintavas partes de dicho monto en proporción a sus años de servicios. Si tiene más de treinta (30) años de servicios, le corresponderá el 0.5 % por cada año adicional de servicio, el cual no podrá exceder del 100 % de la remuneración de referencia.

[…]

Artículo16.- Suspensión de la pensión de retiro

Se suspende la pensión, sin derecho a reintegro por:

a) No acreditar supervivencia cada seis (06) meses ante la autoridad competente o ante el Agente Diplomático o Consular del Perú en el país de residencia;

b) Salir del territorio nacional o permanecer fuera de él, sin la autorización correspondiente;

c) Reingresar a la situación de actividad en las Fuerzas Armadas o Policía Nacional del Perú; o,

d) A solicitud del pensionista

Artículo 17.- Pérdida del derecho a la pensión de retiro

Se pierde el derecho a pensión de retiro por:

a) Haber sido condenado por delito doloso. Si hubiere cónyuge, hijos o ascendientes del sentenciado que no hayan tenido participación directa ni indirecta en el delito, se beneficiarán con la pensión que le corres-

pondería o que perciba el sentenciado, aplicándose en cuanto a su distribución, las normas pertinentes a la pensión de sobrevivientes; o,

b) Pérdida de la nacionalidad peruana

Artículo 22.- Cálculo de la pensión de incapacidad para el servicio

22.1. Para el caso del personal militar y policial que acredite un mínimo de veinte (20) años de servicio reales y efectivos, la pensión de incapacidad se determina aplicando las reglas para el cálculo de la pensión de retiro.

22.2. Para el caso del personal militar y policial que acredite menos de veinte (20)(años) de servicio reales y efectivos, tiene derecho a percibir el 27,5 % de la remuneración de referencia señalada en el numeral 14.1 del artículo 14 del presente Decreto Legislativo.

Si el total del período de servicio fuera inferior a sesenta (60) meses, el promedio se calculará sobre la base de la remuneración pensionable percibida desde el primer mes hasta el último de servicio. En caso de que la incapacidad se hubiere producido antes de tener el personal militar y policial un mes de servicio, se considerará como remuneración pensionable a la que hubiera podido percibir en ese mes.

22.3. Para los cadetes de los Institutos Armados y Policía Nacional del Perú de formación de Oficiales, la pensión corresponde al 27,5 % de la remuneración pensionable del Alférez o su grado equivalente en situación de actividad;

22.4. Para los alumnos de los Institutos Armados y Policía Nacional del Perú de formación de personal Suboficiales, la pensión corresponde al 27,5 % de la remuneración pensionable del Sub Oficial de Tercera o su grado equivalente en situación de actividad; y,

22.5. Para el personal del servicio militar acuartelado, la pensión corresponde al 27,5 % de la remuneración pensionable del Sub Oficial de Tercera o su equivalente en situación de actividad.

[…]

Artículo 28.- Pensión de viudez

Tiene derecho a pensión de viudez el cónyuge del causante o pensionista fallecido.

La pensión de viudez será el equivalente al 50 % de aquella que percibía o hubiera podido recibir el causante.

[…]

Artículo 34.- Suspensión de la pensión de sobrevivientes

Se suspende el pago de la pensión de la pensión de sobrevivientes sin derecho a reintegro, según el caso, por:

a) No acreditar semestralmente su supervivencia el beneficiario que no cobra pe personalmente su pensión;

b) No someterse el pensionista inválido a la evaluación de su estado en las oportunidades que se le indique;

c) No acreditar anualmente el beneficiario que se refiere el inciso a] del numeral 29.3 del artículo 29 su derecho a continuar percibiendo la pensión;

d) Percibir el beneficiario, con excepción de la viuda, remuneración o ingreso asegurables superiores a dos (2) Remuneraciones Mínimas Vitales del lugar de su trabajo habitual; o,

e) A solicitud del beneficiario de pensión de sobrevivientes.

Artículo 35.- Caducidad de la pensión de sobreviviente

Caduca la pensión de sobrevivientes según el caso por:

a) Contraer matrimonio el beneficiario de pensión de viudez;

b) Recuperar el beneficiario inválido la capacidad laboral;

c) Alcanzar el huérfano la edad máxima para el goce del beneficio o interrumpir sus estudios; o

d) Fallecimiento del beneficiario

[…]

Tercera Disposición Complementaria Final:

En el caso del pensionista del régimen del Decreto Ley N.º 19846 que accedió a dicha pensión antes de la dación del Decreto Legislativo que aprueba la nueva estructura de ingresos aplicable al personal militar de las Fuerzas Armadas y policial de la Policía Nacional del Perú, que reinicie o

hubiera reiniciado actividad laboral para el Estado, tiene derecho a percibir, además del ingreso por el trabajo desempeñado, todos aquellos conceptos adicionales a la pensión que viene percibiendo.

Para el caso del pensionista del régimen del Decreto Ley N.º 19846 que accedió a dicha pensión con posterioridad a la dación del Decreto Legislativo que aprueba la nueva estructura de ingresos aplicable al personal militar de las Fuerzas Armadas y policial de la Policía Nacional del Perú, que reinicie actividad laboral para el Estado, tiene derecho a percibir, además del ingreso por el trabajo desempeñado, un porcentaje de su pensión, de acuerdo a la siguiente tabla:

Grados equivalentes para Oficiales				**Porcentaje de la pensión**
Ejército	**Marina de Guerra**	**Fuerza Aérea**	**Policía Nacional**	
General de División	Vicealmirante	Teniente General	Teniente General	70%
General de Brigada	Contraalmirante	Mayor General	General	65%
Coronel	Capitán de Navío	Coronel	Coronel	60%
Teniente Coronel	Capitán de Fragata	Comandante	Comandante	40%
Mayor	Capitán de Corbeta	Mayor	Mayor	30%

Grados equivalentes para Sub-Oficiales				**Porcentaje de la pensión**
Ejército	**Marina de Guerra**	**Fuerza Aérea**	**Policía Nacional**	
Técnico Jefe Superior	Técnico Superior Primero	Técnico Supervisor	Sub. Oficial Superior	17%
Técnico Jefe	Técnico Superior Segundo	Técnico Supervisor Inspector	Sub. Oficial Brigadier	17%
Técnico Primera	Técnico Primera	Técnico Primera	Sub. Oficial Técnico	14%

67. Seguidamente, este Tribunal debe analizar si lo alegado por los demandantes, en función a su propia lectura del primer párrafo del artículo 174 de la Constitución, tiene o no asidero constitucional.

68. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha sostenido, en su reiterada y uniforme jurisprudencia, que el primer párrafo del artículo 174 de la Constitución no dispone, en ningún extremo y bajo ninguna interpretación, la denominada "equivalencia entre remuneración y pensión" para militares y policías. No existe ningún mandato constitucional que establezca la paridad, simetría o correspondencia entre lo que percibe un efectivo militar o policial *en actividad* y lo que percibe un militar o policía *en retiro*.

69. Lo único que prescribe el primer párrafo del artículo 174 de la Constitución es una equivalencia en sentido horizontal entre oficiales de las Fuerzas Armadas y oficiales de la Policía Nacional, es decir, por ejemplo, que la remuneración o pensión que percibe un Coronel del Ejército sea equivalente a la remuneración o pensión de un Coronel de la Policía Nacional.

Asimismo, este párrafo también prevé la delegación de que la ley pueda fijar dicha equivalencia para el personal que no tiene grado de oficial.

Veamos unos cuadros para explicarlo de modo más gráfico:

EQUIVALENCIA CONSTITUCIONALMENTE GARANTIZADA			
FUERZAS ARMADAS			**POLICÍA NACIONAL**
- General de División EP - Vicealmirante AP - Teniente General FAP →	Identidad de grado →	- Igual remuneración - Igual pensión - Iguales honores →	- Teniente General PNP

70. Lo indicado anteriormente ya ha sido explicitado por este Tribunal con ocasión de la expedición de la Sentencia 7357-2013-PA/TC. En efecto, en dicha oportunidad, se indicó que 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 (fundamento 16).

71. Por lo tanto, cabe concluir que la pretendida equiparación entre remuneraciones y pensiones del personal militar y policial que aducen los demandantes no se desprende del mandato establecido en el primer párrafo del artículo 174 de la Constitución. Pero no solo tal equiparación no encuentra sustento constitucional en dicho artículo, negándose toda posibilidad de ser considerado dentro de lo constitucionalmente ordenado, sino que, en realidad, se ubica dentro de lo constitucionalmente prohibido.

72. De hecho, cuando este Tribunal Constitucional desestimó la demanda contra la cuarta disposición complementaria final del Decreto Legislativo 1133, en el Expediente 0008-2016-PI/TC, lo hizo considerando, precisamente, que no se trataba de una nivelación.

73. En dicho caso, dejó sentado lo siguiente:

> […] si bien la prohibición que establece la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución busca proscribir "(...) la nivelación de las pensiones con las remuneraciones", la regulación establecida por la disposición aquí objetada no implica, evidentemente, una nivelación de las pensiones con la remuneración; lo que dicha disposición simplemente hace es determinar que para el cálculo de la pensión correspondiente se empleará el monto total de la denominada remuneración consolidada; lo cual, es muy distinto a sostener que la pensión se nivele con la remuneración (fundamento 40).

74. Esto es así por imperativo de lo establecido en la ya citada primera disposición final y transitoria de la Constitución en cuanto dispone que los regímenes pensionarios que vayan a establecerse a partir de la reforma constitucional deben respetar dos criterios fundamentales:

    a. sostenibilidad financiera y;

    b. no nivelación.

75. Cuando este Tribunal realizó el control constitucional de la Ley de Reforma Constitucional 28389, publicada el 17 de noviembre del 2004, y la Ley 28449, publicada el 30 de diciembre del 2004, sostuvo que el sistema de nivelación es el elemento fundamental que ha permitido ensanchar las diferencias entre las pensiones de este régimen, convirtiendo a cada pensionista, con base en la regla

de la justicia conmutativa, en una célula aislada del sistema y dependiente de una condición externa, muy ventajosa para él, pero inequitativa para el resto: la remuneración del trabajador activo en el puesto en que cesó el pensionista (Sentencia 0050-2004-AI/TC y otros acumulados, fundamento 64).

76. Pero lo relevante a efectos del presente caso es que en aquella oportunidad este Tribunal afirmó que cuando los pensionistas pretenden que se mantenga un sistema de reajuste pensionario sobre la base de una nivelación, no están buscando otra cosa que utilizar ventajosamente su derecho a la pensión, con el propósito de asimilarlo al sistema remunerativo bajo una cuestionable fórmula de "cédula viva" (Sentencia 0050-2004-AI/TC y otros acumulados, fundamento 65), lo que fue calificado como un intento de abuso de derecho proscrito por el artículo 103 de la Constitución.

77. A partir de tales consideraciones queda claro que ninguna modificación a los regímenes pensionarios existentes ni tampoco la eventual creación de nuevos regímenes pensionarios puede implicar la configuración de la equiparación o, propiamente, la nivelación de pensiones, como tampoco transgredir las exigencias dimanantes del principio de sostenibilidad financiera.

78. A ello debe añadirse que del primer párrafo del artículo 174 tampoco se desprende una exigencia de unificación o de establecimiento en una única norma de los regímenes pensionarios del personal policial y militar cuando estos sean regulados.

79. Bastará, al respecto, con que se respete, en la regulación correspondiente, la equivalencia que debe existir en sentido horizontal, como acaba de ser precisado por este Tribunal en el presente caso, entre el régimen de pensiones de los jubilados del personal policial, con el régimen de pensiones de los jubilados del personal militar.

80. Por lo tanto, este Tribunal concluye que las disposiciones cuestionadas no han vulnerado el primer párrafo del artículo 174 de la Constitución, razón por la cual el cuestionamiento de los demandantes en el referido extremo debe ser rechazado.

81. Ahora, si bien las disposiciones impugnadas no vulneran el primer párrafo del artículo 174 de la Constitución, cabe examinar aún si la Tercera Disposición Final y Transitoria del Decreto Legislativo 1133 es conforme con la Constitución, específicamente con el principio de igualdad. En efecto, en diferentes extremos de la demanda se alega que las disposiciones del Decreto Legislativo 1133 generan un "tratamiento discriminatorio económico" (sic), "estableciendo arbitra-

ria e inconstitucionalmente dos (02) grupos de pensionistas del Decreto Ley 19846 (...) antes del 10 de diciembre de 2012 y después de la indicada fecha" (páginas 16, 28, 36, entre otros). Unas de esas disposiciones es precisamente la aludida Tercera Disposición Final y Transitoria del Decreto Legislativo 1133.

82. Esta Disposición Complementaria Final introduce un trato diferenciado entre pensionistas del Decreto Ley 19846 en cuanto a la denominada **doble percepción de ingresos** (percibir remuneración y pensión a la vez):

- Grupo 1: pensionistas del Decreto Ley 19846 que pasaron al retiro *antes* del 10 de diciembre de 2012, que pueden percibir, a la vez, su pensión (más conceptos adicionales), y la nueva remuneración por reingreso al Estado;
- Grupo 2: pensionistas del Decreto Ley 19846 que pasaron al retiro *después* del 10 de diciembre de 2012, que pueden percibir, a la vez, su pensión (sólo en porcentajes que van desde 70% al 14%, según el rango del oficial o sub-oficial) y la nueva remuneración por reingreso al Estado.

318

83. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional estima que si bien, conforme a reiterada y uniforme jurisprudencia, es permitido que el legislador pueda establecer diferencias entre distintos grupos de pensionistas de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional al crear un nuevo régimen de pensiones, ello no puede justificar que todas las diferencias *per se* sean válidas. Ese es el caso de la diferencia contenida en el referido grupo 2 respecto de los porcentajes que van desde 70% al 14%, según se trate de un oficial o sub-oficial. Para este Tribunal, dicha diferencia carece de un criterio razonable que la justifique. Si ya en la remuneración se han establecido diferencias en los montos que se percibe, según el grado de oficial o sub-oficial, no existe ninguna razón que justifique que en las pensiones de dichos militares o policías se establezcan porcentajes, los que incluso llegan a ser desproporcionados. Si la finalidad de las pensiones es asignar un monto de dinero que permita al pensionista cubrir necesidades básicas de subsistencia, entonces carece de relevancia si el pensionista es un General de División, Vicealmirante, Teniente General (70% de la pensión) o un Técnico de Primera o Sub Oficial Técnico (14% de la pensión).

84. Por tanto, el Tribunal Constitucional considera que deben declararse inconstitucionales los extremos "un porcentaje de" y "de acuerdo a la siguiente tabla:", además de la referida tabla, del segundo párrafo de la Tercera Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 1133.

85. A raíz de lo expuesto, este Tribunal no puede dejar de pronunciarse respecto del tratamiento que el legislador viene dando a la "doble percepción de ingresos" (percibir remuneración y pensión a la vez), pues para todo el sistema civil (Ley Marco del Empleo Pùblico, Ley Servir, Decreto Ley 19990 y Decreto Ley 20530, entre otros), e incluso para los pensionistas militares o policiales del Decreto Legislativo 1133, se encuentra *prohibida* la "doble percepción de ingresos", mientras que sólo para los pensionistas militares o policiales del Decreto Ley 19846 se encuentre permitida. Veamos un cuadro que lo explica mejor:

DOBLE PERCEPCIÓN DE INGRESOS (percibir remuneración y pensión a la vez)					
Sistema Civil				Sistema Militar-Policial	
Decreto Ley 19990 (Artículo 45)	Decreto Ley 20530 (Artículos 17 y 54)	Ley 28175 MARCO DEL EMPLEO PÚBLICO (Artículo 3)	Ley 30057 SERVIR (Artículo38)	Decreto Legislativo 1133	Decreto Ley 19846
Prohibido	***Prohibido***	***Prohibido***	***Prohibido***	***Prohibido***	***PERMITIDO***

86. No cabe duda de que el legislador puede establecer reglas excepcionales para trabajadores o pensionistas de un sistema público especial como el militar-policial. Lo que no puede hacer el legislador es establecer diferencias irrazonables entre lo que podríamos llamar el sistema civil y un determinado sector del sistema militar en cuanto a la prohibición de doble percepción. ¿Por qué a todo pensionista "civil", e incluso al pensionista militar o policial del Decreto Legislativo 1133, se le suspende su pensión si ingresa a laborar nuevamente para el Estado, pero al pensionista militar o policial del Decreto Ley 19846, no se le suspende su pensión? Al respecto, no se aprecia ninguna razón que lo justifique.

Pero ello no da mérito para declarar inconstitucional la Tercera Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 1133, que establece la doble percepción de ingresos para los pensionistas del Decreto Ley 19846, pues aquí nos encontramos en el ámbito de lo que se ha denominado como lo *constitucionalmente posible*, es decir, de aquello que la Constitución ha confiado al legislador. En efecto, el artículo 40 de la Constitución delega a la "ley" la regulación los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos, además de establecer, entre otras disposiciones, que "Ningún funcionario o servidor público puede desempeñar más de un empleo o cargo público remunerado, con excepción de uno más por función docente", lo que claramente alude a la prohibición de do-

ble percepción de "remuneraciones", salvo la remuneración docente, pero no a alguna prohibición de doble percepción de ingresos (remuneración y pensión, a la vez), por lo que dependerá del legislador la forma de regular éste ámbito.

Sin embargo, tal actividad discrecional del legislador, para sea conforme con la Constitución, debe tener en consideración, ineludiblemente, otros principios constitucionales que resulten relevantes, tales como el de igualdad ante la ley o el de interdicción de la arbitariedad.

87. Teniendo en cuenta lo expuesto, en el sentido de haberse identificado un tratamiento legislativo dispar e injustificado en cuanto a la prohibición de doble percepción de ingresos para los pensionistas del Estado, el Tribunal Constitucional estima que corresponde declarar un estado de cosas inconstitucional en cuanto a dicho tratamiento legislativo por lo que corresponde que el Poder Legislativo adopte las medidas necesarias para corregir dicho estado en el plazo de 1 año. De no hacerlo en dicho plazo, el Tribunal Constitucional, en la etapa de supervisión de cumplimiento de sentencias, podrá adoptar las medidas que estime necesarias para tal efecto.

2.4. Sobre la supuesta vulneración del artículo 10 de la Constitución por los artículos 15, 25, 26, 28 y 31 del Decreto Legislativo 1133

2.4.1. El caso de los artículos 15, 25, 26 y 31 del Decreto Legislativo 1133

88. Los demandantes cuestionan la constitucionalidad de los artículos 15, 25, 26 y 31 del Decreto Legislativo 1133 por cuanto se refieren a los derechos de los pensionistas sobrevivientes en términos de "otorgamiento", con lo cual se habría vulnerado el artículo 10 de la Constitución.

89. Las disposiciones cuestionadas establecen lo siguiente:

> **Artículo 15.- Otorgamiento de la pensión de retiro**
>
> La pensión de retiro se otorga de oficio, en base al reconocimiento de servicios, y serán autoridades mediante resolución del administrador del Régimen de Pensiones del personal militar policial, y el pago deberá realizarse desde el mes siguiente al que el servidor estuvo en situación de actividad.
>
> […]
>
> **Artículo 25.- Tipos de pensión de sobrevivientes**
>
> Las pensiones de sobrevivientes que otorga el presente régimen son las siguientes:

a) Viudez;

b) Orfandad; y,

c) Ascendencia

Artículo 26.- Otorgamiento de pensión de sobrevivientes

Tienen derecho a pensión de sobrevivientes los beneficios del causante que fallece en las siguientes condiciones:

a) Acto de servicio

b) Situación de Actividad

c) Condición de Pensionista

[…]

Artículo 31.- Reglas para el otorgamiento de las pensiones de sobrevivientes

Se otorgará pensiones de sobrevivientes, únicamente cuando a la fecha del fallecimiento del causante, el beneficiario reúna las condiciones establecidas en el presente Decreto Legislativo para el goce de este derecho. Las pensiones de sobrevivientes se generan en dicha fecha.

90. El artículo 10 de la Constitución dispone lo siguiente: "El Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida".

91. En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la seguridad social ha sido dotada de contenido como derecho fundamental (Sentencia 0008-96-I/TC, fundamento 10; Sentencia 6120-2009-PA/TC, fundamento 10), de configuración legal (0007-2008-PI/TC, fundamento 6) y garantía institucional.

92. Con relación a lo segundo, este Tribunal ha establecido en el fundamento jurídico 54 de la Sentencia 0050-2004-AI / 0051-2004-AI / 0004-2005-AI / 0007-2005-AI / 0009-2005-AI (acumulados) lo siguiente:

> La seguridad social es la garantía institucional que expresa por excelencia la función social del Estado. Se concreta en un complejo normativo estructurado —por imperio del artículo 10 de la Constitución— al amparo de la "doctrina de la contingencia" y la calidad de vida; por ello, requiere de la presencia de un supuesto fáctico al que acompaña una presunción de estado

> de necesidad (cese en el empleo, viudez, orfandad, invalidez, entre otras) que condiciona el otorgamiento de una prestación pecuniaria y/o asistencial, regida por los principios de progresividad, universalidad y solidaridad, y fundada en la exigencia no sólo del mantenimiento, sino en 'la elevación de la calidad de vida".

93. Asimismo, en el fundamento jurídico 29 de la Sentencia 1417-2005-PA/TC, este Tribunal reiteró la definición de seguridad social desarrollada en el fundamento jurídico 14 de la Sentencia 0011-2002-AI/TC en los siguientes términos:

> [La seguridad social] es un sistema institucionalizado de prestaciones individualizadas, basado en la prevención del riesgo y en la redistribución de recursos, con el único propósito de coadyuvar en la calidad y el proyecto de vida de la comunidad. Es de reconocerse el fuerte contenido axiológico de la seguridad social, cuyo principio de solidaridad genera que los aportes de los trabajadores activos sirvan de sustento a los retirados mediante los cobros mensuales de las pensiones.

94. Precisamente, a partir de la definición anterior, este Tribunal indicó, en el fundamento jurídico 30 de la ya referida Sentencia 1417-2005-PA/TC, que la seguridad social es "imprescindible para la defensa y desarrollo de diversos principios y derechos fundamentales". Entre dichos derechos se encuentra el derecho fundamental a la pensión.

95. Ahora bien, la parte demandante sostiene que se vulnera lo dispuesto en el artículo 10 de la Constitución, interpretado en sus alcances en los términos previamente detallados, cuando la fórmula legal de los artículos 25, 26 y 31 del Decreto Legislativo 1133 utiliza, respectivamente, los términos "otorga", "otorgamiento" y "otorgará" por cuanto la referencia al derecho a la pensión debe hacerse en términos de "reconocimiento", en la línea de lo sostenido en la Sentencia 0008-96-PI/TC (y acumulados), en cuyo punto resolutivo "e" se estableció que "el derecho no es otorgado sino reconocido por la administración de conformidad con el artículo 10 de la Constitución".

96. Si bien ello es así, también es cierto que en el fallo de la precitada Sentencia 0050-2004-AI y acumulados, punto resolutivo "2 D", convalida que la fórmula del texto del artículo 32 del Decreto Ley 20530, al que se incluye la frase "de viudez u orfandad", utilice los términos "se otorga" en referencia a la pensión.

97. Según tales consideraciones, debe entenderse que los términos "otorga", "otorgamiento" y "otorgará" aluden a las prestaciones a las que accederán los titulares

del derecho fundamental a la pensión cuando precisamente hayan cumplido las exigencias legales correspondientes para recibir una pensión (en este caso, una pensión de sobreviviente), en la medida en que dicho derecho es uno de configuración legal.

98. Lo anterior no se opone a la consideración según la cual el derecho fundamental a la pensión, en tanto derecho social, no es "creación" del legislador. Y es que, en tanto derecho fundamental, es un derecho de la persona reconocido por el Estado y no otorgado por este (Sentencia 1417-2005-PA/TC, fundamento 14).

99. Más allá del problema puramente semántico que existe entre el uso del término "reconocimiento" o el de "otorgamiento", lo cierto es que carecería de asidero constitucional expulsar del ordenamiento el derecho de las viudas, los huérfanos y los ascendientes a percibir una pensión.

100. Por tales consideraciones, la demanda en el referido extremo debe ser desestimada.

2.4.2. El caso del artículo 28 del Decreto Legislativo 1133

101. Los demandantes alegan que lo establecido en el artículo 28 del Decreto Legislativo 1133, además de vulnerar lo dispuesto en el artículo 174 de la Constitución —lo cual ya ha sido desestimado según lo desarrollado en fundamentos precedentes—, también conculca el derecho a la seguridad social por fijar en 50 % la pensión de viudez a la que tiene derecho el cónyuge del causante o pensionista fallecido.

102. Al respecto, si el fundamento de la prestación pecuniaria o asistencial no solamente se halla en el mantenimiento, sino también en la elevación de la calidad de vida, en razón del núcleo duro de la seguridad social, ello evidentemente se encuentra estrechamente relacionado con el principio-derecho de dignidad humana. En efecto, como ha indicado este Tribunal, en la Sentencia 0050-2004-AI/TC y acumulados, fundamento 143:

> La posibilidad de que el derecho a la pensión de jubilación o cesantía, se proyecte en todo o en parte de su *quantum* al cónyuge, descendientes o ascendientes, no puede ser enfocada desde una perspectiva sucesoria. Debe ser concebida como una garantía para velar por el mantenimiento de una vida acorde con el principio de dignidad de aquellos que, en razón de un vínculo familiar directo, dependían económicamente de parte de dicha pensión, es decir, como una garantía derivada del reconocimiento de la familia como instituto fundamental de la sociedad (artículo 4 de la Constitución).

> En consecuencia, *prima facie*, la posibilidad de que el monto o parte del monto de la pensión del causante se materialice en una pensión de sobrevivencia, debe encontrarse condicionada a la dependencia económica en la que se encontraban el o los sobrevivientes con relación a dicho monto [Sentencia 0050-2004-AI/TC y acumulados, fundamento 143].

103. En tal entendido, el pedido de evaluación del *quantum* de la pensión de viudez establecido en el artículo 28 del Decreto Legislativo 1133 invocado por la parte demandante debe tener como parámetro el contenido y alcances de la seguridad social en general, y del derecho fundamental a la pensión, en específico, interpretados en consonancia con el principio-derecho de dignidad humana.

104. Al respecto, en la Sentencia 1417-2005-PA/TC, este Tribunal expresó lo siguiente:

> […] dado que […] el derecho fundamental a la pensión tiene una estrecha relación con el derecho a una vida acorde con el principio-derecho de dignidad, es decir, con la trascendencia vital propia de una dimensión sustancial de la vida, antes que una dimensión meramente existencial o formal, forman parte de su contenido esencial aquellas pretensiones mediante las cuales se busque preservar el derecho concreto a un "mínimo vital" [fundamento 37].

105. Con relación a dicho "mínimo vital", se advierte que en el caso del ordenamiento jurídico peruano se ha regulado una pensión mínima por un monto ascendente a S/ 415.00. Tal es el caso de la Disposición Transitoria Única de la Ley 27617 (para el caso del Sistema Nacional de Pensiones) y del inciso 1 de la Cuarta Disposición Transitoria de la Ley 28449 (para el caso de las nuevas reglas del régimen de pensiones del Decreto Ley 20530).

106. En cuanto al Decreto Legislativo 1133, éste no ha establecido una pensión mínima o "mínimo vital". No resulta baladí reiterar que, pese a que el artículo 28 trata de una pensión derivada, como es el caso de la pensión de viudez, el monto correspondiente debe procurar, en la medida de lo posible, aproximarse al objetivo que es ínsito al establecimiento de una pensión mínima o "mínimo vital", esto es, el resguardo de un mínimo estándar de calidad de vida para el/la pensionista, cuyo fundamento se halla en el principio-derecho de dignidad humana.

107. A efectos de verificar cuál ha sido el tratamiento legislativo y administrativo de la pensión mínima y si el monto de ésta sirve para proteger ese mínimo estándar

de calidad de vida, veamos un cuadro en el que se muestran, a modo de ejemplo, las pensiones de determinados miembros de las Fuerzas Armadas, basadas en el Decreto Ley 19846:

Grados / equivalente	**Monto de la pensión (S/.) Dic.2012**
Personal de oficiales	
Teniente General	8126.53
Mayor General Sueldo Teniente General	8126.53
Mayor General	7953.77
Coronel Sueldo General	6845.57
Coronel	6631.48
Comandante Sueldo Coronel	3351.87
Comandante	3543.10
Mayor Sueldo Comandante	3122.45
Mayor	2641.87
Capitán	2183.51
Teniente	1801.02
Alférez	1746.35
Personal de Técnicos y Suboficiales	
Técnico Supervisor	2119.56
Técnico Inspector Sueldo TSP	2119.56
Técnico Inspector	2060.83
Técnico de Primera Sueldo TIP	1979.61
Técnico de Primera	1915.45
Técnico de Segunda Sueldo TC1	1669.95
Técnico de Segunda	1825.03
Técnico de Tercera	1711.64
Sub Oficial de Primera	1662.89
Sub Oficial de Segunda	1628.79
Sub Oficial de Tercera	1604.27

Fuente: Escrito presentado por representante de demandantes con fecha 25 de octubre de 2016

108. Aun teniendo en cuenta la pensión más baja de dicho régimen, es evidente que la pensión mínima que se otorga protege de alguna forma el estándar básico de calidad de vida para el pensionista, pero ello, como veremos, no sucede en otros regímenes:

Montos Pensionarios Mínimos del Decreto Ley 19990 Escala proporcional según el tipo de pensión y las aportaciones	
Para pensionistas por derecho por derecho propio (Decreto Ley 19990), el mínimo se determina por los años de aportaciones acreditados	
Con 20 años o más de aportación	S/. 415.00
Con 10 años y menos de 20 años de aportación	S/.346.00
Con 6 años y menos de 10 años de aportación	S/.308.00
Con 5 años o menos de 5 años de aportación	S/.270.00
Para pensionistas por derecho derivado (viudez, orfandad, ascendentes), se aplicará lo dispuesto por el Decreto Ley 19990, no pudiendo ser la suma total de las pensiones que el causante genere por dicho concepto inferior a	
	S/.270.00
Para pensionistas por invalidez	
	S/.415.00

Fuente: Tribunal Constitucional

109. Como ya se indicó previamente, mediante la Disposición Transitoria de la Ley 27617, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 1 enero de 2002, se estableció como pensión mínima la suma de S/ 415.00. En ese entonces, la remuneración mínima vital era S/ 410.00, en mérito del artículo 1 del Decreto de Urgencia 12-2000.

110. Posteriormente, con el numeral 1 de la Cuarta Disposición Transitoria de la Ley 28449, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 30 de diciembre de 2004, se reiteró que la pensión mínima era la suma de S/ 415.00. Para dicha fecha, la remuneración mínima vital vigente era de S/ 460.00, en virtud del artículo 1 del Decreto de Urgencia 22-2003. Desde la emisión de la Ley 28449 hasta la actualidad, el monto de la pensión mínima no se ha incrementado; en tanto que la remuneración mínima vital ha aumentado a S/ 850.00, conforme al Decreto Supremo 005-2016-TR.

111. Como se puede apreciar, pese a que la remuneración mínima vital casi se ha duplicado, debido a que el costo de vida y las necesidades vitales que procuran una vida digna se han incrementado, el monto de la pensión mínima no ha subido.

112. Dicha inactividad constituye el incumplimiento del Estado peruano de garantizar el derecho a la pensión con igualdad y sin discriminación, así como de manera progresiva.

113. Con relación a la obligación de igualdad y no discriminación del derecho a la pensión, en el contexto de su dimensión material, el Estado tiene la obligación de adoptar medidas —como ventajas, incentivos o tratamientos favorables— que promuevan el trato diferenciado a favor de una mayor protección de los grupos sociales desventajados a fin de "compensar jurídicamente a los pensionistas de menores ingresos" (Sentencia 0050-2004-AI/TC y acumulados, fundamento 68).

114. Este Tribunal Constitucional, en tanto garante de los derechos fundamentales, estima que se debe procurar un incremento gradual y progresivo de las pensiones mínimas de los diferentes regímenes, incluido el ya mencionado Decreto Ley 19990, de modo que se pueda mantener el poder adquisitivo de este sector de la población acorde con el costo de vida y las necesidades vitales actuales.

115. Desde el 2002, cuando entró en vigencia la Ley 27617, hasta la fecha, el Estado no ha adoptado medidas concretas que permitan a dicho grupo vulnerable superar la inferioridad real en la que se encuentran, pues el monto de la pensión mínima no se ha incrementado, pese a que el sueldo mínimo vital casi se ha duplicado.

116. Sobre la obligación de garantizar progresivamente el derecho a la pensión, esta obligación se encuentra recogida en la Decimoprimera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, la cual señala que "(l)as disposiciones de la Constitución que exijan nuevos y mayores gastos públicos se aplican progresivamente".

117. Este Tribunal tiene resuelto además que "el principio de progresividad en el gasto a que hace alusión la Undécima Disposición Final y Transitoria de la Constitución, no puede ser entendido con carácter indeterminado y, de este modo, servir de alegato frecuente ante la inacción del Estado, pues para este Colegiado la progresividad del gasto no está exenta de observar el establecimiento de plazos razonables, ni de acciones concretas y constantes del Estado para la implementación de políticas públicas" (Sentencia 2016-2004-PA/TC, fundamento 35).

118. En dicho sentido, si bien el incremento de la pensión mínima involucra mayores gastos para el Estado, éstos, conforme al principio de progresividad, le imponen observar las medidas de gradualidad y progresividad; sin embargo, a pesar de ello, como se ha podido apreciar, no se está cumpliendo con tal progresividad.

119. Ya en la Sentencia 0050-2004-AI y acumulados, el Tribunal Constitucional hizo referencia a la necesidad de incrementar las pensiones más bajas de otros regímenes diferentes al del Decreto Ley 20530, como es el caso de la pensión mínima del Decreto Ley 19990; no obstante, hasta la fecha no se ha cumplido, pues desde el 2002 (vigencia de la Ley 27617) la pensión mínima no ha aumentado.

120. En consecuencia, dado que la pensión mínima no ha sido incrementada desde el 2002, se concluye que existe inactividad por parte del Estado al no garantizar el desarrollo progresivo del derecho a la pensión, por lo que este Tribunal debe disponer que el Poder Ejecutivo y al Congreso de la República incrementen el monto de la pensión mínima de los diferentes regímenes pensionarios, incluido aquel del Decreto Legislativo 19990, en el plazo de 3 años. De no hacerlo en dicho plazo, el Tribunal Constitucional, en la etapa de supervisión de cumplimiento de sentencias, podrá adoptar las medidas que estime necesarias para tal efecto.

121. De otro lado, cabe mencionar que la previsión legal de que la pensión de viudez alcance un 50 % del monto que percibía el causante, reiterada en diversos regímenes pensionarios, no se revela, por sí misma, como contraria al derecho a la seguridad social.

122. El acceso universal y progresivo a la seguridad social, como ya se señalara, es un derecho fundamental de configuración legal y, por ende, debe el Congreso de la República regular las condiciones para gozar de este y los requisitos para acceder a él.

123. Sin perjuicio de lo expuesto, y de la constitucionalidad del artículo 28 del Decreto Legislativo 1133, debería exhortarse al Poder Ejecutivo y al Congreso de la República a fin de que se tienda a garantizar que la pensión que pueda percibir un pensionista o de sus sucesores respete un mínimo esencial que garantice un estándar básico de calidad de vida.

124. Estando a lo expuesto este Tribunal Constitucional, entiende que corresponde declarar infundada la demanda en este extremo.

2.5. Sobre la supuesta vulneración de los artículos 11 y 168 de la Constitución por los artículos 28, 36 y la octava disposición complementaria final del Decreto Legislativo 1133

125. Los demandantes sostienen que el artículo 28 previamente analizado, el artículo 36 y la Octava Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 1133 vulneran, según cada caso, los artículos 11 y 168 de la Constitución. Además del artículo 28, ya glosado anteriormente, el artículo 36 y la referida Octava Disposición establecen lo siguiente:

> **Artículo 36.- Opción de afiliarse a otro sistema previsional**
>
> El personal militar de las Fuerzas Armadas y policial de la Policía Nacional del Perú que pase a situación de retiro sin haber alcanzado el tiempo mínimo de veinte [20] años de servicios, y no tenga el derecho a recibir el Subsidio Póstumo o Subsidio por invalidez a que se refiere el Decreto Legislativo que aprueba la nueva estructura de ingresos aplicable al personal militar de las Fuerzas Armadas y policial de la Policía Nacional del Perú, podrá optar por acogerse al Sistema Nacional de Pensiones o al Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones.
>
> En aquellos casos en que dicho personal se afilie al Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones, le corresponderá un bono Previsional en función a sus aportes, incluidos los del Estado. Dicho bono se rige, en lo que resulte aplicable, por lo dispuesto en los artículos 8, 9, 10 y 11 del Texto único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones, aprobado por el Decreto Supremo N.º 054-97-EF, así como por lo establecido en el Decreto Supremo N.º 180-94-EF, Decreto Legislativo N.º 874 y la Ley N.º 27617, en lo que corresponda.
>
> A los que opten por asegurarse en el Sistema Nacional de Pensiones, el Estado les reconocerá los años de aportes efectivos, los cuales deberán ser acreditados con una constancia de aportes emitida por la entidad que administre el régimen de pensiones del personal militar y policial al momento de su solicitud.
>
> Mediante decreto supremo refrendado por el Ministerio de Economía y Finanzas se dictarán las normas complementarias y reglamentarias para la mejora aplicación de la presente disposición.
>
> […]

Octava Disposición Complementaria Final.-Modificación de los artículos 12 y 13 del decreto Ley N.º 21021

Modifíquense los artículos 12 y 13 del Decreto Ley N.º 21021 por el siguiente texto:

"Artículo 12.- Del Consejo Directivo

La Dirección de la Caja está a cargo del Consejo Directivo, el mismo que se conforma de la siguiente manera:

a) Un director designado por los Ministros de Defensa, Interior y del Ministerio de Economía y Finanzas, quien lo presidirá;

b) Dos directores designados por el Ministro de Defensa;

c) Dos directores designados por el Ministro del Interior; y,

d) Dos directores designados por el Ministro de Economía y Finanzas

e) Dos representantes de los pensionistas de la Caja de Pensiones Militar Policial, uno proveniente de la Policía Nacional del Perú, y otro de las Fuerzas Armadas.

Para ser designado miembro del Consejo Directivo se requiere tener formación y experiencia en materia previsional o en administración económico-financiera. Asimismo, los integrantes del Consejo Directivo, a excepción de los representantes de los pensionistas, no deben de pertenecer al régimen de pensiones del Decreto Ley N.º 19846 ni al Régimen de pensiones militar policial regulado por la presente norma.

Los miembros del Consejo Directivo no pueden desempañar cargo alguno en la Caja.

"Artículo 13.-Nombramiento de directores del Consejo Directivo

Los directores del Consejo Directivo son nombrados por resolución suprema, refrendada por los Ministros de los sectores correspondientes; su mandato se ejerce por un período de dos (2) años, prorrogable por una sola vez y por el mismo plazo.

Los directores del Consejo Directivo están afectos a los mismos impedimentos, responsabilidades y causales de vacancia que señala la Ley N.º 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguro, para los directores de las entidades financieras".

2.5.1. Sobre la presunta vulneración del artículo 11 de la Constitución

126. Según el artículo 11 de la Constitución, "[e]l Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Supervisa asimismo su eficaz funcionamiento […]". De este modo, en materia de pensiones, el constituyente ha reconocido que las prestaciones pueden ser otorgadas mediante entidades públicas, privadas o mixtas, poniendo en relieve que el Estado asume un rol supervisor o fiscalizador cuando las prestaciones sean brindadas por entidades privadas o mixtas (Sentencia 0007-2008-PI/TC, fundamento 5).

127. En todo caso, y con relación al derecho a la pensión, cabe señalar que este no solo garantiza la posibilidad de obtener prestaciones pensionarias de manera universal y progresiva, sino también el libre acceso a dichas prestaciones, supuesto de hecho claramente establecido en el mencionado artículo 11 de la Constitución (Sentencia 1776-2004-PA/TC, fundamento 17).

128. Al respecto, debe evaluarse si el establecimiento en el artículo 28 del Decreto Legislativo 1133 de que la pensión de viudez es equivalente al 50 % de la que percibía o hubiera podido percibir el causante, en comparación a la regulación de la pensión de viudez en el Decreto Legislativo 19846 —que es lo que cuestionan los demandantes—, contraviene la obtención de prestaciones de pensiones de manera universal y progresiva así como el libre acceso a estas.

129. Ello, claro está, sucederá siempre que se interprete dicha disposición en el sentido establecido *supra*, esto es, que la pensión de viudez no podrá ser inferior a la pensión mínima vital.

130. Con relación a lo primero, este Tribunal considera que la obtención de prestaciones de pensiones de manera progresiva no ha sido afectada por cuanto el principio de progresividad en materia de derechos sociales "no supone absoluta imposibilidad de regresión en los avances efectuados por el Estado "[…] en la medida que ello quede plenamente justificado en atención a la totalidad de los recursos que disponga el Estado, y siempre que existan razones de interés social que así lo impongan" (0001-2004-AI/TC y acumulados, fundamento 55).

131. Antes bien, la realización de dicho principio en materia pensionaria implica ponderar el derecho constitucional a un sistema de seguridad social y, en concreto, a la pensión, que asegure una vida digna, con la previsión y capacidad presupuestaria del Estado (0001-2004-AI/TC y acumulados, fundamento 20).

132. Precisamente, en líneas anteriores se ha indicado que queda resguardado un mínimo estándar de calidad de vida para el/la pensionista, sobre la base del principio-derecho de dignidad humana, en tanto se interprete lo dispuesto en el artículo 28 sobre el monto de la pensión de viudez según lo indicado previamente, es decir, que la pensión de viudez no podrá ser inferior a la pensión mínima vital.

133. Por lo tanto, interpretándose el artículo 28 del Decreto Legislativo 1133 en el sentido antes descrito, no se afecta el principio de progresividad en materia pensionaria, aludido en términos de obtención de prestaciones de pensiones de manera progresiva.

134. Y, en lo que respecta a lo segundo, se advierte que dicho artículo, interpretado en tales términos, no incide negativamente en el derecho al libre acceso a las prestaciones de pensiones en la medida en que no se desprende de este ninguna norma relativa a dicha materia.

135. Por tales consideraciones debe desestimarse la demanda en dicho extremo.

136. Por otro lado, lo dispuesto en el artículo 36 del Decreto Legislativo 1133, que establece la opción de afiliarse a otro sistema previsional (Sistema Nacional de Pensiones o Sistema Privado de Pensiones) para el personal militar de las Fuerzas Armadas y policial de la Policía Nacional que pase a situación de retiro sin haber alcanzado el tiempo mínimo de veinte (20) años de servicios, y no tenga el derecho a recibir el subsidio póstumo o subsidio por invalidez a que se refiere el Decreto Legislativo 1132, constituye una medida cuya finalidad es que aquellos que no cumplen con el requisito mínimo de años de aportes o de otros supuestos excepcionales previstos (subsidio póstumo o subsidio por invalidez) para acceder a una pensión, lo puedan hacer sobre la base del reconocimiento de lo aportado hasta la fecha en que pasaron al retiro.

137. Al respecto, cabe recordar que este Tribunal, en la Sentencia 0007-2008-PI/TC, fundamento 6, ha dispuesto lo siguiente:

> […] La seguridad social y el libre acceso a las prestaciones pensionarias tienen que ser considerados como derechos de configuración legal porque a través de la ley se precisan los requisitos y condiciones que se deben cumplir a efectos de acceder y gozar de las prestaciones que cada uno de los regímenes pensionarios establece en cada caso en particular (fundamento 6).

138. Siendo ello así, en la medida en que el libre acceso a las prestaciones pensionarios es un derecho de configuración legal, en el presente caso se advierte

que es precisamente el Decreto Legislativo 1133 el que precisa los requisitos y condiciones para que el personal militar de las Fuerzas Armadas y policial de la Policía Nacional acceda y goce a las prestaciones pensionarias que correspondan. Y, en el caso de aquellos que no lo pueden hacer por no cumplir con los requisitos mínimos, se les está permitiendo continuar aportando en el sistema de su elección (sea el SNP o el SPP), con el previo reconocimiento de sus aportes.

139. De esta manera, se advierte que el artículo 36, antes que limitar el libre acceso a las prestaciones pensionarias para el personal militar y policial en la situación previamente descrita, está desarrollando y posibilitando la realización de dicho derecho.

140. Por tales consideraciones, corresponde desestimar el presente extremo de la demanda.

2.5.2. Sobre la presunta vulneración del artículo 168 de la Constitución

141. Según el artículo 168 de la Constitución:

> Las leyes y los reglamentos respectivos determinan la organización, las funciones, las especialidades, la preparación y el empleo; y norman la disciplina de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional.
>
> Las Fuerzas Armadas organizan sus reservas y disponen de ellas según las necesidades de la Defensa Nacional, de acuerdo a ley.

142. De acuerdo con dicha disposición, las Fuerzas Armadas se encuentran sujetas a las leyes, reglamentos y normas de conducta que regulan la disciplina militar y policial. En vista de ello, se advierte que lo cuestionado por los demandantes respecto a los artículos 14, 28, 36 y a la octava disposición complementaria final del Decreto Legislativo 1133 no incide en el ámbito de la citada disposición constitucional.

143. Por tales consideraciones, corresponde desestimar el presente extremo de la demanda.

2.6. Sobre la supuesta vulneración del derecho a la propiedad por el artículo 17 del Decreto Legislativo 1133

144. Los demandantes alegan que lo dispuesto en el artículo 17 del Decreto Legislativo 1133 vulnera el derecho a la propiedad. Tal disposición establece lo siguiente:

Artículo 17.-Pérdida del derecho a la pensión de retiro

Se pierde el derecho a la pensión de retiro por:

a) Haber sido condenado por delito doloso. Si hubiese cónyuge, hijos o ascendientes del sentenciado que no hayan tenido participación directa ni indirecta en el delito, se beneficiarán con la pensión que le correspondía o que percibía el sentenciado, aplicándose en cuanto a su distribución, las normas pertinentes a la pensión de sobrevivientes.

b) Pérdida de la nacionalidad peruana.

145. Al respecto, debe tenerse presente que este Tribunal, en la Sentencia 0050-2004-AI/TC y acumulados, ha señalado:

> […] la pensión, si bien forma parte del patrimonio de la persona que goza de ese derecho, no se puede desprender, sin más, su asimilación con la propiedad, pues entre ellas existen diferencias notables que se manifiestan en su naturaleza jurídica, en los actos que pueden realizarse, en el modo de transferencia en su titularidad […] (fundamento 97).

334

146. Con relación a ello, este Tribunal insiste en la consideración de la pensión como parte del patrimonio, y no como propiedad, lo que se sustenta en las siguientes consideraciones ya indicadas en la referida Sentencia 0050-2004-AI-TC y acumulados, fundamento 97:

(i) En lo que respecta a la titularidad de la pensión, no siempre coincide el titular de la pensión con la persona beneficiada con ella, por lo que se debe distinguir entre el pensionista y el beneficiario.

(ii) En cuanto a la naturaleza jurídica de la pensión, esta, a diferencia de la propiedad, no es un derecho real sobre un bien, sino un derecho a percibir un monto determinado de pago periódico al que se tiene acceso una vez que se han cumplido los requisitos legalmente establecidos.

(iii) En lo referente a los actos que pueden realizarse sobre la pensión, ésta, a diferencia de la propiedad, no puede ser objeto, por ejemplo, de determinados actos de libre disposición (compra-venta, permuta, donación, entre otros), ni es susceptible, como es evidente, de expropiación.

(iv) Tampoco puede equipararse el modo de transferencia de la propiedad con el de la pensión. La pensión no es susceptible de ser transmitida por la sola autonomía de la voluntad del causante, como si se tratase de una herencia, pues se encuentra sujeta a determinados requisitos establecidos en la Ley

y que, solo una vez que hubiesen sido satisfechos, podría generar su goce a este o a sus beneficiarios.

147. Por lo tanto, en la medida en que se advierte que la pensión no contiene los atributos privativos de la propiedad, no tiene sustento constitucional invocar una equiparación entre ambas.

148. Adicionalmente cabe advertir que las causales que justifican la pérdida de la pensión han sido reducidas por el legislador en comparación al régimen pensionario anterior que tenía como destinatarios al personal policial y militar; y que, en todo caso, no se evidencia que las subsistentes resulten manifiestamente inconstitucionales.

149. Siendo ello así, en tanto lo dispuesto en el artículo 17 del Decreto Legislativo 1133 no incide negativamente en el derecho fundamental a la propiedad, corresponde desestimar la demanda en el presente extremo.

2.7. Sobre la eventual vulneración del principio de legalidad y la supuesta contravención de lo dispuesto en los Decretos Leyes 18081, 21021 y en las Leyes 10308, 24373, 24533, 24916, 25413, 28359, 29362

150. Los demandantes alegan que los artículo 1 del Decreto Legislativo 1133, ya glosado *supra*, vulnera el principio de legalidad en la medida que las autoridades gubernamentales no han actuado con respeto a la Constitución y a las leyes militares y policiales que aún no han sido derogadas por el Congreso de la República y que aún siguen vigentes. Dichas normas invocadas son las siguientes:

- Decreto Ley 18081, Estatuto policial garantiza derechos y obligaciones del personal
- Decreto Ley 21021, Ley de Creación de la Caja de Pensiones Militar-Policial
- Ley 10308, que dispone que las pensiones de retiro de los oficiales de los institutos armados variarán en concordancia con las modificaciones de la escala de sueldos correspondientes a la situación de actividad
- Ley 24373, herederos de los miembros de FF. AA. y FF. PP. que hayan fallecido o fallezcan en actos de servicio se acogerán al beneficio Económico correspondiente a la remuneración de la clase inmediata superior cada cinco años a partir de producido el deceso
- Ley 24533, sustituyen artículos del Decreto Ley 19846

- Ley 24916, interprétese que el haber a que se refiere el artículo 2 de la Ley 24373, comprende las remuneraciones, bonificaciones, asignaciones y aguinaldos que perciben los miembros de las FF. AA. y FF. PP. en actividad
- Ley 25413, modifica el artículo 2 del Decreto Legislativo N.° 737
- Ley 28359, Ley de Situación Militar de los Oficiales de las Fuerzas Armadas
- Ley 29362, Ley que precisa la intangibilidad de los fondos y recursos del sistema previsional militar-policial a cargo de la Caja de Pensiones Militar-Policial

151. Este Tribunal ha indicado, con relación al principio de legalidad en el fundamento 8 de la Sentencia 2939-2004-AA/TC, que Este comporta que "la Administración, en el ejercicio de sus funciones públicas y potestades, no pueda invocar un supuesto principio de presunción general de aptitud o libertad", sino que se someta a los límites previstos en el artículo 45 de Constitución, según el cual "[e]l poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen".

152. De esta manera, dicho principio "determina las actuaciones competenciales de la Administración Pública, y en el caso específico de los organismos reguladores, debe ser conforme a los principios y valores que la Constitución consagra, en la medida en que los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a ella […]".

153. En ese entendido, cuando el artículo 1 del Decreto Legislativo 1133 establece que este último tiene por objeto establecer el ordenamiento definitivo del régimen de pensiones del Decreto Ley 19846 y del régimen de pensiones del personal militar y policial y ello ha sido realizado sobre la base del pleno respeto de la ley autoritativa correspondiente, esto es, la Ley 29915, como concluyó este Tribunal en la Sentencia 0008-2016-PI/TC, fundamentos 2-13, se advierte entonces que se ha producido un ejercicio del poder con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen.

154. A ello debe añadirse que este Tribunal en la presente sentencia ha desestimado los argumentos de los demandantes con relación a la alegada vulneración, por parte del referido artículo 1 del Decreto Legislativo 1133, de un conjunto de principios constitucionales (universalidad, solidaridad, igualdad y no discriminación); por lo que tampoco se ha configurado una violación de la Cons-

titución en un sentido material, cumpliéndose así con una de las exigencias gravitantes del principio de legalidad, conforme se ha indicado *supra*.

155. Siendo ello así, corresponde desestimar la demanda en el referido extremo.

156. Por otro lado, los demandantes alegan que los Decretos Leyes y Leyes mencionados previamente han sido vulnerados por diversos artículos del Decreto Legislativo 1133, como es el caso de los artículos 7, 9, 10, 16, 17, 19, 20, 21, 23, 24, 27, 28, 29, 30, 34, 35, 37, 38, segunda disposición complementaria final (sobre la cual se ha producido la sustracción de la materia como se ha indicado previamente), quinta disposición complementaria final, y de la octava disposición complementaria final. Los artículos no glosados anteriormente disponen lo siguiente:

> **Artículo 19.- Acceso a la pensión de invalidez para el servicio**
>
> Tiene derecho a la pensión de invalidez el personal militar de las Fuerzas Armadas policial de la Policía Nacional del Perú declarado en invalidez permanente debidamente comprobada, por acto del servicio conforme a lo establecido en los artículos 12 y 23 del presente Decreto Legislativo, siempre que acredite un mínimo de treinta (30) años de servicios reales y efectivos.
>
> En el caso de invalidez permanente, si el personal no cumple con el tiempo mínimo de servicio señalado en el párrafo anterior, tendrá derecho a recibir el Subsidio por Invalidez a que se refiere el Decreto Legislativo que aprueba la nueva estructura de ingresos aplicable al personal militar de las Fuerzas Armadas y policial de la Policía Nacional del Perú. Este subsidio será percibido hasta el momento en que dicho personal alcance la promoción máxima para el subsidio por invalidez a que se refiere la norma antes citada, cumpliendo además los requisitos establecidos para el otorgamiento de la pensión de invalidez.
>
> **Artículo 20.- Cálculo de la pensión de invalidez para el servicio**
>
> 20.1 Para el caso del personal militar y policial la pensión de invalidez se determina aplicando las reglas para el cálculo de la pensión de retiro.
>
> 20.2 Para los cadetes de los Institutos Armados y Policía Nacional del Perú de formación de Oficiales, la pensión de invalidez corresponde al 55 % de la remuneración pensionable correspondiente a la del Alférez o su grado equivalente ensituación de actividad;

20.3 Para los alumnos de los Institutos Armados y Policía Nacional del Perú de formación de personal Suboficiales, la pensión de invalidez corresponde al 55% de la remuneración pensionable correspondiente a la del Sub Oficial de Tercera o su grado equivalente en situación de actividad; y,

20.4 Para el personal del servicio militar acuartelado, la pensión de invalidez corresponde al 55% de la remuneración pensionable correspondiente a un Sub Oficial de Tercera o su equivalente en situación de actividad.

Artículo 21.- Acceso a la pensión de incapacidad para el servicio

Tiene derecho a la pensión de incapacidad el personal militar de las Fuerzas Armadas y policial de la Policía Nacional del Perú declarado en incapacidad permanente debidamente comprobada, por causa distinta al acto del servicio a que se refieren los artículos 12 y 23 del presente Decreto Legislativo.

[…]

Artículo 23.- Determinación de la condición de invalidez o incapacidad

Para percibir la pensión de invalidez o de incapacidad para el servicio, el personal militar y policial deberá ser declarado inválido o incapaz para el servicio, según corresponda, previo dictamen de comisión médica elaborado por la Sanidad respectiva.

Determinada la condición de invalidez o incapacidad, el Administrador del Régimen de Pensiones del personal militar y policial procederá al otorgamiento de la pensión, previo cumplimiento de los requisitos establecidos en el presente Decreto Legislativo.

El reglamento establecerá los procedimientos para su otorgamiento.

Artículo 24.- Suspensión o pérdida del derecho a la pensión de invalidez o incapacidad

Se suspende o pierde el derecho a la pensión de invalidez o incapacidad, respectivamente, por las causales a las que se refieren los artículos 16,17, 34 y 35 del presente Decreto Legislativo, en lo que corresponda.

Artículo 27.- Acceso a la pensión de sobrevivientes

En caso de fallecimiento del personal militar de las Fuerzas Armadas y policial de la Policía Nacional del Perú ocurrido en acto de servicio, el dere-

cho a la pensión de sobreviviente se adquiere siempre y cuando se acredite un mínimo de treinta (30) años de servicios reales y efectivos.

Dicha pensión será determinada aplicando las reglas establecidas para el cálculo de la pensión de retiro.

En caso no se cumpla con el tiempo mínimo de servicio señalado anteriormente, el o los beneficiarios tendrán derecho a percibir el Subsidio Póstumo a que se refiere el Decreto Legislativo que aprueba la nueva estructura de ingresos aplicable al personal militar de las Fuerzas Armadas y policial de la Policía Nacional del Perú. Este subsidio será percibido hasta el momento en que, de haber continuado con vida el causante, hubiese alcanzado la promoción máxima para el subsidio póstumo a que se refiere la norma antes citada, cumpliendo además los requisitos establecidos para el otorgamiento de la pensión de invalidez.

Para el caso del personal que recibe propina o asignación económica que haya fallecido en acto de servicio, la pensión de sobrevivencia se calculará teniendo en cuenta las siguientes disposiciones:

a) Para cadetes de los Institutos Armados y Policía Nacional del Perú de formación de Oficiales, la pensión corresponde al 27,5% de la remuneración pensionable del Alférez o su grado equivalente en situación de actividad;

b) Para los alumnos de los Institutos Armados y Policía Nacional del Perú de formación de personal Suboficiales, la pensión corresponde al 27,5% de la remuneración pensionable del Sub Oficial de Tercera o su grado equivalente en situación de actividad; y,

c) Para el personal del servicio militar acuartelado, la pensión corresponde al 27,5% de la remuneración pensionable del Sub Oficial de Tercera o su equivalente en situación de actividad.

Artículo 28.- Pensión de viudez

Tiene derecho a pensión de viudez el cónyuge del causante o pensionista fallecido.

La pensión de viudez será el equivalente al 50% de aquella que percibía o hubiera podido percibir el causante.

Artículo 29.- Pensión de orfandad

29.1 Tienen derecho a pensión de orfandad los hijos menores de dieciocho (18) años del causante o pensionista fallecido.

29.2 Tratándose de hijos adoptivos, el derecho a la pensión se genera si la adopción ha tenido lugar antes que el adoptado cumpla dieciocho (18) años de edad y antes que el adoptante cumpla los sesenta (60) años, siempre que el fallecimiento ocurra después de treinta y seis (36) meses de producida la adopción. Este último requisito no rige cuando el deceso se produce en acto o consecuencia del servicio

29.3 Cumplidos los dieciocho (18) años, subsiste la pensión de orfandad en los siguientes casos:

a) Para los hijos que sigan estudios de nivel básico o superior de educación, en forma ininterrumpida y satisfactoria, dentro del periodo regular lectivo, hasta los veintiún (21) años.

b) Para los hijos que adolecen de incapacidad absoluta para el trabajo desde su minoría de edad o cuando la incapacidad que se manifieste en la mayoría de edad tenga su origen en la etapa anterior a ella.

29.4 La pensión de orfandad será el equivalente al 20% de la pensión que percibía o hubiera podido percibir el causante, por cada hijo con derecho a pensión. En ningún caso la distribución entre dichos beneficiarios, incluyendo la pensión de viudez, de ser el caso, podrá exceder el tope de 100% establecido en el párrafo anterior.

Artículo 30.- Pensión de ascendencia

Tienen derecho a pensión de ascendencia el padre y la madre del causante o pensionista fallecido, siempre que a la fecha de deceso de este, concurran las siguientes condiciones:

a) Ser inválido o tener sesenta (60) o más años de edad;

b) Depender económicamente del causante;

c) No poseer rentas o ingresos superiores al monto de la pensión que le correspondería; o,

d) No existir beneficiarios de pensión de viudez y orfandad, o, en caso de existir estos, quede saldo disponible de la pensión del causante, deducidas las pensiones de viudez y orfandad.

De no existir cónyuge ni hijos del causante, la pensión de ascendencia corresponderá al padre, la madre o a ambos en partes iguales.

El monto máximo de la pensión de ascendencia será igual al veinte por ciento (20%) de la pensión que percibía o hubiera podido percibir el causante.

Artículo 37.- Administración del Régimen de Pensiones del personal militar y policial

Encárguese a la Caja de Pensiones Militar y Policial la administración del régimen de pensiones del personal militar policial a que se refiere el presente Decreto Legislativo, quedando esta entidad autorizada a realizar con tal fin todas las funciones que sean necesarias, y de competencia al caso, a que se refiere el Decreto Ley N.º 21021.

Artículo 38.- Registro Individual de Aportaciones al Régimen de Pensiones del personal militar y policial

Créase el Registro Individual de aportaciones al Régimen de Pensiones del personal militar y policial, la que deberá contener el registro de las aportaciones a dicho sistema, individualizadas por cada personal militar o policial.

Este personal tiene derecho a solicitar cada cinco (5) años un certificado con la información actualizada de sus aportes al Régimen de Pensiones del personal militar y policial.

157. Al respecto, debe tenerse en cuenta que el Decreto Ley 18081 ya no forma parte del ordenamiento jurídico vigente según el artículo 2 de la Ley 29477, publicada el 18 de diciembre de 2009.

158. En cuanto al resto de las normas legales mencionadas en la demanda, en el caso de que el legislador haya sustituido parcial o totalmente la regulación que dichas normas establecían por una nueva, ello no puede considerarse, *per se*, inconstitucional.

159. En efecto, dentro de márgenes razonables de flexibilidad, la Constitución, abierta y dinámica por su propia naturaleza, permite la libre configuración del ordenamiento jurídico por parte del legislador, tomando en cuenta las circunstancias históricas, sociales, políticas y económicas de cada período, siempre que con ello no se vulnere el contenido mínimo de los principios y valores constitucionales que gozan de un grado de certeza interpretativa planteado por el

constituyente en su reconocimiento constitucional directo (Sentencia 1417-2005-PA/TC, fundamento 12).

160. Debe recordarse, por lo demás, que en el orden constitucional de la Norma Fundamental de 1993, no existen derechos adquiridos toda vez que rige el principio de los hechos cumplidos (artículo 103) y que, en concreto, la aprobación de leyes que modifiquen expresa o tácitamente regímenes pensionarios no son inconstitucionales por su sola aprobación, sino solo cuando infrinjan principios constitucionales.

161. Y es que, como ya ha sostenido este Tribunal, el legislador tiene en sus manos la potestad de libre configuración de los mandatos constitucionales, pero dicha potestad se debe ejercer en armonía con el núcleo duro de los derechos fundamentales, otros principios y bienes constitucionales, advirtiéndose en el presente caso que la nueva regulación pensionaria en lo que respecta al personal militar y policial establecida en el Decreto Legislativo 1133 y, específicamente, los artículos cuestionados a este respecto en la demanda no han vaciado de contenido el derecho fundamental a la pensión ni otros principios invocados en la demanda.

162. Por consiguiente, la demanda debe ser desestimada en dicho extremo.

2.8. Sobre la eventual vulneración del principio de razonabilidad por el artículo 6 del Decreto Legislativo 1133

163. Los demandantes sostienen que el artículo 6 del Decreto Legislativo 1133 vulnera el principio de razonabilidad por cuanto establece un nuevo porcentaje de 19 % de la remuneración pensionable como aporte al régimen de pensiones militar y policial, del cual el 13 % estará a cargo del personal militar y policial, en tanto que el Estado aportará el 6 %. Tal disposición indica lo siguiente

> **Artículo 6.- Porcentaje de aporte**
>
> El aporte al presente régimen de pensiones será equivalente al 19 % de la remuneración pensionable de la cual el 13 % será a cargo del personal militar de las Fuerzas Armadas y policial de la Policía Nacional del Perú y 6 % a cargo del Estado.
>
> Los porcentajes de aportes podrán ser modificados mediante decreto supremo con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros y a propuesta del Ministerio de Economía y Finanzas.

164. Este Tribunal ha definido al principio de razonabilidad de forma negativa; es decir, por exclusión de la arbitrariedad. En el fundamento 12 de la Sentencia 0090-2004-PA/TC se añadió que "[l]a idea que confiere sentido a la exigencia de razonabilidad es la búsqueda de la solución justa de cada caso".

165. Asimismo, en dicha sentencia se precisó en relación al principio de interdicción de la arbitrariedad que este tiene un doble significado:

    a) En un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho; y

    b) En un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva; como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo.

166. Los demandantes alegan que carece de fundamentación objetiva el hecho de que el 13% de la remuneración pensionable al que equivale el aporte al régimen de pensiones establecido por el Decreto Legislativo 1133 esté a cargo del personal militar de las Fuerzas Armadas y policial de la Policía Nacional del Perú, en tanto que el 6% lo estará a cargo del Estado.

167. No obstante ello, este Tribunal no comparte dicha afirmación por cuanto se advierte la existencia de una justificación razonable para el establecimiento de dicho porcentaje a cargo del personal militar y policial. En efecto, según los propios considerandos del Decreto Legislativo 1133, dicho nuevo régimen buscaba hacer frente al estado de iliquidez e insolvencia que venía afrontando el régimen pensionario establecido por el Decreto Ley 19846.

168. Atendiendo a esas circunstancias, y de conformidad con la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú de 1993, se estableció que los principios que regirían este nuevo régimen pensionario son los de sostenibilidad financiera y no nivelación.

169. Además, el porcentaje establecido a cargo de la remuneración pensionable halla un referente objetivo en el porcentaje establecido a este respecto en otros regímenes pensionarios, como es el caso del Decreto Ley 19990. Vale decir, se trata de un indicador de cuánto en promedio debiera aportar el afiliado a un sistema previsional, que en el caso del Decreto Ley 19990, en aplicación de la segunda disposición transitoria de la Ley 26504, no será menor al 13 % de la remuneración asegurable.

170. Por lo demás, en cuanto al aporte que realiza el Estado, fijado en 6 % según la disposición objeto de control constitucional, debe recordarse que dicha opción del legislador no significa un desmedro de la participación del Estado en cuanto a la búsqueda de la plena efectividad del derecho a la pensión del personal militar y policial.

171. Y es que, tomando en cuenta que por mandato constitucional, todo nuevo régimen pensionario debe responder, entre otros, al principio de sostenibilidad financiera y, además, no habiendo un referente objetivo en otro régimen pensionario actual en el país en el cual el Estado aporte más del 6 %, ya que la referencia más próxima da cuenta de más bien de la ausencia de aportes mensuales del Estado, como es el caso del régimen pensionario establecido en el Decreto Ley 19990, este Tribunal considera que el establecimiento de tal porcentaje no infringe lo constitucionalmente prohibido.

172. Por tales consideraciones, corresponde desestimar la demanda en el presente extremo.

2.9. Sobre la supuesta vulneración de los artículos 38, 51,118 inciso 8, y 138 de la Constitución

173. Los demandantes alegan que los artículos del Decreto Legislativo 1133 cuestionados en la demanda también vulneran los artículos 38, 51, 118 (inciso 8) y 138 de la Constitución

174. En primer lugar, el artículo 38 de la Constitución establece lo siguiente: "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".

175. Este Tribunal ha indicado en la Sentencia 6730-2006-PA/TC, fundamento 9, que este artículo es uno de los sustentos del efecto horizontal o *inter privatos* de los derechos fundamentales, lo que conlleva a sostener que los derechos fundamentales vinculan y, específicamente, según este artículo, detentan fuerza regulatoria en las relaciones jurídicas de derecho privado.

176. Siendo ello así, se advierte que lo cuestionado por los demandantes en el presente caso no se relaciona de manera directa y concreta con lo establecido en el referido artículo 38 en general, ni con lo que este implica en términos específicos respecto al efecto horizontal de los derechos fundamentales.

177. Por lo tanto, corresponde desestimar la demanda en el citado extremo.

178. De otro lado, según el artículo 51 de la Norma Fundamental: "La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente […]". Así también, de acuerdo con el artículo 138 de la Constitución: "La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes. En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior".

179. Queda claro, entonces, que tales artículos constitucionales consagran los principios de soberanía popular (artículo 138) y supremacía constitucional (artículo 51). Con relación al primero de dichos principio, este Tribunal ha sostenido que la Sentencia 0005-2007-PI/TC, en su fundamento 14, sostuvo que este consiste en que "toda competencia, atribución o facultad de los poderes constituidos emana del pueblo"; y, en relación con el segundo, se advierte que, bajo el nuevo paradigma del Estado Constitucional, la Constitución se asienta en la cúspide del ordenamiento jurídico, vinculando a todos los poderes públicos y particulares, de forma tal que se configura a partir de dicho principio la fuerza normativa de la Constitución.

180. Ahora bien, este Tribunal considera que en tanto ha desestimado los vicios de inconstitucionalidad invocados por los demandantes en relación a todos los artículos del Decreto Legislativo 1133 objeto de control constitucional, no se ha incurrido en ningún supuesto de afectación de lo dispuesto en los artículos 51 y 138 de la Constitución.

181. Por lo tanto, corresponde desestimar la demanda en el referido extremo.

182. Finalmente, los demandantes han alegado también que la expedición del Decreto Legislativo 1133 y, en concreto, la Novena Disposición Complementaria Final, ha vulnerado el artículo 118 inciso 8 de la Constitución, el mismo que dispone que corresponde al Presidente de la República "ejercer la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas; y dentro de tales límites, dictar decretos y resoluciones".

183. Sin embargo, de la lectura de dicha disposición, este Tribunal no advierte que la misma esté relacionada directa o indirectamente o incida negativamente en lo relativo al ejercicio de la atribución presidencial de reglamentar las leyes.

184. Por lo tanto, la demanda debe ser desestimada en dicho extremo. Sin embargo, este Tribunal Constitucional exhorta al Poder Ejecutivo a reglamentar el De-

creto Legislativo 1133 a la mayor brevedad posible, a fin de no prolongar en el tiempo, una omisión que, de prolongarse injustificadamente, menoscabaría la efectividad del Decreto Legislativo 1133.

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 demanda y, en consecuencia, inconstitucionales los términos "un porcentaje de" y "de acuerdo a la siguiente tabla:", además de la tabla contenida en el segundo párrafo de la Tercera Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 1133, cuyo texto es el siguiente:

   "Para el caso del pensionista del régimen del Decreto Ley Nº 19846 que accedió a dicha pensión con posterioridad a la dación del Decreto Legislativo que aprueba la nueva estructura de ingresos aplicable al personal militar de las Fuerzas Armadas y policial de la Policía Nacional del Perú, que reinicie actividad laboral para el Estado, tiene derecho a percibir, además del ingreso por el trabajo desempeñado, su pensión".

2. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda en relación a la vulneración de los artículos 101.4 y 104 de la Constitución y de la Ley 29915.

3. Declarar **INFUNDADA** la demanda en lo demás que contiene.

4. **DECLARAR** que se ha producido la sustracción de la materia en cuanto al cuestionamiento de la versión original de la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 1133.

5. Declarar un estado de cosas inconstitucional respecto del tratamiento legislativo desigual e injustificado ante la prohibición de doble percepción de ingresos para los pensionistas del Estado, correspondiendo que el Poder Legislativo adopte, **en el marco de las disposiciones constitucionales y presupuestarias,** las medidas adecuadas para corregir dicho estado en el plazo de un año. De no hacerlo en dicho plazo, el Tribunal Constitucional, en la etapa de supervisión de cumplimiento de sentencias, podrá adoptar las medidas que estime necesarias para tal efecto.

6. **DISPONER** que el Poder Ejecutivo y el Congreso de la República, conforme a sus atribuciones, promuevan el aumento progresivo de la pensión mínima de los

diferentes regímenes pensionarios, de acuerdo a lo expuesto en los fundamentos 114 y 120 de la presente sentencia, en el plazo de 3 años. De no hacerlo en dicho plazo, el Tribunal Constitucional, en la etapa de supervisión de cumplimiento de sentencias, podrá adoptar las medidas que estime necesarias para tal efecto.

7. **DISPONER** que el Poder Ejecutivo reglamente el Decreto Legislativo 1133 en el plazo de seis meses de publicada la sentencia.

Publíquese y notifíquese.

SS.

BLUME FORTINI
MIRANDA CANALES
RAMOS NÚÑEZ
LEDESMA NARVÁEZ
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA
FERRERO COSTA

PONENTE LEDESMA NARVÁEZ

Caso del Régimen de Pensiones Militar y Policial
Exp. N° 0009-2015-PI/TC

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI

Si bien concuerdo con la parte resolutiva de la sentencia, me permito realizar las siguientes precisiones:

1. La sentencia confirma la constitucionalidad del nuevo régimen de la pensión militar y policial, regulado por el Decreto Legislativo 1133, pues solo declara inconstitucional una parte de su Tercera Disposición Complementaria, que daba un tratamiento desigual e injustificado a los pensionistas del Decreto Ley 19846, jubilados después de la promulgación del Decreto Legislativo 1133 (Diciembre 2012) que volvían a trabajar, afectándolos, al reconocerles solo un porcentaje de la pensión que venían percibiendo.

2. Declara que configura un estado de cosas inconstitucional el tratamiento desigual e injusto que se brinda en los diversos regímenes pensionarios a los pensionistas que vuelven a trabajar, disponiendo se adopten las medidas adecuadas para corregir dicho tratamiento en el plazo de un año.

3. Dispone se corrija la diferencia irrazonable existente entre el régimen de pensiones militar y policial, que permite la doble percepción de remuneración y pensión a la vez, y los otros regímenes pensionarios; diferencia que debe ser corregida por el Congreso de la República en el plazo de un año.

4. Respecto a esto último, considero que una futura regulación, acorde con el principio de progresividad previsto en la Décimo Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, que establece que debe alcanzarse progresivamente la plena vigencia de los derechos fundamentales de todas las personas, obliga a que en los demás regímenes pensionarios se permita gradualmente la doble percepción de remuneración y pensión a la vez.

5. Dispone que el Poder Ejecutivo y el Congreso de la República promuevan el aumento progresivo de la pensión mínima en el plazo de tres años, conforme a

sus atribuciones y competencias, por cuanto se ha constatado que en los diferentes regímenes pensionarios la pensión mínima a cargo del Estado es exigua e incompatible con un nivel de vida digno.

6. Finalmente, señalo, a modo de última precisión, que en la presente causa no se está resolviendo la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Presidente de la República contra la Ley 30683, que ha modificado una parte del Decreto Legislativo 1133 (Expediente N° 0002-2018-PI/TC).

S.

BLUME FORTINI

EXP. N° 0009-2015-PI/TC
SEIS MIL CIUDADANOS

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO MIRANDA CANALES

Coincidiendo con lo resuelto en mayoría, considero pertinente emitir pronunciamiento sobre algunos temas que son de vital importancia para todo Estado Constitucional que se precie de serlo.

I. Los Derechos Sociales

Tradicionalmente se ha distinguido a los derechos sociales de los derechos civiles en virtud de su exigibilidad judicial. Los últimos serían exigibles por medios de procesos judiciales, mientras que los sociales responderían a decisiones políticas. En efecto, los derechos sociales implicarían una prestación positiva por parte del Estado, en tanto que los derechos civiles no requieren alguna actuación positiva.

Dichas distinciones pretenden asignar una característica única tanto a los derechos sociales como a los civiles. No obstante, se pueden presentar diferentes supuestos que dan cuenta del carácter autónomo y a su vez prestacional de algunos derechos sociales[1].

- Derechos sociales que en alguna medida comportan obligaciones negativas para el Estado, pero cuyo rasgo definidor principal sigue siendo prestacional. En este supuesto pueden encontrarse la mayoría de los derechos sociales.

- Derechos sociales cuyo rasgo definidor principal no es la prestación, sino la autonomía. Precisamente, en este supuesto se encuentran derechos como la huelga o libertad sindical.

1 PACHECO TORRES, Miguel Ángel. *El estado del estado social. Una cuestión pendiente*. Barcelona, Atelier, 2017, pág. 49.

- ❖ Derechos civiles y políticos que en alguna medida tienen un carácter prestacional pero sin perder su condición de derechos de autonomía. Aquí tenemos derechos como a la libertad religiosa o la libertad de trabajo.

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

En efecto, el Tribunal Constitucional ha precisado que si bien la efectividad de los derechos sociales requiere un mínimo de actuación del Estado a través del establecimiento de servicios públicos, así como de la sociedad mediante la contribución de impuestos, también lo es que estos derivan en obligaciones concretas por cumplir, por lo que los Estados deben adoptar medidas constantes y eficaces para lograr progresivamente la plena efectividad de los mismos en igualdad de condiciones para la totalidad de la población[2].

En esa misma línea, la estructura de los derechos civiles y políticos puede ser caracterizada como un conjunto de obligaciones negativas y positivas de parte del Estado: obligación de abstenerse de actuar en ciertos ámbitos y de realizar una serie de funciones, a efectos de garantizar el goce de la autonomía individual e impedir su afectación por otros particulares. Cuestión distinta es que las obligaciones positivas revistan una importancia simbólica mayor para identificarlos[3].

Como puede apreciarse, no existen diferencias, en razón a su estructura, entre los derechos individuales y los derechos sociales, por lo que éstos últimos son tan exigibles como los primeros. Caso contrario, confirmaríamos el presunto carácter programático de los derechos sociales, posición que ha sido superada ampliamente.

A pesar de lo anotado, todavía suele insistirse en que los derechos sociales "cuestan" y que deberían esperar la disponibilidad presupuestal del Estado, ello aunado a que no se tratan de prestaciones individuales, sino colectivas. Asumir una tesis como la anotada, implica aceptar las presuntas diferencias entre los derechos de la libertad y los sociales.

No es cierto que únicamente los derechos sociales cuesten. Por el contrario, los derechos de la libertad también cuestan: Mantener las cárceles, construcción de

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

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

carreteras para el libre tránsito, presupuesto para los órganos que garantizan el ejercicio de los derechos políticos, etc. Ello se concretiza en las leyes de presupuesto para el sector público, donde anualmente se establecen los montos que cada entidad estatal tendrá.

Si la dificultad de los derechos sociales radica en su imposibilidad de exigir individualmente al Estado la tutela de los mismos, entonces el proceso de amparo sería inviable para reclamar no sólo el derecho social a la salud, sino también el derecho a la educación, al trabajo, a la seguridad social, entre otros. Ello porque entre las razones subyacentes[4] del proceso de amparo se encuentra la tutela efectiva de todos los derechos fundamentales por igual, sin establecer diferencias en virtud a la disponibilidad presupuestal del Estado.

II. El Derecho a la Igualdad

La igualdad es un derecho fundamental que está consagrado en el artículo 2 de nuestra Constitución: "(…) toda persona tiene derecho (…) a la igualdad ante la Ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole". En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha precisado que estamos frente a un derecho fundamental que no consiste en la facultad de las personas para exigir un trato igual a los demás, sino en ser tratadas del mismo modo que quienes se encuentran en una idéntica situación (Cfr. STC 02835-2010-AA, fundamento jurídico 38).

Adicionalmente, se ha establecido que el derecho a la igualdad puede entenderse desde dos perspectivas: Igualdad ante la ley e igualdad en la ley. La primera de ellas está referida a la norma aplicable a todos los que se encuentren en la situación descrita en el supuesto de la disposición normativa. La segunda implica que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales.

Finalmente, el derecho a la igualdad debe complementarse con las categorías de diferenciación y discriminación. La diferenciación, está constitucionalmente admitida, atendiendo a que no todo trato desigual es discriminatorio; es decir, se estará frente a una diferenciación cuando el trato desigual se funde en causas objetivas y razonables, estaremos frente a una discriminación y, por tanto, frente a una desigualdad de trato constitucionalmente intolerable (Cfr. STC 02974-2010-AA,

4 Sobre las razones subyacentes: SCHAUER, Frederick. *Playing by the rules. A philosophical examination of rule-based decision-making in law in life*. Oxford, Oxford University Press, 1991. SARDO, Alessio. *Due voci del costituzionalismo*. Madrid, Marcial Pons, 2018, pp. 21-107.

fundamento jurídico 8; STC 02835-2010-AA, fundamento jurídico 41).

Entendida el derecho a la igualdad en los términos anteriormente descritos, el mecanismo que ha utilizado el Tribunal Constitucional para determinar cuándo estamos frente a un trato desigual es el test de razonabilidad.

Sin embargo, el derecho a la igualdad definida en estos términos por nuestra jurisprudencia constitucional, a nuestro juicio, no es suficiente para dar cuenta de las violaciones sistemáticas. En ese sentido, aquellas personas que padecen los efectos de esa discriminación no pueden salir de esa situación en forma individual y por sus propios medios, sino que se requieren medidas de acción positiva reparadoras o transformadoras para lograr igualdad real de oportunidades para el ejercicio de los derechos[5]. En consecuencia, considero que los alcances del derecho a la igualdad deberían ser ampliados por la justicia constitucional.

Lo que nuestro Tribunal Constitucional ha desarrollado en parte de su jurisprudencia es la igualdad formal en tanto ha sostenido que no hay vulneración al derecho a la igualdad siempre que se trate del mismo modo a las personas que se encuentran en una idéntica situación. Esta primera tesis tiene algunos inconvenientes. Primero no da cuenta de las violaciones estructurales, pues parte de comparar una situación individual frente a otras. Asimismo, no examina si las razones por las que se realizó la clasificación son legítimas. Finalmente, no verifica cuáles son las circunstancias y las propiedades relevantes para que una situación pueda ser calificada como desigual.

Una segunda manera de abordar la igualdad es a través de una perspectiva material. Lo que se busca aquí es la razonabilidad de la medida presuntamente contraria al derecho a la igualdad. Para lograr dicho cometido, se utilizan tres sub exámenes, que han sido tomados del principio de proporcionalidad, es decir, hay que analizar la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, cuyos contenidos han sido desarrollados por abundante jurisprudencia de este Tribunal Constitucional, a la cual nos remitimos.

Una vez precisado los tres sub exámenes de igualdad, conviene ahora determinar su ámbito de aplicación, el mismo que se hará en diferentes intensidades. Así tenemos los siguientes escrutinios[6]:

5 CLÉRICO, Laura y ALDAO, Martín. "Nuevas miradas de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la igualdad como retribución y como reconocimiento". En: *Lecciones y Ensayos*, N° 89, 2011, pp. 142-143.

6 Ídem, pp. 147-148.

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

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

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

354 Finalmente, la igualdad como redistribución y reconocimiento afirma que la igualdad debe ser construida en cada caso concreto, con la participación de todos los implicados en la situación de desigualdad. En consecuencia, la interpretación de la igualdad debe adecuarse a la segmentación social que el paradigma predominante ha producido[7].

S.

MIRANDA CANALES

7 Ídem, pág. 153.

Caso del Régimen de Pensiones del personal militar y policial
Expediente n° 0009-2015-PI/TC

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Si bien coincido con el sentido de lo resuelto por mis colegas magistrados, considero pertinente realizar algunas precisiones sobre algunos puntos contenidos en la sentencia, los cuales me referiré de inmediato:

1. La protección del pensionista es una materia primordial para este Tribunal. Ello máxime si nos encontramos ante un grupo humano que requiere contar con una pensión que, fundamentalmente, le permita enfrentar a población de avanzada edad o con problemas de discapacidad (o con capacidades diferentes). Dicha protección debe darse sin duda a quienes fueron parte del personal militar o policial en su momento en actividad, y en puridad, debe otorgarse en favor de todo(a) pensionista.

2. En este escenario, una cuestión por señalar está referida a la vulneración del derecho a la igualdad. Este Tribunal ha detectado que no se ha presentado un término de comparación válido con respecto a la pretendida equiparación entre el personal policial y militar en actividad, y el personal policial y militar en retiro; asimismo, entre el personal civil y el personal militar y policial.

3. Ahora bien, y aun cuando es cierto lo anterior, debo hacer notar que, en general, el régimen de pensiones del personal militar y policial cuenta con un trato distinto y bastante particular con respecto de otros regímenes pensionarios, lo cual también valdría la pena analizar y justificar en los términos en los cuales propone una cabal puesta en vigencia del derecho a la igualdad. En este sentido, seguramente las razones que permiten afirmar que el ámbito civil y el policial-militar no son equiparables (tal como ha sostenido el Tribunal Constitucional en este caso), ayudarían a explicar también el trato preferente que suele preverse en este tipo de regulación previsional.

4. Por otra parte, en la sentencia se ha detectado, y con razón, que no existe una razón que justifique constitucionalmente la diferencia hasta hoy establecida entre algunos grupos de pensionistas de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional dentro del régimen de pensiones, en la medida que se fijan distintos porcentajes (que van desde 70% al 14%). Con base en ello, han sido declaradas inconstitucionales algunas disposiciones o contenidos de la Tercera Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 1133. Ahora bien, y aun cuando estoy de acuerdo al respecto, considero que algunas de las consideraciones planteadas en el proyecto podrían tenerse también en cuenta al evaluarse las diferencias entre las pensiones que reciben los pensionistas del ámbito militar y policial, y aquellas que reciben los pensionistas del ámbito civil. Lo anterior, valga precisar, no tiene el ánimo de empeorar las condiciones previsionales del régimen aplicable a los pensionistas de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, quienes por cierto han dado relevantes aportes a nuestro país, sino, por el contrario, con el interés, expresado con toda claridad en la sentencia, de mejorar el acceso universal a las pensiones en condiciones dignan, y ciertamente en un marco de sostenibilidad económica.

5. Asimismo, es claro que esta sentencia se encuentra en el marco de una tendencia jurisprudencial de este colegiado constitucional, la cual se encuentra orientada a la tutela de la poblaciones o grupos en situación de vulnerabilidad. En este caso, se aborda la situación de los(as) pensionistas, y con especial énfasis de aquellos(as) que se encuentran en situación de pobreza o pobreza extrema (por ejemplo,y de acuerdo con el criterio jurisprudencial actualmente vigente, una pensión mínima equivalente a S/. 415.00 soles, o incluso montos inferiores a este). Ante la situación actual, la cual sin duda implica una extendida vulneración de derechos fundamentales, aquí se reconoce la existencia de un "estado de cosas inconstitucional".

6. Al respecto, es palpable (y debe interpelarnos), la inaceptable situación de vulnerabilidad y pobreza[8] en la que viven muchas personas en nuestro país. En el caso peruano, según estadísticas oficiales actuales (INEI 2018), aproximadamente

8 El Banco Interamericano de Desarrollo señala que la base de la pirámide económica está conformada por la *población vulnerable*, cuyos ingresos son menores a US$ 10, y la *población pobre*, con ingresos menores a US$ 4 por día (BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO. *Un mercado creciente: Descubriendo oportunidades en la base de la pirámide en Perú*. Nueva York, 2015). La población vulnerable se encuentra en riesgo inminente de pasar a la situación de pobreza. Es más, se señala que el 73,6% de la clase vulnerable sufrirá pobreza en el futuro, y que lo mismo ocurrirá con el 27,2% de la clase media (STAMPINO et al. *Pobreza, vulnerabilidad y la clase media en América Latina*. Documento de trabajo del BID, mayo de 2015, p. 45).

el 20% de todos peruanos es pobre o extremadamente pobre[9]. Dicho con otras palabras, uno de cada cinco de nuestros compatriotas carece de los recursos elementales para subsistir (para alimentarse, para cubrir su canasta básica).

7. Convendría aquí, además, tener presente que lo que en este caso se ha resuelto se encuentra orientado a la protección de un sector especialmente vulnerable, que es el de las personas adultas mayores. Las personas adultas mayores, de conformidad con la ley,deberían poder acceder en su caso no solo a una pensión legal, sino a un régimen previsional que les permita satisfacer sus necesidades humanas más elementales, y con ello llevar una vida decorosa o en condiciones dignas. En mismo sentido, debo indicar que, y con respecto a las personas adultas mayores, existe copiosa jurisprudencia reciente por parte de este Tribunal, en la cual, precisamente, se pone énfasis en el deber especial de protección que el Estado y la comunidad tienen frente a ellas (cfr. STC Exp. n.° 05157-2014-PA/TC, STC Exp. n.° 02834-2013-HC y STC Exp. n.° 02214-2014-PA), lo cual responde a lo establecido de manera expresa en el artículo 4 de la Constitución.

8. Frente a este tipo de casos, el deber de las cortes constitucionales no consiste hoy en centrarse en constatar, de modo neutro o infructuoso, las lesiones graves o sistemáticas de derechos que recaiga en colectivos en situación de vulnerabilidad, sin posibilidad de hacer valer jurídicamente las exigencias que se desprenden de los derechos de carácter prestacional. Todo lo contrario, y es que a pesar de lo que se pueda considerarse desde visiones que podríamos calificar como antiguas dentro del constitucionalismo (en los cuales los jueces y juezas sobre todo eran aplicadores mecánicos de la Constitución frente a la ley), actualmente resulta claro que toda Constitución contiene exigencias de actuación (exigencias positivas de distinto tipo, cuya exigibilidad puede accionarse judicialmente.

9. En este orden de ideas, y tal como he señalado en anteriores oportunidades, hoy el papel de los jueces y juezas constitucionales dentro de un Estado Constitucional ha cambiado sustancialmente. En la actualidadse espera que aquellos asuman roles distintos a los tradicionales, destacándose, dentro de ellos, el denominado de "integración social". El referido rol se sustenta, conforme a lo anotado, en la evolución jurídica y política de lo que ahoraentendemos por Constitución (así, actualmente contamos con una "Constitución normativa" y

9 La mencionada cifra hace referencia a la pobreza monetaria. Conforme con dicho estudio, "[s]e considera como pobres monetarios a las personas que residen en hogares cuyo gasto per cápita es insuficiente para adquirir una canasta básica de alimentos y no alimentos (vivienda, vestido, educación, salud, transporte, etc.). Son pobres extremos aquellas personas que integran hogares cuyos gastos per cápita están por debajo del costo de la canasta básica de alimentos."

se ha producido el llamado "proceso de constitucionalización", en un contexto "convencionalizado" además), también de loque comprendemos comoEstado (el poder político se encuentra vinculado, limitado y organizado [institucionalizado], y que, además, se legitima y sustenta en el reconocimiento, ejercicio y tutela de los diferentes derechos fundamentales); por último, en cómo asumimos la labor de los jueces y juezas en general (reconocidos como los encargados últimos de interpretar y de dotar de eficacia jurídica a la norma fundamental).

10. En dicho marco, al interpretar y dotar de eficacia jurídica a losdiferentes contenidos constitucionales, los tribunales constitucionales han venido teniendo una cada vez más importante incidencia en la configuración de escenarios de cohesión social, inclusión social y reconciliación social. De manera más específica, y en lo que concierne a la inclusión social, esta alude al esfuerzo por incorporar a quienes se encuentran excluidos, por ejemplo, en los sistemas político, económico o cultural, o a quienes son objeto de marginación o discriminación estructural.

11. Si bien este es un esfuerzo que se materializa o busca materializarse mediante el desarrollo de diversas políticas públicas, lo cierto es que a los tribunales constitucionales les corresponde declarar, cuando corresponda, la inconstitucionalidad en mérito a la ausencia de legislación o de políticas públicas inclusivas; o, en su caso, la omisión frente a regulaciones o políticas públicas insuficientes para lograr o generar la inclusión social que pretende la Constitución, máxime si aquello involucra a su vez una sistemática violación de derechos fundamentales.

12. Así visto, no es que en principio lecorresponda a las cortes dictar o materializar las políticas que puedan considerarse como las pertinentes para cada situación, a partir de criterios de oportunidad o conveniencia por ejemplo. Más bien, será ante la inoperancia, indolencia o ineficiencia de otros actores que le corresponderá a los Tribunales Constitucionalesllamar la atención sobre los mandatos constitucionales (dentro de su responsabilidad de concretizar las diferentes disposiciones, preceptos, principios, derechos u demás aspectos recogidos en una Constitución). Esos mandatos deben ser cumplidos por todos los poderes públicos y privados.

13. Sin embargo, corresponde apuntar que, en este marco, conviene tener presente que los tribunales pueden emitir las denominadas "sentencias estructurales", a través de las cuales se busca resolver vulneraciones iusfundamentales, con un carácter de tipo precisamente estructural (es decir, sistemáticas, generalizadas y arraigadas en el tiempo). Para abordar este tipo de situaciones, echa mano de di-

versas técnicas, siendo una de ellas el "estado de cosas inconstitucional", técnica que se ha empleado en esta ocasión.

14. Sin perjuicio de estar totalmente de acuerdo con lo resuelto en este punto, soy adicionalmente de la opinión de que al interior del Tribunal Constitucional debe darse un debate que genere como resultado un conjunto de criterios que permita, por una parte, racionalizar la declaración de este tipo de estado de cosas, de tal forma que este sea el resultado de alguna verificación o deliberación acerca de que realmente estamos ante una lesión de carácter estructural que solo puede ser resuelta del modo indicado. Asimismo, convendría precisar los alcances y medios para lograr que lo ordenado sea finalmente alcanzado, satisfaciéndose con ello el mandato constitucional concretado por el Tribunal Constitucional.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

EXP. N° 0009-2015-PI/TC
SEIS MIL CIUDADANOS

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Concuerdo con los puntos resolutivos 2, 3 y 4 de la sentencia en mayoría, pero discrepo de los puntos 1 y 5 al 7, por lo siguiente:

Respecto del Punto Resolutivo 1

La sentencia en mayoría declara **FUNDADA** la demanda en tanto cuestiona que la Tercera Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 1133 establezca distintos porcentajes de pensión —de acuerdo a su rango— para los militares y policías jubilados luego de su promulgación que vuelvan a trabajar en el Estado.

La sentencia en mayoría afirma que no hay razón para hacer esa diferenciación. Sin embargo, el artículo 174 de la Constitución afirma que son "inherentes a la jerarquía de oficiales de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional" "los grados y honores, las remuneraciones y las pensiones". Sí habría, pues, una base constitucional para hacerla.

Ahora bien, la sentencia en mayoría añade que, desde que las remuneraciones y pensiones de los oficiales y sub-oficiales varían según sus grados, no hay razón para acentuar las diferencias entre ellos. Por eso, el punto resolutivo 1 elimina dichos porcentajes. Podría ser correcto, pero ocurre que esta perspectiva de análisis no es la única posible.

El Decreto Legislativo 1133 estableció tres grupos distintos de pensionistas:

- Grupo 1: Los jubilados antes de su entrada en vigencia;
- Grupo 2: Los militares y policías que, al momento de su entrada en vigencia, estaban ya en actividad; y,
- Grupo 3: Las personas que ingresarían al servicio después de su entrada en vigencia.

Para este caso, lo relevante son las diferencias entre los Grupos 1 y 2. La posibilidad de doble ingreso parcial para el Grupo 2 fue introducida para atenuar la diferencia

creada con el Grupo 1: al Grupo 2 se le permite retener una parte de su pensión porque al Grupo 1 se le permite retener el íntegro de ella, al volver a trabajar en el Estado.

Sin embargo, para tener el panorama completo, aún más importante es considerar que el Decreto Legislativo 1133 estableció para el Grupo 1 pensiones sustancialmente menores a las del Grupo 2. Esta diferencia ha sido eliminada por la Ley 30683, pero ella fue promulgada cinco años después.

Si se rechaza la acentuación de las diferencias en consideración al principio constitucional de igualdad, no puede declararse inconstitucional la doble percepción parcial que estableció el Decreto Legislativo 1133, ya que ella disminuía las diferencias entre los Grupos 1 y 2.

Respecto de los Puntos Resolutivos 5 al 7

Los puntos resolutivos 5 al 7 de la sentencia en mayoría efectúan un pronunciamiento *extra petita*. Nadie ha pedido al Tribunal Constitucional pronunciarse sobre la percepción de doble ingreso en los otros regímenes pensionarios y laborales generales a cargo del Estado, ni que se aumente la pensión mínima en aquellos.

Caprichosamente, la sentencia en mayoría enfoca tales cuestiones al tiempo que omite analizar las diferencias en el tratamiento a los pensionistas de los Grupos 1 y 2 del Decreto Legislativo 1133. Pasa de una perspectiva de análisis muy estrecha a otra muy amplia, soslayando la modificación al Decreto Legislativo 1133 introducida por la Ley 30683.

A mi criterio, es indispensable tomar en cuenta lo establecido en la Ley 30683, pero no corresponde evaluar todos los demás regímenes pensionarios y laborales a los que se refiere la sentencia en mayoría, ya que no tienen relación directa con este caso.

Por demás, no es cierto que exista la prohibición absoluta de doble ingreso en los regímenes glosados en la sentencia en mayoría. Todos tienen excepciones que esta no menciona. El Decreto Ley 19990, por ejemplo, permite doble percepción de ingresos, siempre y cuando la suma de la remuneración más la pensión no supere el 50% de una UIT.

El Decreto Ley 20530, la Ley 28175 y la Ley 30057 permiten tener una pensión o remuneración más otro ingreso por docencia, o por dietas de Directorios en empresas estatales, tribunales administrativos u otros órganos colegiados. Lo único prohibido es la doble percepción por dedicación a tiempo completo en más de una entidad pública.

La sentencia en mayoría imagina, pues, que solo existe una excepción y que esta recae en los militares y policías del Decreto Legislativo 19846. La realidad es más compleja.

Por demás, la sentencia en mayoría ordena que, en un año, el Congreso uniformice la posibilidad o imposibilidad de percibir doble ingreso en el Estado para todos los regímenes pensionarios sean civiles o militares. Además, en tres años el Congreso y el Poder Ejecutivo, deben aumentar la pensión mínima de los diferentes regímenes pensionarios.

La sentencia en mayoría amenaza al Congreso y al Poder Ejecutivo. Dice que, si no hace estas dos tareas en los plazos indicados, será la Comisión de Seguimiento del Tribunal Constitucional quien lo haga, en fase de supervisión de sentencia. Semejante proceder no es propio de un estado de Derecho.

S.

SARDÓN DE TABOADA

PLENO JURISDICCIONAL

Expediente 0013-2015-PI/TC

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

6 de junio de 2019

Caso de la Ley Servir 3

6615 Ciudadanos c. Congreso de la República

Asunto

Demanda de inconstitucionalidad contra el Artículo I del Título Preliminar y el literal c) del artículo 1 de la Ley 30057 – Ley del Servicio Civil

Magistrados firmantes:

SS.

BLUME FORTINI
MIRANDA CANALES
RAMOS NÚÑEZ
LEDESMA NARVÁEZ
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA
FERRERO COSTA

TABLA DE CONTENIDOS

DISPOSICIONES IMPUGNADAS	PARÁMETRO CONSTITUCIONAL
Ley 30057 (Articulo I del Título Preliminar y artículo 1 c)	INCONSTITUCIONALIDAD FORMAL: ARTICULO 106 INCONSTITUCIONALIDAD SUSTANTIVA: ARTICULO 43

I. ANTECEDENTES

A. Petitorio Constitucional

B. Debate Constitucional

B-1. Demanda

B-2. Contestación Demanda

II. FUNDAMENTOS

§1. Materia de pronunciamiento en el presente caso

§2. Proceso de inconstitucionalidad y cosa juzgada

§3. Análisis de constitucionalidad por la forma

§4. Presunta vulneración del principio de separación de poderes

III. FALLO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 6 días del mes de junio de 2019, el Tribunal Constitucional, en sesión del Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados, Blume Fortini (presidente), Miranda Canales (vicepresidente), Sardón de Taboada, Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, con los abocamientos de los magistrados Ramos Núñez y Ferrero Costa, aprobados en la sesión de Pleno del 27 de febrero de 2018, y con el fundamento de voto del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera. Se deja constancia de que el magistrado Sardón de Taboada votará en fecha posterior.

I. ANTECEDENTES

A. PETITORIO CONSTITUCIONAL

Con fecha 28 de abril de 2015, más de cinco mil ciudadanos, representados por don Max Roger Ruiz Rivera, interponen demanda de inconstitucionalidad contra el Artículo I del Título Preliminar y el literal "c" del artículo 1 de la Ley 30057 (Ley de Servicio Civil).

Por su parte, con fecha 10 de agosto de 2018, el Congreso de la República, a través de su apoderado, contesta la demanda negándola y contradiciéndola en todos sus extremos.

B. DEBATE CONSTITUCIONAL

Las partes presentan los argumentos sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la disposición impugnada que se resumen a continuación.

B-1. DEMANDA

Los argumentos expuestos en la demanda son los siguientes:

- Los demandantes sostienen que el Artículo I del Título Preliminar y el literal "c" del artículo 1 de la Ley 30057 adolecen de vicios de inconstitucionalidad formal, ya que, si bien la Constitución establece que la tramitación de una ley orgánica es igual a la de una ley ordinaria, la emisión de la referida ley requiere de la aprobación de más de la mitad del numero legal de congresistas. Añaden

que en el acta de votación se aprecia que dicha ley fue aprobada con el voto de solo 57 congresistas, es decir, sin haber alcanzado el número mínimo para modificar o aprobar una ley orgánica.

- Manifiestan que la referida ley debe ser declarada inconstitucional, ya que establece un régimen laboral para servidores judiciales, así como para los encargados de su gestión y la prestación de sus servicios por medio de una ley ordinaria, cuando ello solo es posible a través de una ley orgánica, vulnerando la reserva material de ley orgánica señalada en el artículo 106 de la Constitución.
- En atención al principio de separación de poderes e independencia judicial, afirman que es competencia exclusiva del Poder Judicial fijar autónomamente sus objetivos institucionales que tienen un componente relacionado con la gestión de recursos humanos.
- Los recurrentes alegan que el Poder Judicial, como poder del Estado, no debe estar sujeto a una política que tienda a uniformizar el sistema administrativo de su gestión de recursos humanos, en virtud de la especialización de las funciones que cumple el servidor judicial, ya que su régimen laboral se encuentra regulado directamente por la Ley 29277, Ley de Carrera Judicial; y sus obligaciones se encuentran asignadas directamente por la Constitución, por lo que a estos trabajadores no se les puede incorporar al régimen del Servicio Civil.

- Alegan, además, que el Poder Judicial no puede ser limitado con normas que afecten el despliegue de su independencia y, al imponérsele un régimen único y exclusivo (Servicio Civil) a los servidores del Poder Judicial, se les limita su actuación jurisdiccional, que por su especialización debería incluirse en los alcances de la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley 30057.
- Los ciudadanos recurrentes sostienen que la Constitución establece una organización del Estado según el principio de separación de poderes, en la cual la función jurisdiccional merece una especial atención, al garantizar la protección de la libertad de las personas frente a una actuación arbitraria del Poder Ejecutivo o del Poder Legislativo, por lo cual se sostiene que uno de los principales objetivos del referido principio es la garantía de la independencia de los jueces.
- Finalmente, alegan que para que el Poder Judicial pueda cumplir adecuadamente con sus funciones básicas y obligaciones que derivan del artículo 139 de la Constitución, es indispensable que se mantenga la independencia del Poder Judicial frente a los otros Poderes del Estado, órganos constitucionales, entidades públicas y privadas, y ciudadanos en general.

B-2. CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Los argumentos expuestos en la contestación de la demanda son los siguientes:

- La parte demandada sostiene que debe declararse improcedente la demanda de inconstitucionalidad en lo que se refiere a la forma, ya que en el Caso Ley Servir 1 (Sentencia 0025-2013-PI/TC, 0003-2014-PI/TC, 0008-2014-PI/TC y 0017-2014-PI/TC) se confirmó la constitucionalidad del señalado dispositivo legal.

- Añade que la sentencia señalada adquirió la calidad de cosa juzgada, pues 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 vincula a todos los poderes públicos y producen efectos generales desde el día siguiente a la fecha de su publicación.

- El apoderado de la demandada señala que resulta aplicable la causal de improcedencia establecida en el artículo 104.2 del Código Procesal Constitucional si se configura una identidad de normas y disposiciones, tanto en el objeto de control como en el parámetro de constitucionalidad. Este supuesto se puede verificar en el presente caso, pues tanto las demandas que han sido desestimadas en el Caso Ley del Servicio Civil (Sentencia 0025-2013-PI/TC, 0003-2014-PI/TC, 0008-2014-PI/TC y 0017-2014-PI/TC) como en el presente caso plantean un análisis de constitucionalidad por la forma de la norma impugnada.

- El apoderado del Congreso de la República afirma que la Constitución establece una organización del Estado según el principio de separación de poderes, en la cual la función jurisdiccional merece una especial atención, al garantizar la protección de la libertad de las personas frente a una actuación arbitraria del Poder Ejecutivo o del Poder Legislativo, por lo cual se sostiene que uno de los principales objetivos del referido principio es la garantía de la independencia de los jueces.

- El demandado alega que la aplicación del principio de separación de poderes no se limita a la separación de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, pues tiene un contenido más amplio. Según señaló el Tribunal Constitucional en el Expediente 0005-2007-PI/TC, pese a la extensión del número de instituciones que administran el poder, se mantiene el núcleo esencial del principio, el cual consiste en evitar la concentración del poder en un solo ente.

- Señala por último que el Tribunal Constitucional, en el Caso Ley del Servicio Civil 2 (Expediente 0010-2015-PI/TC), concluyó que las disposiciones

de la Ley del Servicio Civil no suponen una vulneración de la autonomía funcional y administrativa del Poder Judicial y mucho menos lo ubica en una posición funcional dependiente del Poder Ejecutivo, por lo que confirmó la constitucionalidad de la ley impugnada.

II. FUNDAMENTOS

§1. Materia de pronunciamiento en el presente caso

1. Con fecha 24 de abril de 2015, Max Roger Ruiz Rivera, representante de seis mil seiscientos quince ciudadanos, presentó una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo I del Título Preliminar y el artículo 1, literal "c", de la Ley 30057, del Servicio Civil, alegando que vulneraban los artículos 106, 43, 138, 139.2 y 143 de la Constitución.

2. Este Tribunal publicó el Auto-1 el 26 de abril del 2016 declarando inadmisible la demanda por cuanto los demandantes no habían desarrollado de manera clara los argumentos que sustentaban la vulneración de los artículos 138, 139.2 y 143 de la Constitución y admitiendo implícitamente la demanda respecto de la supuesta vulneración de los artículos 43 y 106 de la Constitución.

3. En el fundamento 18 del mencionado auto se dispone lo siguiente:

> De los fundamentos expuestos en la demanda, se aprecia que esta si cumple con el requisito de admisibilidad de determinación de los argumentos para efectuar el control de constitucionalidad, por la forma, del Artículo I del Título Preliminar y del literal c) del artículo 1 de la Ley 30057. En efecto, los ciudadanos demandantes sostienen que las disposiciones legales impugnadas regulan materias reservadas a una ley orgánica (la estructura y funcionamiento del Poder Judicial), y no ha sido emitida con el voto de más de la mitad del número legal de congresistas, por lo que, vulneran el artículo 106 de la Constitución. Asimismo, en cuanto a la inconstitucionalidad, por el fondo, los demandantes sostienen que los preceptos legales objetados afectan las competencias del Poder Judicial, vulnerando así el principio de separación de poderes, reconocido en el artículo 43 de la Constitución, según el cual, un Poder estatal debe desarrollar sus competencias sin interferir en las competencias de los otros. Sin embargo, no ocurre lo mismo con relación a los demás preceptos constitucionales supuestamente vulnerados, toda vez que, no se desarrollan u ofrecen argumentos o razones claras y precisas que sustenten la contravención de los artículos 138, 139.2 y 143 de la Constitución.

4. De lo resuelto se desprende que ya se había decidido admitir la demanda en la que se cuestionan los artículos I del Título Preliminar y 1.c de la Ley 30057 por vulnerar los artículos 43 y 106 de la Constitución. En consecuencia, la inadmisibilidad dispuesta solo se refiere al resto de los artículos supuestamente vulnerados, esto es, los artículos 138, 139.2 y 143 de la Constitución.

5. En el presente caso se advierte que la demanda fue admitida a trámite el mismo día de la publicación de la Sentencia 0025-2013-PI/TC (y acumulados). En virtud de ello y en aplicación del principio *pro actione,* incorporado en el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, corresponde continuar el trámite del proceso en casos como el presente, es decir, cuando exista una duda razonable.

6. Al respecto, este Tribunal tiene resuelto lo siguiente:

> (…) Se impone a los jueces constitucionales la exigencia de interpretar los requisitos procesales en el sentido más favorable a la plena efectividad del derecho a obtener una resolución valida sobre el fondo, con lo cual, ante la duda, la decisión debe dirigirse por la continuación del proceso (…) (Sentencia 1049-2003-AA/TC fundamento 4).

7. Debe concluirse, entonces, que, en el presente caso, el Tribunal Constitucional se pronunciará sobre la constitucionalidad del Artículo I del Título Preliminar y el artículo 1.c de la Ley Servir, pero exclusivamente respecto de la presunta vulneración de los artículos 43 y 106 de la Constitución.

§2. Procesos de inconstitucionalidad y cosa juzgada

8. El artículo 82 del Código Procesal Constitucional establece que las sentencias recaídas 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. Dicho atributo de cosa juzgada recae tanto en las sentencias estimatorias como en las desestimatorias, siempre que exista un pronunciamiento respecto del fondo del asunto.

9. Es necesario precisar que, a través de las acciones de inconstitucionalidad, este Tribunal evalúa si una ley o norma con rango ley transgrede, por la forma o por el fondo, la Constitución. Según lo determinó este Tribunal en su jurisprudencia:

> (…) se trata de un juicio abstracto respecto a dos normas de diversa jerarquía. Por un lado, la Constitución, que actúa como parámetro en la medida en que es *lex legun;* y, por otro, la ley o las normas con rango de ley que constituyen las fuentes sometidas a ese control [Sentencia 0004-2004-PI/TC fundamento 2].

10. Respecto a la cosa juzgada, este Tribunal ha sostenido en reiteradas ocasiones que:

> (…) las sentencias de inconstitucionalidad de una norma legal emitidas por el Tribunal Constitucional tienen una triple identidad: *fuerza de ley, cosa juzgada y vinculan a todos los poderes públicos.* (…) [Sentencia 0005-2007-PI/TC fundamento 42].

11. Toda vez que la demanda contra el Artículo I del Título Preliminar y el artículo 1.c de la Ley Servir se ha admitido el mismo día de la publicación de la Sentencia 0025-2013-PI/TC (y acumulados), no resulta procedente aplicar el artículo 104, inciso 2, del Código Procesal Constitucional, ya que el referido artículo establece que el Tribunal Constitucional declara la *improcedencia liminar* cuando "se hubiera desestimado una demanda de inconstitucionalidad sustancialmente igual en cuanto al fondo".

12. Esta situación no impide que pueda declararse la improcedencia de la demanda en el pronunciamiento de fondo, respecto de los artículos de la Ley Servir que hayan sido materia de análisis por parte de este Tribunal en la Sentencia 0025-2013-PI/TC (y acumulados), la cual tiene calidad de cosa juzgada.

13. Efectivamente, la admisión de la demanda no impide que este Tribunal pueda declarar la improcedencia de una disposición impugnada en el pronunciamiento de fondo, en atención del carácter o calidad de la cosa juzgada en los procesos de inconstitucionalidad. Este Tribunal tiene resuelto al respecto lo siguiente:

> (…) a través de una interpretación sistemática de tales disposiciones normativas (artículos 82 y 104 inciso 2 del CPCo), se puede asignar el sentido interpretativo siguiente: en la sentencia el Tribunal declara improcedente la demanda cuando previamente hubiera desestimado una demanda de inconstitucionalidad en cuanto al fondo (Sentencia 0010-2015-PI/TC, fundamento 20).

14. Cuando se deliberó y votó la implícita admisión de la demanda contenida en el Auto-1 publicado el 26 de abril del 2016 no se había resuelto si la Ley Servir tenía vicios de inconstitucionalidad formal por regular una materia reservada a la Ley Orgánica, pero a la fecha efectivamente debe tomarse en cuenta lo decidido sobre el fondo de dicha cuestión en las Sentencias 0025-2013-PI/TC y acumulados (Caso Ley Servir 1) y 0010-2015-PI/TC (Caso Ley Servir 2).

§3. Análisis de constitucionalidad por la forma

15. En el presente caso, el demandante alega que lo establecido por Artículo I del Título Preliminar y el literal "c" del artículo 1 establecen un régimen laboral para los servidores judiciales, los encargados de su gestión y la prestación de sus servicios por medio de Ley Ordinaria, cuando ello solo es posible a través de Ley Orgánica.

16. El demandado alegó que la demanda planteada respecto de la supuesta vulneración del artículo 106 por la forma era sustancialmente igual respecto a la norma objeto de control y el parámetro de constitucionalidad que fue objeto de análisis de constitucionalidad en la Sentencia 0025-2013-PI/TC y acumulados), por lo que incurriría en una causal de improcedencia.

17. Respecto a esa cuestión, en la Sentencia 0025-2013-PI/TC (y acumulados), este Tribunal analizó los supuestos vicios de inconstitucionalidad formal de la Ley Servir. En aquella oportunidad también se argumentaba que el contenido de dicha norma trasgredía la reserva material de Ley Orgánica reconocida en el artículo 106 de la Constitución. El Tribunal, en el punto resolutivo sexto de dicha sentencia, declaró infundada la demanda y, en consecuencia, confirmó la constitucionalidad de este extremo habiendo señalado lo siguiente en el fundamento 13:

> (...) dado que la Ley del Servicio Civil no regula un asunto que se encuentra dentro de la esfera del principio de reserva de Ley Orgánica, en la medida en que dicha regulación no atañe ni a la organización de las entidades previstas en la Constitución ni a sus funciones, por lo tanto no se produce una modificación inconstitucional de determinados extremos de las leyes orgánicas de las entidades estatales tales como el Poder Ejecutivo, el Congreso, **El Poder Judicial**, los Gobiernos Regionales y Locales, y los organismos a los que la constitución y las leyes confieren autonomía [énfasis añadido].

18. Este Tribunal entiende que existe una doble identidad, por un lado entre las normas objeto de control y por el otro respecto del parámetro de constitucionalidad. Esta identidad es evidente en el presente caso, ya que tanto las demandas que han sido desestimadas en la sentencia (0025-2013-PI/TC y acumulados), como en el presente caso se cuestionan el Artículo I del Título Preliminar de la Ley Servir y el literal "c" del artículo 1 (entre otras normas objeto de control) por haber trasgredido el artículo 106 de la Constitución en cuanto habría regulado una materia reservada al ámbito de Ley Orgánica.

19. Efectivamente, si tras analizar todas las disposiciones de la Ley Servir se determinó que no regulaban una materia reservada al ámbito de Ley Orgánica debe concluirse necesariamente que, de acuerdo con lo resuelto en aquel caso, ni el Artículo I del Título Preliminar de la Ley Servir ni el literal "c" del artículo 1 resultan inconstitucionales por la forma que es lo que se ha alegado en autos.

20. Por las razones expuestas corresponde declarar improcedente la demanda en este extremo.

§4. Presunta vulneración del Principio de Separación de Poderes

21. La disposición del Artículo I del Título Preliminar de la Ley 30057 impugnada en la demanda establece lo siguiente:

> **Título Preliminar**
>
> **Artículo I**
>
> El objeto de la presente Ley es establecer un régimen único y exclusivo para las personas que prestan servicios en las entidades públicas del Estado, así como para aquellas personas que están encargadas de su gestión, del ejercicio de sus potestades y de la prestación de servicios a cargo de estas.

22. Como se evidencia de la disposición señalada *supra*, el objeto de la Ley Servir es establecer un régimen único y exclusivo para las personas que prestan servicios en las entidades del Estado, en el presente caso se cuestiona la aplicación de la Ley Servir al Poder Judicial (artículo 1, inciso "c"), y que la referida disposición vulneraría el principio de separación de poderes.

23. El demandante alega que el Artículo I del Título Preliminar (objeto de la Ley) y el literal "c" del articulo 1 (ámbito de aplicación) de la Ley 30057 vulneran el principio de separación de poderes (artículo 43), reconocido en la Constitución.

24. La Constitución recoge el principio de separación de poderes en el artículo 43 al disponer lo siguiente:

> "(…) El gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y **se organiza según el principio de separación de poderes**".

25. Queda claro, entonces, que el referido principio es un elemento central para el Estado Constitucional en cuanto proscribe la concentración del poder y garantiza el autónomo funcionamiento de los poderes públicos.

26. Este Tribunal ha precisado el alcance del principio de separación de poderes al señalar lo siguiente en el fundamento 21 de la Sentencia 005-2007-PI/TC:

> "(…) El Poder Constituyente ha dividido el poder no solo entre el Poder Legislativo, Poder Ejecutivo y Poder Judicial, sino también entre órganos constitucionales, sin desconocer, inclusive, que también es posible explicar la moderna materialización del principio de separación de poderes con la división entre órganos de decisión política (parlamento y gobierno) y los órganos de decisión jurisdiccional (judicatura ordinaria y constitucional, entre otros). Pese a la extensión del numero de instituciones que administran el poder, se mantiene **el núcleo esencial del principio, el mismo que consiste en evitar la concentración del poder en un solo ente"** [énfasis añadido]

27. En ese mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Camba Campos y otros vs. Ecuador (Sentencia de fondo de 28 de agosto del 2013, párr. 221) tiene resuelto lo siguiente:

> (…) la separación de poderes guarda una estrecha relación, no solo con la consolidación del régimen democrático, sino además busca preservar las libertades y derechos humanos de los ciudadanos (…).

28. Al respecto, este Tribunal advierte, en principio, que las normas que se desprenden de las disposiciones impugnadas tienen como finalidad establecer un régimen único y exclusivo para las personas que prestan servicios en las entidades públicas del Estado incluyendo al Poder Judicial.

29. La aprobación de una norma legal por parte del Congreso que regule determinados aspectos como el régimen laboral de los servidores del Poder Judicial no supone una interferencia en la autonomía de dicho poder del Estado ni vulnera la separación de poderes.

30. Una interpretación distinta conduciría a que cada uno de los poderes del Estado debiera aprobar por sí mismo todas las normas que rigen su estructura y funcionamiento o incluso las que se refieren a aspectos más limitados como el régimen laboral de sus servidores distorsionando claramente el sentido de las disposiciones constitucionales.

31. En el mismo sentido cabe sostener que el hecho de que el ente Rector del Servicio Civil responsable de dirigir, regular y operar la función civil del Estado forme parte del Poder Ejecutivo no supone, *per se*, la afectación de la autonomía de los demás poderes y organismos constitucionalmente autónomos del Estado. Una interpretación contraria conduciría a asumir que cada uno de los poderes del Estado debería tener un órgano de la misma naturaleza.

32. Este Tribunal Constitucional ya ha señalado que el hecho de que un servidor público pertenezca a la estructura orgánica o preste servicios en un determinado poder del Estado, órgano constitucional u órgano descentralizado no implica que, necesariamente, tenga que estar comprendido dentro de un régimen laboral especial.

33. En conclusión, el Artículo I del Título Preliminar y el inciso "c" del artículo 1 de la Ley Servir no vulneran el principio de separación de poderes, por cuanto no suponen forma alguna de concentración del poder en un solo ente.

34. Más bien, por el contrario, las disposiciones objeto de control constitucional expresan la potestad discrecional del parlamento para cumplir con su función legislativa ciñéndose al ámbito de lo constitucionalmente posible.

35. Por las razones expuestas, corresponde desestimar la demanda en este extremo.

III. FALLO

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

HA RESUELTO

Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda de inconstitucionalidad contra el Artículo I del Título Preliminar y el inciso "c" del artículo 1 de la Ley 30057, respecto a la supuesta vulneración del artículo 106 de la Constitución.

Declarar **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad contra el Artículo I del Título Preliminar y el inciso "c" del artículo 1 de la Ley 30057, respecto a la supuesta vulneración del artículo 43 de la Constitución.

Publíquese y notifíquese.

SS.

BLUME FORTINI
MIRANDA CANALES
RAMOS NÚÑEZ
LEDESMA NARVÁEZ
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA
FERRERO COSTA

PONENTE MIRANDA CANALES

Caso de la Ley Servir 3

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Coincido con el sentido de lo resuelto, pero estimo pertinente dejar sentado las consideraciones que a continuación expongo:

Sobre la insuficiencia del análisis "de forma" y "de fondo" en los procesos de inconstitucionalidad.

1. En relación con lo que se denominan "vicios formales", coincido en que corresponde declarar improcedente la demanda. Ahora bien, y sin perjuicio de ello, estimo necesario dejar sentado la insuficiencia de establecer el análisis de "forma" y "fondo" como las únicas opciones posibles a efectos del análisis de constitucionalidad de determinada disposición.

2. Sobre el particular, se hace necesario precisar que también existe la posibilidad de un análisis que aluda a *déficits de deliberación y reflexión*, los cuales, más aun si partimos de un sistema de Congreso unicameral como el vigente en el caso peruano, no deberían ser considerados tan solo como vicios "de forma" o, dicho con otras palabras, como un mero incumplimiento de previsiones procedimentales o del tramitaciones formales.

3. Por el contrario, estos déficits constituyen graves infracciones que lesionan el principio democrático consagrado en la Constitución, lo cual va bastante más allá de muy respetables alegaciones formales. Es por ello, y no solo por cuestiones de tramitación, que la contravención de tales parámetros debe tener como directa consecuencia que una norma con rango legal, que haya sido emitida incurriendo en los referidos déficits, deba ser considerada como inconstitucional.

4. El principio democrático, por cierto, se encuentra expresamente reconocido en los artículos 3 y 43 de la Constitución. Entre sus contenidos o subprincipios se encuentran, entre otros, el *principio mayoritario* (o de respeto a la decisión o al gobierno de las mayorías); el *principio pluralista* (que se alude, entre otras

posibilidades, a la representación proporcional, a la desconcentración del poder o a la prohibición de regímenes de partido único, etc.); el *principio de respeto a las minorías* (o de "respeto a los derechos de las minorías", el cual representa un límite de innegable relevancia para el principio mayoritario y es lo que suele llamarse como "democracia sustantiva"); el *principio de alternancia* (referido al aseguramiento de elecciones periódicas o de régimen competitivo de elecciones, por ejemplo); y el *principio deliberativo* (que implica que la democracia va más allá del "momento del voto", sino que es una "cultura" o "forma de vida", lo cual involucra la discusión abierta e inclusiva de los asuntos públicos, la necesidad de ofrecer razones y espacios de deliberación o reflexión para la toma de decisiones, la existencia de mecanismos de fiscalización y control del poder, etc.).

5. Volviendo entonces al sustento y alcances de a los vicios deliberativos que aquí estoy reseñando, conviene anotar que estos se relacionan directamente con, valga la redundancia, el componente deliberativo del principio democrático. Tales vicios, entonces, solo podrían ser considerados como meramente "formales" desde concepciones ritualistas o mayoritaristas de democracia, conforme a las cuales la democracia equivale a la imposición de la voluntad política de las mayorías, tal vez siguiendo las formalidades previstas al respecto, pero sin necesidad de ofrecer razones o de argumentar, ni de generar espacios de discusión o de intercambio de ideas, ni de contar con mecanismos de reflexión o de revisión de lo que se decide (en este sentido, se tratarían de concepciones que solo atienden al "principio de mayoría").

6. Efectivamente, y para las concepciones mayoritaristas de democracia, únicamente bastaría con tener los votos suficientes para tomar una decisión. Sin embargo, y por el contrario, en el marco del Estado Constitucional contemporáneo, hoy la legitimidad de las decisiones públicas se entiende basada en las razones que se ofrecen a favor de estas y no en la sola imposición del poder. Por ende, incluso bien puede y hasta corresponde hablar ahora de un "giro argumentativo" o "deliberativo" en la concepción de la democracia.

7. Este giro se encuentra directamente relacionado por cierto, y entre otros factores, al principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad, el cual ha sido ampliamente desarrollado y aplicado en la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional peruano (SSTC 00090-2004-AA, f. j. 12; 03864-2014-PA, f. j. 32; 4101-2017-PA, f. j. 20; 5811-2015-HC, f. j. 42; STC 06167-2005-HC, f. j. 30; 01803-2004-AA, f. j. 12-14), y también con las previsiones constitucionales que señalan que la persona humana es el fundamento y el límite último para el

poder político (artículo 1 de la Constitución); o con las prescripciones constitucionales que resaltan la naturaleza limitada del poder político (artículo 45 de la Constitución). En efecto, y de lo anterior, se desprende con claridad que, en el marco del Estado Constitucional, el poder político no puede actuar de manera arbitraria, sino que tiene el deber de motivar o justificar sus decisiones, y no puede simplemente imponerlas.

8. En el sentido expuesto, es claro que motivar significa dar razones, es decir, argumentar. Y argumentar implica, asimismo, deliberar o, lo que es igual, la posibilidad de intercambiar razones o argumentos relacionados con la decisión que va a tomar. Estas razones que deben brindarse ciertamente, se encuentran relacionadas con la "legitimidad" de los actos de poder, elemento importante y hoy imprescindible, el cual va más allá de la aislada "legalidad" o la "autoridad formal". Así, es claro que, en el marco del constitucionalismo contemporáneo, los actos estatales –como lo es la aprobación de una ley o de una resolución legislativa– deben ser "legales", pero deben también ser "legítimos". Deben emanar de una autoridad competente, y a la vez, encontrarse justificados. En otras palabras, deben tener en cuenta tanto las exigencias vinculadas con su "vigencia" ("formal") como con su "validez" ("material").

9. En este sentido, además, en un pronunciamiento más bien reciente, este Tribunal ha destacado la importancia de la deliberación en el marco de los procesos de toma de decisiones y, en particular, de la toma de decisiones en el seno del Congreso de la República. Así, en la STC Exp. n.º 00006-2017-PI (en la que se declaró inconstitucional la llamada "Ley Antitransfuguismo"), se sostuvo que:

> "3. La democracia representativa, que se presenta en un contexto de pluralismo, contrasta con la noción del liberalismo decimonónico, el cual enfatiza la dimensión homogénea de las sociedades. Este pluralismo ideológico, social, cultural y económico, que es la suma de intereses particulares, debe ser traducido en planteamientos políticos y jurídicos que puedan reflejarse en actuaciones estatales, a fin de hacerlos compatibles con los valores constitucionales. Para ello, es necesario un proceso de deliberación que permita tomar en cuenta esta mixtura de ideas y su compatibilidad con la Constitución.
>
> 4. Uno de los espacios idóneos y predominantes para materializar dicho proceso de deliberación es el Congreso. En efecto, este *es un auténtico órgano deliberante*. Es el espacio donde se resuelven las tensiones y desacuerdos que surgen de la propia realidad plural que determina y enmarca las relaciones jurídicas y políticas. No obstante, el proceso

deliberativo no debe ser confundido con las actividades que pretenden dar apariencia de deliberación. Y es que *aquellos procesos en los que solo se enfatice el proceso de contabilizar votos distan mucho de ser procesos deliberativos*. *La cuantificación de votos ha de ser, en todo caso, el resultado de las deliberaciones*, en donde sean las razones de peso las que precedan al conteo de votos, de manera que dicho elemento no sea el determinante, sino las razones que se encuentran detrás de los mismos. *Esta clase de deliberaciones, y no los votos en sí, son los que brindan legitimidad a una decisión y a la entidad que las emite*.

5. Ahora bien, el proceso de deliberación sirve para el intercambio de información, así como colabora en la toma de decisiones. Sin embargo, ello no supone que mediante la deliberación se alcance necesariamente un contexto de certidumbre, pues en ocasiones las decisiones políticas son tomadas con diferentes grados de discrecionalidad. De este modo, *la deliberación se erige como un proceso indispensable para poder enriquecer el debate* no solo en cuanto a lo referido a la información que se pueda brindar, sino también en cuanto a perspectivas y enfoques. Y es que *es la calidad del proceso deliberativo la que legitima la función legislativa*, de ahí que se afirme que *una norma jurídica se legitima como resultado de la deliberación general* y no de la voluntad general" (cursivas agregadas).

10. De este modo, es claro pues que la legitimidad, e incluso si cabe hablar de ello, la dignidad democrática de las decisiones políticas, y en especial de las legislativas, depende de que hayan sido producto de un intercambio de razones públicas encaminadas a conformar una decisión, y no de la pura imposición de la voluntad de las autoridades.

11. En este sentido, también puede afirmarse que en el ámbito de la toma de decisiones una *deliberación robusta* hace posible que se expresen las diferentes opiniones, creencias o cosmovisiones existentes en una comunidad (plural); que las diferentes voces, incluyendo la de aquellos que se encuentren directamente en situación de violación o amenaza de violación, así como las de los sujetos y colectivos que se encuentren en situación de debilidad, puedan ser escuchadas (inclusión); que la adopción de las medidas o decisiones políticas respondan a razones, y no a puras motivaciones subjetivas, irracionales o arbitrarias (racionalización); que las decisiones se amparen en las mejores razones posibles, las que surjan precisamente de un debate abierto, amplio e incluyente (justificación); y, finalmente, que los argumentos que se ofrezcan sean razones públicas, en el sentido de que sean unas que puedan ser explicitadas (no deben tratarse de razo-

nes subrepticias o inicuas) y que puedan ser aceptadas por todos como legítimas (publificación). En suma, entonces, una deliberación robusta se caracteriza por ser plural, inclusiva, racional, y tendiente a acoger las mejores justificaciones, las cuales deben tener un carácter público.

12. Como se hace evidente, y en relación a lo involucrado con estos vicios referidos a la falta de suficiente deliberación en el marco de la aprobación de una ley, resultaría demasiado restrictivo analizar únicamente si se han respetado los procedimientos de exoneración previstos formalmente. Ello significa no entender que la finalidad de dichos procedimientos es, ante todo, permitir la discusión de ideas, el debate técnico de las propuestas y la revisión reflexiva de las decisiones que se toman.

13. Adicionalmente, y a mayor abundamiento, este tipo de inconstitucionalidad debido a déficits deliberativos ya ha sido objeto de aplicación o desarrollo en países tan cercanos como Argentina o Colombia. En Argentina, por ejemplo, la Corte Suprema de la Nación ha determinado la inconstitucionalidad de algunas normas legales en mérito a que en su configuración no se permitió la participación de quienes se verían perjudicados por la medida aprobada (v. gr. "caso CEPIS y otros c. Ministerio de Energía y Minería", de 18 de agosto de 2016). En Colombia, por su parte, la Corte Constitucional, en diversas causas, ha incluido a los déficits en la deliberación como vicios en la formación de la ley, lo cual permite declarar como inconstitucionales a aquellas leyes que han sido insuficientemente debatidas (cfr. las Sentencias C-537/12, C-740/13, C-726/15).

Respecto a la forma de gobierno adoptada en nuestra Constitución y el principio de separación de poderes

14. De otra parte, también considero pertinente hacer algunas necesarias precisiones en relación con la forma de gobierno adoptada en nuestra Constitución. A saber, y conforme a los modelos "clásicos" formulados idealmente, suele partirse de una distinción entre un modelo parlamentario y otro presidencial.

15. En el caso del régimen presidencial, este se caracteriza básicamente porque hay un jefe de Gobierno, denominado por lo general Presidente, quien proviene de una elección popular, que a la vez es jefe de Estado.

16. En el caso del régimen parlamentario, por el contrario, tenemos que el jefe de gobierno es elegido por el Parlamento, que lo puede remover discrecionalmente, y donde la jefatura del Estado recae en un órgano distinto al jefe de Gobierno

(jefe de Estado que puede ser un monarca constitucional o un Presidente, por ejemplo).

17. En el caso peruano, si bien partimos de un modelo inicialmente de base presidencial, en la medida que nuestro Jefe de Gobierno se denomina Presidente de la República, es electo popularmente, cumple las funciones de jefe de Estado y no es nombrado por el Congreso de la República, nuestras Constituciones ha incorporado al modelo algunas instituciones del régimen parlamentario. Aquellas incorporaciones se apartan de lo inicialmente previsto en un modelo presidencial "clásico", y se inscriben como una de las manifestaciones más notorias del denominado presidencialismo latinoamericano, pues implican que el Gobierno requiera de aprobación política del Congreso para su conformación (a nivel del Gabinete y sus ministros), así como para su eventual cambio. Entre estas instituciones tenemos al voto de confianza, la censura ministerial y las cuestiones de confianza, por referirnos a cuestiones que se plantean en este primer punto.

18. En efecto, nuestra Constitución actualmente vigente, al regular nuestra forma de gobierno recoge diferentes instituciones que permiten distinguirla de los modelos ideales o clásicos presidencialistas o parlamentaristas. Frente a ello, la doctrina se ha referido a nuestro régimen o forma de gobierno de diferentes modos. Por ejemplo, al nuestro se le ha llamado régimen "semipresidencial", en el sentido de que no es uno en estricto presidencialista, pues se incorpora, como ya fue indicado, mecanismos de control y límites propios del régimen parlamentarista. Allí se parte de un error conceptual, pues el semipresindencialismo parte de una estructura propia del régimen parlamentario, a la cual se le incorporan elementos del régimen presidencial. También se ha considerado que el nuestro puede calificarse más bien de un régimen "hiperpresidencialista", en atención a los descomedidos poderes con los que aparentemente cuenta el Presidente, en especial cuando tiene mayoría oficialista en el Congreso, así como en atención a nuestras experiencias de caudillismo y autoritarismo. Adicionalmente, se ha hecho uso también de los calificativos "mixto" o "híbrido" con lo cual, si bien se da cuenta de sobre la dificultad para encasillar nuestra forma de gobierno en alguno de los modelos clásicos, se elude finalmente la cuestión de definir o calificarla en atención a sus propios contornos y especificidades.

19. En cualquier caso, lo cierto es que nuestro modelo de gobierno y sus matices, propios de lo que se ha llamado "presidencialismo latinoamericano", se da hoy en base a la propia Constitución vigente y, por ende, únicamente es con base en el referido parámetro constitucional dentro del cual esta sentencia podría desarrollarse sus contenidos y alcances. En el mismo sentido, solo podría ser a partir

de lo que nuestra norma Fundamental ha establecido que a nivel legislativo se podría regular, tanto lo concerniente a nuestro sistema de gobierno, como a las competencias y funciones de los poderes públicos y los órganos constitucionales autónomos, así como a las relaciones entre estas instituciones u órganos.

20. En este orden de ideas, adicionalmente, es claro que cualquier deseo o intención de modificar o incidir en el modelo de gobierno adoptado constitucionalmente requeriría de una reforma constitucional.

21. De hecho, la separación de poderes es un rasgo identitario, no solo de nuestra actual Constitución, sino del constitucionalismo en general. En dicho sentido, este mismo Tribunal Constitucional (STC Exp. n.º 0023-2003-AI, f. j. 4) ha recordado por ejemplo cómo, en su emblemática obra *El espíritu de las Leyes*, Montesquieu sostuvo que:

> "No hay libertad si el poder de juzgar no está bien deslindado del poder legislativo y del poder ejecutivo. Si no está separado del poder legislativo, se podría disponer arbitrariamente de la libertad y vida de los ciudadanos; como que el juez sería el legislador. Si no está separado del poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor. Todo se habría perdido si el mismo hombre, la misma corporación de próceres, la misma asamblea del pueblo ejerciera los tres poderes. El de dictar las leyes; el de ejecutar las resoluciones judiciales y el de juzgar los delitos o pleitos entre particulares".

22. Y en este mismo sentido es que se ha entendido como un contenido mínimo, el cual hace reconocible al constitucionalismo desde el siglo XVIII, lo dispuesto en su momento en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en Francia el año 1789:

> "Toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución"

23. Con base precisamente a este rasgo de identidad de nuestro constitucionalismo el Tribunal ha expresado de manera categórica que lo concerniente a la "separación de poderes" (e incluso al "régimen político") constituye un límite para la reforma ordinaria de la Constitución. Dicho con otras palabras, este forma parte de una especie de "núcleo duro", el cual comprende a los "principios y presupuestos básicos de la organización política, económica y social" de nuestra Carta Fundamental, y, por ende, dicho ámbito no puede ser objeto de una reforma constitucional apelando únicamente a las competencias de reforma con las que cuenta el Congreso (un poder constituido), sino que dicho cambio expresión de

una "reforma total" de la Constitución, la cual requeriría de la anuencia del poder constituyente soberano, por ejemplo, a través de una consulta o referéndum:

> "Aunque toda Constitución se caracteriza por ser un cuerpo normativo integral, donde cada disposición cumple un determinado rol, ciertas cláusulas asumen una función que resulta mucho más vital u omnicomprensiva que las del resto. Se trata de aquellos valores materiales y principios fundamentales que dan identidad o que constituyen la esencia del texto constitucional (la primacía de la persona, la dignidad, la vida, la igualdad, el Estado de Derecho, la separación de poderes, etc.). Sin ellos, la Constitución sería un texto formalmente supremo pero, en cambio, materialmente vacío de sentido" (STC Exp. n.º 00014-2002-AI, f. j. 75)

> "Los límites materiales [a la reforma constitucional], están constituidos por aquellos principios supremos del ordenamiento constitucional que no pueden ser tocados por la obra del poder reformador de la Constitución (...) [Los l]ímites materiales implícitos, son aquellos principios supremos de la Constitución contenidos en la fórmula política del Estado y que no pueden ser modificados, aun cuando la Constitución no diga nada sobre la posibilidad o no de su reforma, ya que una modificación que los alcance sencillamente implicaría la "destrucción" de la Constitución. Tales son los casos de los principios referidos a la dignidad del hombre, soberanía del pueblo, Estado democrático de derecho, forma republicana de gobierno y, en general, régimen político y forma de Estado" (STC Exp. n.º 00014-2002-AI, f. j. 76)

> "[L]a elaboración del proyecto de la nueva Constitución [o la "reforma total"] en sede parlamentaria, necesaria e inexorablemente deba concluir con su sometimiento a referéndum, so pena de declararse la inconstitucionalidad de dicho proceso. Es preciso, pues, que de continuarse como se está haciendo el proceso de cambio de Constitución, la aprobación de la nueva Norma Fundamental tenga que realizarse a través del referéndum, la única forma como puede expresarse directamente el Poder Constituyente. Y es que cuando mediante referéndum se aprueba sólo una reforma parcial de la Constitución, en tal caso la intervención del pueblo se presenta como un elemento que incide exclusivamente sobre la eficacia. Lo que no sucede, por cierto, cuando el pueblo actúa en calidad de Poder Constituyente, en cuyo caso la aprobación de la Constitución la realiza él mismo y su decisión es un elemento constitutivo de su elaboración" (STC Exp. n.º 00014-2002-AI, f. j. 115)

24. Con base en lo descrito, y siendo clara entonces la importancia del sistema de gobierno constitucionalmente establecido, resulta luego posible desarrollar una descripción o definición sobre sus contornos, siempre, desde luego, a partir de lo constitucionalmente previsto. Ahora bien, y sobre todo en un escenario en donde la separación de poderes no tiene esa rigidez más propia de un régimen presidencial "clásico", conviene tener presente que no se pierde la autonomía de una entidad rectora de una actividad (como, por ejemplo, el servicio civil) ni la independencia de sus integrantes si esa entidad se encuentra adscrita a algún ministerio.

25. Esto tiene especial relevancia frente a alguna afirmación hecha en este caso en particular. Se cuestiona la independencia institucional de Servir en mérito a que dicha entidad está adscrita a la Presidencia del Consejo de Ministros. Ya este Tribunal Constitucional ha explicados en otros casos (Ley Universitaria, por ejemplo) los alcances y finalidad de la adscripción, y como encargar labores de rectoría de un sistema a un ente adscrito a, como en el presente proceso, la Presidencia del Consejo de Ministros, no involucra la pérdida de su autonomía, de sus funciones o una infracción al principio de separación de poderes. Una siquiera rápida revisión de lo ya señalado por este Colegiado sobre el particular me libera de hacer mayores precisiones al respecto.

26. Así, en la Sentencia 0014-2014-PI/TC y acumulados, este Tribunal determinó que los órganos técnicos especializados y las superintendencias están formalmente adscritas al Gobierno o Poder Ejecutivo. Por ende, se encuentran dotadas de autonomía. Así, se precisó que, no obstante estar adscritas al Poder Ejecutivo o Gobierno "no son simples instancias administrativas, sino que atendiendo a la finalidad de supervisión y control de las distintas actividades, están dotadas de autonomía tanto funcional y administrativa como presupuestal y económica" (fundamento 117).

Sobre la necesidad de distinguir entre "afectación" y "vulneración"

27. Nuestra responsabilidad como jueces constitucionales del Tribunal Constitucional peruano incluye pronunciarse con resoluciones comprensibles, y a la vez, rigurosas técnicamente. Si no se toma en cuenta ello, el Tribunal Constitucional falta a su responsabilidad institucional de concretización de la Constitución, pues debe hacerse entender a cabalidad en la compresión del ordenamiento jurídico conforme a los principios, valores y demás preceptos de esta misma Constitución.

28. En ese sentido, encuentro que en el presente proyecto se hace alusiones tanto a afectaciones como vulneraciones.

29. En rigor conceptual, ambas nociones son diferentes. Por una parte, se hace referencia a "intervenciones" o "afectaciones" iusfundamentales cuando, de manera genérica, existe alguna forma de incidencia o injerencia en el contenido constitucionalmente protegido de un derecho, la cual podría ser tanto una acción corno una omisión, podría tener o no una connotación negativa, y podría tratarse de una injerencia desproporcionada o no. Así visto, a modo de ejemplo, los supuestos de restricción o limitación de derechos fundamentales, así como muchos casos de delimitación del contenido de estos derechos, pueden ser considerados prima facie, es decir, antes de analizar su legitimidad constitucional, como formas de afectación o de intervención iusfundamental.

30. Por otra parte, se alude a supuestos de "vulneración", "violación" o "lesión" al contenido de un derecho fundamental cuando estamos ante intervenciones o afectaciones iusfundamentales con una incidencia negativa, directa, concreta y sin una justificación razonable a dicho derecho, siempre y cuando no implique un análisis de mérito sobre la legitimidad de esa interferencia en el derecho alegado.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

EXPEDIENTE. N° 00013-2015-PI/TC
MAS DE CINCO MIL CIUDADANOS

VOTO DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Coincido en todos los extremos con el sentido de lo resuelto por mis colegas magistrados Blume Fortini, Miranda Canales, Ramos Núñez, Ledesma Narváez, Espinosa-Saldaña Barrera y Ferrero Costa. En consecuencia, mi voto es por:

1. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda de inconstitucionalidad en la medida en que denuncia la vulneración del principio constitucional de reserva de ley orgánica (artículo 106 de la Constitución) por existir cosa juzgada; y,

2. Declarar **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad en la medida en que denuncia la vulneración del principio constitucional de separación de poderes (artículo 43 de la Constitución)

Lima, 11 de junio de 2019

S.

SARDÓN DE TABOADA

PLENO JURISDICCIONAL

Expedientes 0012-2017-PI/TC

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

22 de enero de 2019

Caso de la Ordenanza Regional de Cajamarca sobre reconocimiento de pueblos originarios e indígenas

Poder Ejecutivo c. Gobierno Regional de Cajamarca

Asunto
Demanda de inconstitucionalidad contra la Ordenanza Regional 010-2016-GR.CAJ-CR

Magistrados firmantes:

SS.

MIRANDA CANALES
RAMOS NÚÑEZ
SARDÓN DE TABOADA
FERRERO COSTA

TABLA DE CONTENIDOS

I. ANTECEDENTES

A. PETITORIO CONSTITUCIONAL

B. ARGUMENTOS DE LAS PARTES

B-1. DEMANDA

B-2. CONTESTACIÓN DE DEMANDA

C. ARGUMENTOS DE LOS TERCEROS

II. FUNDAMENTOS

§1. El bloque de constitucionalidad

§2. Análisis del caso

§3. Efectos de la presente sentencia

III. FALLO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 22 días del mes de enero de 2019, reunido el Tribunal Constitucional, en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los señores magistrados Blume Fortini, presidente; Miranda Canales, vicepresidente; Ramos Núñez, Ledesma Narváez y Ferrero Costa, pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento de los magistrados Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera, conforme al artículo 30-A del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional, Asimismo, se agregan los fundamentos de voto de los magistrado Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera y los votos singulares de los magistrados Blume Fortini y Ledesma Narváez. Se deja constancia que el magistrado Espinosa-Saldaña Barrera votará en fecha posterior.

I. ANTECEDENTES

A. PETITORIO CONSTITUCIONAL

Con fecha 28 de setiembre de 2017, el Poder Ejecutivo, por medio del Procurador Público Especializado en Materia Constitucional, interpone demanda de inconstitucionalidad contra los artículos primero, segundo, tercero y cuarto de la Ordenanza Regional 010-2016-GR.CAJ-CR, emitida por el Gobierno Regional de Cajamarca, publicada el 25 de noviembre de 2016 en el Diario Oficial *El Peruano*.

Alega que la citada ordenanza afecta la competencia del Poder Ejecutivo sobre identificación y reconocimiento de pueblos indígenas en el territorio nacional, que se deriva del artículo 118, numerales 1 y 3, en concordancia con el artículo 2, numeral 17, de la Constitución. Asimismo, señala que tal competencia encuentra sustento en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Ley de Bases de la Descentralización, la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, la Ley de Creación del Ministerio de Cultura y la Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la OIT (Ley de Consulta Previa).

En defensa de la constitucionalidad de la ordenanza objetada, el Gobierno Regional de Cajamarca, a través de su Procurador Público Regional, contesta la demanda con fecha 3 de julio de 2018, negándola y contradiciéndola en todos sus extremos, por lo que solicita que sea declarada infundada.

B. ARGUMENTOS DE LAS PARTES

Las partes postulan una serie de argumentos sobre la constitucionalidad de las normas impugnadas que, a manera de resumen, se presentan a continuación:

B-1. DEMANDA

Los argumentos expuestos en la demanda, son los siguientes:

- El demandante sostiene que la ordenanza regional cuestionada estaría excediendo sus competencias e invadiendo las que corresponden al Poder Ejecutivo en materia de identificación y reconocimiento de pueblos indígenas. Alega que la norma impugnada no supera el test de competencia.
- Señala que en virtud del artículo 118, numeral 3, de la Constitución, corresponde al Presidente de la República "dirigir la política general del Gobierno". Asimismo, en virtud a los artículos 4 y 23 de la Ley 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo (LOPE), le corresponde a éste la dirección y ejecución de la política general del gobierno, que comprende las políticas públicas respecto a los derechos de los pueblos indígenas.

- Afirma que el artículo 33 del Convenio 169 de la OIT obliga al Estado peruano a establecer una entidad u órgano estatal responsable de las políticas públicas relacionadas con los pueblos indígenas. Como se trata de un compromiso asumido por el Estado, tal entidad debe tener una competencia de alcance nacional. Asimismo, el artículo 118, numeral 1, de la Constitución señala que corresponde al Presidente de la República cumplir y hacer cumplir los tratados. Una autoridad nacional permite además que exista una política estatal uniforme y no dispersa.
- En tal sentido, se alega en la demanda que es el Poder Ejecutivo, por medio del Ministerio de Cultura, quien debe adoptar medidas necesarias para garantizar el ejercicio del derecho a la identidad étnica y cultural reconocido en el artículo 2, numeral 19, de la Constitución.
- Por su parte, el artículo 4 de la Ley 29565, Ley de Creación del Ministerio de Cultura, establece que la "pluralidad étnica y cultural de la Nación" es una de las áreas programáticas de acción sobre la cual dicha entidad ejerce sus competencias, funciones y atribuciones, mientras que el artículo 15 designa al Viceministro de Interculturalidad como la autoridad inmediata en asuntos de interculturalidad e inclusión de las poblaciones originarias.
- El artículo 19 de la Ley 29785, Ley de Consulta Previa asigna una serie de competencias específicas al órgano técnico especializado en materia indígena

del Poder Ejecutivo. La Primera Disposición Complementaria Final de dicha ley establece que el Viceministerio de Interculturalidad es el "órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo".

- De lo anotado, el demandante sostiene que existe un marco constitucional y legal que reconoce al Poder Ejecutivo como el ente rector en materia de políticas públicas para la protección de los pueblos indígenas, y señala que este debe ser el parámetro de control para revisar la constitucionalidad de la ordenanza. Conforme a tal parámetro, las competencias otorgadas comprenden la identificación y reconocimiento de pueblos indígenas como requisito previo para el ejercicio de las mismas.

- Por otro lado, de acuerdo con el artículo 20 de la Ley de Consulta Previa, el Viceministerio de Interculturalidad es la entidad responsable de implementar, actualizar y gestionar la Base de Datos de Pueblos Indígenas u Originarios. En atención a ello, mediante la Resolución Viceministerial 0202-2012-MC se aprobó la Directiva 003-2012-/MC, que regula el funcionamiento de la referida base.

- Esta base de datos tiene carácter referencial, pues el reconocimiento estatal de estos pueblos no tiene carácter constitutivo de derechos, y efectivamente así está estipulado en el artículo 29, numeral 1, del Decreto Supremo 001-2012-MC, Reglamento de la Ley de Consulta Previa. Al constituir el único registro de carácter oficial de los pueblos ya identificados y reconocidos, dicha base se encuentra en constante actualización.

- El artículo 10 de la Ley de Consulta Previa establece que la identificación de los pueblos indígenas a ser consultados "debe ser efectuada por las entidades estatales promotoras de la medida legislativa o administrativa". Ello, sin embargo, no debe entenderse en el sentido de que cualquier entidad estatal pueda establecer criterios de identificación y reconocimiento de pueblos indígenas. Se trata de una norma de aplicación específica, en la cual una autoridad considera que una determinada medida debe ser objeto de consulta. Debe tomarse en cuenta que el Reglamento de la Ley de Consulta Previa establece la necesidad de llevar a cabo una consulta tomando como parámetro de referencia la base de datos oficial.

- Señala el demandante que, en virtud del artículo 1, literal b), del Convenio 169 de la OIT y el artículo 7 de la Ley de Consulta Previa, el Poder Ejecutivo ha recopilado la información de dicha base de datos empleando criterios uniformes previstos a nivel normativo para llevar a cabo estas acciones, evitando discrepancias sobre qué criterios tomar en cuenta o cómo deben ser aplicados. En

tal sentido, cuando la ordenanza regional cuestionada reconoce la existencia de pueblos indígenas en su ámbito territorial y les reconoce personalidad jurídica se contraviene la normativa internacional y la nacional de desarrollo constitucional, que establece criterios uniformes de identificación y reconocimiento.

- Respecto a las competencias de los gobiernos regionales, el Poder Ejecutivo sostiene que estos no pueden asumir competencias que no hayan sido atribuidas mediante la Constitución o la ley, y las competencias asignadas deben ser ejercidas de acuerdo a las políticas nacionales. Y, de conformidad con el artículo 192 de la Constitución, los gobiernos regionales no tienen la competencia expresa en materia de identificación y reconocimiento de pueblos indígenas.

- Por su parte, la Ley 27783, Ley de Bases de la Descentralización, establece en sus artículos 35 y 36 las competencias exclusivas y compartidas de los gobiernos regionales, entre las que no figuran la competencia de identificación y reconocimiento de pueblos indígenas. La Ley 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, precisa en sus artículos 9 y 10 las competencias exclusivas y compartidas de estos gobiernos, y tampoco hace referencia a tal atribución.

- El Poder Ejecutivo afirma que los gobiernos regionales solo tienen competencia sobre las comunidades campesinas y nativas en cuestiones relativas al saneamiento físico-legal de la propiedad agraria, y de formulación y ejecución de políticas para su inclusión, así como sobre priorización y promoción dentro de su jurisdicción, que deben realizarse además en concordancia con las normas y políticas nacionales. Pero esta competencia no guarda relación con la identificación y reconocimiento de los pueblos indígenas.

- Alega el Procurador que, si bien un gobierno regional puede, durante un proceso de consulta, determinar o individualizar cuáles son los pueblos que debieran ser consultados en un caso concreto, ello no implica que sea competente para identificar y reconocer de forma general a los pueblos indígenas, en el sentido expuesto en la ordenanza cuestionada.

- El demandante señala que la ordenanza regional impugnada no cumple con los principios que conforman el test de competencia. Así, afecta el principio de unidad porque el Gobierno Regional de Cajamarca no ha respetado el marco normativo sobre identificación y reconocimiento de pueblos indígenas, afectándose con ello el principio de lealtad y cooperación regional. También se ha afectado el principio de taxatividad, dado que no existe norma legal expresa que otorgue a los gobiernos regionales la competencia (exclusiva o compartida) en la materia en discusión. El principio de competencia ha sido afectado por cuanto

la ordenanza regional impugnada contraviene normas del bloque de constitucionalidad que deben tomarse en cuenta para determinar las competencias del Poder Ejecutivo.

- En conclusión, alega que la ordenanza impugnada debe ser declarada inconstitucional porque su artículo primero asume una competencia que corresponde al Poder Ejecutivo en materia de identificación y reconocimiento de pueblos indígenas; su artículo segundo es una consecuencia del anterior pues reconoce personalidad jurídica a los pueblos originarios e indígenas que habitan en Cajamarca; su artículo tercero, si bien puede considerarse como declarativo, tiene relación con los anteriores por cuanto precisa los alcances del reconocimiento; y el artículo cuarto está viciado pues encarga la implementación de una competencia que corresponde al Poder Ejecutivo.
- Sobre los efectos de la sentencia, el Poder Ejecutivo solicita al Tribunal que en caso de declarar fundada la demanda evalúe declarar sin efecto todo acto administrativo realizado por el Gobierno Regional de Cajamarca al amparo de la ordenanza en cuestión, en virtud del artículo 113 del Código Procesal Constitucional, en atención a que el presente en realidad es un conflicto de competencia pero tramitado como proceso de inconstitucionalidad porque se origina en una norma con rango de ley, en aplicación del artículo 110 del citado cuerpo normativo.

B-2. CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, son los siguientes:

- El Gobierno Regional de Cajamarca sostiene que en la demanda no se ha demostrado que el Poder Ejecutivo tenga competencia exclusiva y excluyente para identificar y reconocer pueblos originarios o indígenas, ni que el gobierno regional no tenga competencia para regular cuestiones relativas a pueblos indígenas.
- Alega que, por el contrario, el gobierno regional sí tiene tal competencia y además que la ordenanza cuestionada puede ser objeto de una interpretación conforme con la Constitución, por lo que no habría necesidad de declarar su inconstitucionalidad.
- Asimismo, agrega que no se habría demostrado que la ordenanza cuestionada infrinja los principios de unidad y lealtad regional, es decir, no se habrían dictado normas en contradicción con los intereses nacionales, ni se dificulta el cumplimiento de la misión constitucionalmente asignada al gobierno nacional.

- El Gobierno Regional sostiene que los argumentos de la demanda desconocen el proceso de descentralización, presentándolo como un mero régimen desconcentrado, por el énfasis que pone en el carácter unitario del Estado. Y es que la descentralización implica un delicado equilibrio con el principio de unidad del Estado reconocido en el artículo 43 de la Constitución, sin vaciar de contenido a ninguno de estos conceptos.
- Agrega que, de acuerdo con la Sentencia 0020-2005-PI/TC, los límites a imponerse al carácter descentralizado del Estado tienen como única finalidad evitar que el ejercicio de las competencias de los gobiernos descentralizados degenere y provoque una desintegración del Estado.
- Se sostiene en la contestación que de las normas citadas por el Poder Ejecutivo no se deduce que este tenga la competencia exclusiva en materia de identificación y reconocimiento de pueblos indígenas. Así, señala que ni de lo expuesto en el artículo 2, numeral 19, el artículo 118, numeral 3, y el artículo 119 de la Constitución, ni del artículo 4 de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, ni de los artículos 4, 5 y 15 de la Ley de Creación del Ministerio de Cultura, ni el artículo 20 de la Ley de Consulta Previa se deprende lo que se afirma en la demanda. Ninguna de estas normas reconoce expresamente tal competencia exclusiva.

- Y es que del artículo 33 del Convenio 169 de la OIT no se desprende una obligación de establecer una única instancia encargada de la protección de los pueblos indígenas. Por el contrario, tal mandato establecería que no hay una única institución que tenga la competencia para ejecutar las obligaciones derivadas de tal convenio.
- Alega que de la Ley de Creación del Ministerio de Cultura no se desprende que este tenga competencia exclusiva sobre protección de pueblos indígenas, y antes bien, se trata de una competencia compartida con los gobiernos locales y regionales. Así, solo la función planificadora de la política general es ejercida por el Ministerio de Cultura, pero su ejecución requerirá de la cooperación de los gobiernos sub nacionales.
- El Gobierno Regional de Cajamarca sostiene que mediante el artículo 20 y la Primera Disposición Complementaria de la Ley de la Consulta Previa se autoriza al Viceministerio de Interculturalidad –en tanto órgano técnico especializado– a identificar, reconocer y registrar a los pueblos indígenas y sus instituciones representativas, pero solo para el proceso de consulta previa de una medida legislativa. Por lo que deduce que otras entidades estatales serían competentes para identificar a pueblos indígenas para otros propósitos.

- Añade el demandado que no puede sostenerse vía interpretación que el Poder Ejecutivo tenga la competencia en discusión de forma exclusiva y excluyente, pues si fuera el caso ello debiera constar en una norma clara, directa y precisa, cosa que no sucede. Sostiene más bien que la presunta falta de competencia se presenta como producto de un recuento incompleto, unilateral y parcial de las normas del bloque de constitucionalidad.
- Señala en el escrito de contestación que el demandante cae en una contradicción abierta con lo establecido en la Ley de Consulta Previa cuando afirma en su demanda que las competencias relacionadas a las comunidades campesinas y nativas no guarda relación con la identificación y reconocimiento de los pueblos indígenas, pues el artículo 7 de dicha indica que las comunidades campesinas o andinas y las comunidades nativas o pueblos amazónicos pueden ser identificados también como pueblos indígenas.
- A partir de lo expuesto, el demandado alega que cuando se reconoce la competencia a los gobiernos regionales para promover y proteger a las comunidades campesinas o nativas, se autoriza a proteger sus derechos como pueblos indígenas, lo que incluye necesariamente el poder identificarlos y reconocerlos.
- Así, en virtud al principio de efecto útil y poderes implícitos, cuando se confiere competencia de priorizar, promover e incluir a las comunidades campesinas y nativas, se confiere la sub competencia de identificarlas y reconocerlas como pueblos indígenas, si así lo solicitaran. De lo contrario no habría posibilidad de priorizarlas.
- Indica que en la demanda se omiten varias normas sustantivas del bloque de constitucionalidad sobre la competencia de los gobiernos regionales sobre comunidades campesinas y nativas. Por ejemplo, el artículo 6 de la Ley de Bases de la Descentralización, que propicia la incorporación de la participación de las comunidades campesinas y nativas, reconociendo la interculturalidad y superando toda clase de exclusión y discriminación. Así como los artículos 4, 6 y 8, numeral 4, de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, referidos a la aplicación de políticas de desarrollo e inclusión. Tales principios serían necesarios para interpretar e integrar sistemáticamente las competencias regionales.
- Agrega en este sentido que el artículo 8 de la Ley de Creación del Ministerio de Cultura reconocería un conjunto de competencias compartidas que habilitarían la intervención del Gobierno Regional de Cajamarca en el reconocimiento de los pueblos indígenas.

- Por otro lado, siguiendo lo establecido en el fundamento 19 de la Sentencia 0024-2007-PI/TC, sostiene que la competencia de promover y defender a las comunidades campesinas y nativas (que pueden ser reconocidas como pueblos indígenas) es compartida, ya que se entiende que el Ministerio de Cultura establece la política general y el gobierno regional concreta tal política con planes y programas específicos que hagan efectivos tales derechos.
- El demandado sostiene además que para aprobar la ordenanza regional se ha seguido escrupulosamente lo establecido en el Convenio 169 de la OIT, en lo que respecta a los criterios para reconocer pueblos indígenas. Se han tomado en cuenta particularmente los criterios subjetivos y objetivos, tal como se aprecia en la parte considerativa de la ordenanza cuestionada. En tal sección se cita también la Ley 27908, Ley de Rondas Campesinas, en donde se dispone que los derechos reconocidos a los pueblos indígenas y comunidades campesinas y nativas se aplican a las rondas campesinas.
- Lo mismo ocurre con la Ley 27811, Ley que Establece el Régimen de Protección de los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas Vinculados a los Recursos Biológicos, que establece el régimen de protección de los conocimientos de los pueblos indígenas y plantea una definición en la que se incluye a las comunidades campesinas y nativas, así como a los pueblos en aislamiento voluntario.

- El gobierno regional alega que la aprobación de la ordenanza regional cuestionada se realizó tras la previa consulta con el Viceministerio de Interculturalidad. Así, luego de solicitar la opinión de dicha entidad, esta emitió el Oficio 207-2016-DGPI-VM/MC, en el que formuló observaciones al proyecto de ordenanza recomendando la incorporación íntegra de los criterios de identificación establecidos en el Convenio 169, lo que finalmente se habría tomado en cuenta para elaborar la ordenanza.
- La ordenanza regional cuestionada se ha basado en la realidad histórica y social de Cajamarca, que es el departamento con mayor porcentaje de población rural del país, y reconociendo que la existencia de los pueblos indígenas y originarios se ha realizado parcial y fragmentariamente bajo la forma de comunidades campesinas, nativas y rondas campesinas, por lo que es una obligación de dicho gobierno regional implementar un mecanismo de identificación y reconocimiento. De lo contrario se estaría ante una omisión a los compromisos internacionales del Estado, que se ha obligado a proteger la integridad de los pueblos indígenas.
- Finalmente, el Gobierno Regional de Cajamarca entiende que todos los artículos cuestionados pueden ser interpretados conforme a la Constitución y por lo

tanto es factible salvar su constitucionalidad. Así, explica que el primer artículo es un reconocimiento general a una realidad social innegable, tal como ha sido corroborado por otras entidades del Estado. Además, resalta que no hay en este caso un reconocimiento concreto a ninguna comunidad en concreto, pues ello requeriría seguir procedimientos específicos. Tal ordenanza fue dictada en virtud a la competencia general de priorizar, promover e incluir a las comunidades campesinas y nativas, las que de acuerdo a la Ley de Consulta Previa pueden ser reconocidas como pueblos indígenas.

– Con el artículo segundo, se habilita un marco normativo para que los órganos ejecutivos del gobierno regional puedan reconocer la personalidad jurídica como pueblos originarios o indígenas de aquellas comunidades campesinas, nativas o rondas campesinas. El tercer artículo precisa que tal reconocimiento como pueblo indígena tendrá solamente un efecto declarativo y no constitutivo. Finalmente, el

– artículo cuarto establece un plazo para la aplicación de la ordenanza regional por parte de la Gerencia Regional de Desarrollo Social. Tal reconocimiento servirá para todo propósito público, excepto la consulta previa por cuanto hay una ley específica para ello.

C. ARGUMENTOS DE LOS TERCEROS

Con fecha 17 de julio de 2018 este Tribunal Constitucional admitió como terceros a la Central Única Nacional de Rondas Campesinas del Perú (CUNARC-Perú), a la Organización Nacional de Mujeres Indígenas, Andinas y Amazónicas del Perú (ONAMIAP), y a la Federación de la Nacionalidad Achuar del Perú (FENAP), con el objeto de recibir el aporte de elementos jurídicos que coadyuven a resolver la presente controversia.

Los informes presentados usan argumentos similares, cuyos principales puntos serán descritos a continuación:

- Señalan que la personalidad jurídica de los pueblos originarios está reconocida en el Perú a través de la Ley 27908, Ley de Rondas Campesinas, así como de una lectura en conjunto de la Constitución con los diversos instrumentos internacionales de Derechos Humanos.

- En tal sentido, sostienen que desde el año 2014 se han venido realizando diversas acciones con el Gobierno Regional de Cajamarca para reconocer la personalidad jurídica de los pueblos originarios, las cuales no fueron objeto de cuestionamiento por parte del Ministerio de Cultura.

- Por otro lado, sostienen que en la Sentencia 394-2015 del Segundo Juzgado Civil de la Corte Superior de Loreto, se resolvió que el Gobierno Regional de Loreto debe reconocer la personalidad jurídica del Pueblo Achuar del Pastaza. No obstante, a criterio de los representantes, en lugar que el Ministerio de Cultura coordine con los gobiernos regionales, este ha preferido interponer dos demandas de inconstitucionalidad.
- Afirman que la falta de personalidad jurídica para un pueblo originario implica que este no pueda realizar ningún tipo de acción legal, tales como participar en la política, acceder a la justicia o, incluso, no poder inscribirse en los Registros Públicos para contar con una partida registral.
- Concluyen que el solo hecho de negar la personalidad jurídica a un pueblo originario contraviene los artículos 89 y 191 de la Constitución. Asimismo, implica desconocer las obligaciones internacionales voluntariamente aceptadas por el
- Estado peruano, tales como el Convenio 169 de la OIT, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

- Por otro lado, en el escrito presentado de forma conjunta el 13 de setiembre de 2018, sostienen que el reconocimiento administrativo de la "personalidad jurídica" de comunidades, taxativamente ha sido encargado por las leyes de comunidades campesinas y nativas, los reglamentos de tales leyes, y las leyes de descentralización, a los gobiernos regionales.
- Advierten que si este Tribunal dispone que los gobiernos regionales no pueden reconocer la personalidad jurídica de los pueblos indígenas, entonces generarían un vacío normativo debido a que ningún ente del Estado podría realizarlo, lo cual constituiría una política regresiva de derechos humanos.
- Aducen, además, que no puede existir un supuesto conflicto de competencia entre el Poder Ejecutivo y los gobiernos regionales debido que en el ordenamiento jurídico no existe una regulación expresa o taxativa que indique que este ente es competente para reconocer la personalidad jurídica de los pueblos indígenas.
- Sin embargo, arguyen que en concordancia con el literal n) del artículo 51 de la Ley 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, se establece que es una función de estos entes la de gestionar el proceso de saneamiento físico-legal de las comunidades campesinas y nativas. Además, sostienen que el artículo 9 de dicha ley establece que para formalizar su personería jurídica, la comunidad

campesina debe ser inscrita por resolución administrativa del órgano competente en asuntos de comunidades del gobierno regional.

- En el mismo sentido, sostienen que el artículo 5.3 de la Directiva que regula la inscripción de los actos y derechos de las comunidades campesinas, aprobada mediante la Resolución 343-2013-SUNARP-SN, establece que para la inscripción del primer acto de la comunidad se podrá presentar la resolución de reconocimiento expedida por la Dirección Regional de Agricultura del gobierno regional correspondiente.
- Arguyen que la existencia de un ente rector en materia de promoción de derechos de los pueblos indígenas no significa que tenga competencia exclusiva y excluyente de reconocer la personalidad jurídica de los referidos pueblos.
- Asimismo, fundamentan que incluso cuando la Ley de Consulta Previa encarga al Poder Ejecutivo llevar una base de datos de los pueblos indígenas reconocidos, esto no significa que tenga competencias exclusivas y excluyentes en materia de reconocimiento de la personalidad jurídica de los pueblos antes mencionados.
- Finalmente, en el escrito presentado de forma conjunta el 5 de octubre de 2018, señalan que en el Caso Bernabé Calderón García contra la República del Perú, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos exigió al Estado que los pueblos indígenas organizados en Comunidades y Rondas Campesinas cuenten con un documento que acredite y reconozca su personalidad jurídica.

II. FUNDAMENTOS

1. A la luz de los argumentos expuestos por las partes, este Tribunal se ocupará primero de determinar las disposiciones jurídicas que forman parte del bloque de constitucionalidad, a efectos de establecer el parámetro dentro del cual debe analizarse la constitucionalidad de la Ordenanza Regional 010-2016-GR.CAJ-CR.

2. En segundo lugar, se analizarán los presuntos vicios de inconstitucionalidad en que habría incurrido el Gobierno Regional de Cajamarca, sobre la base de los principios constitucionales que, según el demandante, han sido vulnerados.

§1. El Bloque de Constitucionalidad

3. El proceso de inconstitucionalidad supone un control abstracto de las normas con rango de ley tomando a la Constitución, en su carácter de norma suprema del ordenamiento, como parámetro.

4. Sin embargo, en determinadas ocasiones, el parámetro de constitucionalidad puede comprender a otras fuentes distintas de la Constitución y, en concreto, a determinadas fuentes con rango de ley, siempre que esa condición sea reclamada directamente por una disposición constitucional (Sentencia 0007-2002-AI/TC, fundamento 5).

5. 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.

6. A este parámetro de control, formado por la Constitución (en sus partes pertinentes) y aquellas normas con rango de ley que derivan directamente de la misma y tienen una relación causal con la materia jurídica subyacente al control de constitucionalidad a realizarse, se le denomina bloque de constitucionalidad.

7. En ese orden de ideas, este Tribunal señaló que "en una hipótesis de infracción indirecta, el parámetro de control, esto es, la norma de referencia a partir de la cual el Tribunal evaluará la validez de la ley cuestionada, está integrado por la Constitución, pero también por todas las leyes a las que esta confirió la capacidad de limitar a otras normas de su mismo rango" (Sentencia 0047-2004-AI/TC, fundamento 128).

8. Este órgano de control de la constitución precisó, además, que se produce una afectación indirecta de la Constitución, cuando exista una incompatibilidad entre la norma sometida a juicio y otra norma legal a la que el propio Constituyente delegó:

   (i) La regulación de un requisito esencial del procedimiento de producción normativa.

   (ii) La regulación de un contenido materialmente constitucional.

   (iii) La determinación de competencias o límites de las competencias de los distintos órganos constitucionales.

9. Lógicamente, estas normas deben a su vez ser compatibles con la Constitución para formar el bloque de constitucionalidad. En tales casos, las normas integradas al parámetro actúan como normas interpuestas, y toda norma con rango de

ley que sea incompatible con ellas será declarada inconstitucional en un proceso de control concentrado por infracción indirecta a la Constitución.

10. Este Tribunal considera que las normas que componen el bloque de constitucionalidad aplicable al presente caso son aquellas que asignan competencias al Poder Ejecutivo y a los gobiernos regionales contenidas, respectivamente, en los artículos 118 y 192 de la Constitución, así como las leyes que desarrollan dichas atribuciones en las materias relevantes para resolver la presente controversia, y que son:

    (i) la Ley 27783, Ley de Bases de la Descentralización;

    (ii) la Ley 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales;

    (iii) la Ley 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo; y,

    (iv) la Ley 29565, Ley de Creación del Ministerio de Cultura.

11. Por otro lado, también resulta relevante para el presente caso el Convenio 169 de la OIT, así como la Ley 29785, Ley de Consulta Previa, emitida en concordancia con dicho convenio.

12. Finalmente, se hará referencia al Decreto Legislativo 1360, Decreto Legislativo que precisa funciones exclusivas del Ministerio de Cultura, que fue publicado en el Diario Oficial *El Peruano* con posterioridad a las fechas de interposición de la demanda y la contestación en el presente proceso, el 22 de julio de 2018.

§2. Análisis del caso

13. El demandante señala que los artículos primero, segundo, tercero y cuarto de la ordenanza impugnada han sido emitidos vulnerando la competencia del Poder Ejecutivo prevista en el bloque de constitucionalidad en materia de identificación y reconocimiento de pueblos indígenas u originarios, mientras que el demandado sostiene que tal competencia no es exclusiva de tal entidad sino que es compartida con los gobiernos regionales.

14. Las normas impugnadas señalan lo siguiente:

> **Primero:** RECONOCER que en la Región Cajamarca habitan pueblos originarios e indígenas, que preexisten a la formación del Estado, que utilizan denominaciones como: "pueblos indígenas", "pueblos originarios", "comunidades campesinas", "comunidades nativas", "rondas campesinas", "pueblos ancestrales", etc. Ello, por cumplir los criterios establecidos en el artículo 1° del Convenio 169 de la OIT.

Segundo: RECONOCER la personalidad jurídica de aquellos "pueblos originarios" o "pueblos indígenas" que en ejercicio de su libre determinación, quieren ser reconocidos como tales y que por diversas razones, han sido reconocidos de manera fragmentada en "comunidades" o bajo otras categorías jurídicas, que no responden a su carácter originario.

Tercero: AFIRMAR que el reconocimiento de la personalidad jurídica de los pueblos indígenas o pueblos originarios, tiene una naturaleza similar a la de "Ser Humano". De esta forma, como indica el Tribunal Constitucional, se es persona por el hecho de existir, siendo este reconocimiento un acto declarativo y no constitutivo.

Cuarto: ENCARGAR a la Gerencia Regional de Desarrollo Social implemente la presente ordenanza regional, en el plazo de sesenta y cinco (65) días hábiles contabilizados desde la publicación de la presente norma en el Diario Oficial El Peruano, dando cuenta al Pleno del Consejo Regional.

15. Antes de analizar la constitucionalidad de la ordenanza impugnada, este Tribunal desea destacar la necesidad que se adopten medidas que fomenten el adecuado reconocimiento e identificación de los pueblos originarios, ello en el contexto de un Estado en el que conviven comunidades con distintas tradiciones, prácticas y costumbres. Esta clase de declaraciones son relevantes no solo porque reivindican el carácter ancestral de estos pueblos, sino porque les permiten titularizar distintos derechos como puede ocurrir con el caso de la consulta previa, libre e informada, la propiedad comunal o la aplicación de la justicia comunal. De ahí que la adopción de medidas que permitan alcanzar dicha finalidad debe ser considerada como una cuestión prioritaria para el Estado peruano, ya que permiten que un importante número de personas puedan desarrollar sus proyectos de vida sin injerencias arbitrarias, sea por parte de privados como del mismo Estado. De hecho, en la actualidad el Viceministerio de Interculturalidad cuenta con una base de datos de centros poblados ubicados dentro del ámbito de localidades pertenecientes a pueblos indígenas de la Amazonía y de Los Antes (fuente: http://bdpi.cultura.gob.pe/busqueda-localidades), y que permite reafirmar la notoria presencia de estas comunidades.

16. En este caso, bien podría sostenerse que la ordenanza impugnada no estaría efectuando ninguna declaración específica a efectos de reconocer o identificar a un pueblo indígena u originario, por lo que no tendría incidencia alguna en las competencias del Poder Ejecutivo. Podría afirmarse, en consecuencia, que se trataría simplemente de un documento que resalta el valor ancestral de es-

tos pueblos. Sin embargo, de una interpretación sistemática de la ordenanza se puede advertir que, en el artículo cuarto, se ordena a la Gerencia Regional de Desarrollo Social que implemente lo dispuesto en su contenido, de lo que se desprende que el Gobierno Regional pretende asumir competencias vinculadas con la identificación de estos pueblos.

17. Ahora bien, y una vez precisado lo anterior, este Tribunal advierte que, si bien la presente causa fue interpuesta y admitida a trámite como un proceso de inconstitucionalidad, desde una perspectiva material plantea la existencia de un conflicto competencial, pues la controversia a solucionar consiste en determinar qué entidad estatal tiene la atribución para reconocer pueblos originarios e indígenas. En efecto, conforme a lo establecido en el artículo 110 del Código Procesal Constitucional, y a lo señalado por este Tribunal en reiterada jurisprudencia, el proceso de inconstitucionalidad es la vía procesal idónea para analizar un conflicto de competencias que se haya manifestado en una norma con rango de ley, como ocurre en este caso con la ordenanza regional cuestionada.

18. Por tanto, este Tribunal debe pronunciarse sobre a quién corresponde la competencia para identificar y reconocer pueblos indígenas u originarios en nuestro ordenamiento jurídico, conforme se deriva de la Constitución y las normas pertinentes del bloque de constitucionalidad. En consecuencia, deberá determinarse si la ordenanza impugnada se encuentra conforme con dichas normas.

19. Para ello resulta relevante aplicar el test de la competencia, desarrollado por este Tribunal en la Sentencia 0020-2005-PI/TC. De conformidad con dicho test, primero debe analizarse el principio de unidad y luego el principio de competencia. Pero antes cabe recordar los tipos de competencias que pueden tener los órganos constitucionales:

    (i) exclusivas, cuando son asignadas en exclusividad, aunque pueden ser a su vez positivas si son susceptibles de ser delegadas, o negativas si ello no es posible, en cuyo caso serán también excluyentes;

    (ii) compartidas, cuando se reparten responsabilidades sobre una materia entre dos o más niveles de gobierno; o,

    (iii) delegadas, si un nivel de gobierno realiza una delegación de competencias a otro nivel distinto, conforme a ley, y se abstiene de tomar decisiones sobre la materia o función delegada.

20. Ahora bien, el principio de unidad se desprende del artículo 43 de la Constitución, que establece, entre otras cosas, que el Estado es uno e indivisible, pero que

su gobierno es descentralizado. Por otro lado, el artículo 189 de la Constitución señala que en el territorio de la República "se constituye y organiza el gobierno a nivel nacional, regional y local, en los términos que establece la Constitución y la ley, preservando la unidad e integridad del Estado".

21. De allí se deriva, a su vez, el principio de cooperación y lealtad regional, según el cual los gobiernos regionales y locales no pueden dictar normas que se encuentren en contradicción con las políticas nacionales; deben colaborar entre sí y con el gobierno nacional; y no deben realizar actos o adoptar medidas que comprometan las competencias o el cumplimiento de los fines constitucionales asignados a otros entes estatales. De esta manera, el proceso de descentralización no degenerará en uno de desintegración, ni la autonomía que les ha sido reconocida se convertirá en autarquía o soberanía interna.

22. El principio de unidad resulta determinante al momento de evaluar la atribución de competencias que no se encuentren claramente definidas a nivel normativo. Conforme a este principio, los gobiernos regionales no tienen más competencias que aquellas que la Constitución y las leyes orgánicas les hayan concedido, correspondiendo el resto de competencias al gobierno nacional bajo una cláusula de residualidad. A esto se conoce como el principio de taxatividad, el cual se desprende del artículo 192 de la Constitución, que establece cuáles son las competencias de los gobiernos regionales.

23. Ahora bien, conforme al principio de competencia los gobiernos regionales son entes que gozan de atribuciones en el ámbito de su circunscripción territorial para regular válidamente las materias que les han sido asignadas por las normas pertinentes. Pero estas normas se articulan en nuestro ordenamiento jurídico no solo mediante el criterio de jerarquía, sino también mediante el criterio de competencia, pues las ordenanzas son normas con rango de ley.

24. No obstante, para que las ordenanzas resulten válidas deben emitirse de conformidad con la Constitución y las leyes orgánicas, pero no por el rango superior de estas últimas, sino porque la Constitución misma delega la determinación o delimitación de las competencias de los órganos constitucionales a estas leyes, de manera que no pueden emitirse ordenanzas contrarias a ellas, pues de lo contrario incurrían en un vicio de inconstitucionalidad indirecta.

25. En tal sentido, la validez de una ordenanza se encuentra supeditada a su compatibilidad con la Constitución y las leyes que atribuyen competencias, es decir, aquellas que integren el bloque de constitucionalidad aplicable según la materia.

26. Adicionalmente, no deben dejarse de lado:

    (i) el principio de efecto útil y poderes implícitos, que establece que cada vez que una norma confiere una competencia a los gobiernos regionales, debe presumirse que esta contiene normas implícitas de sub competencia (que permiten reglamentar la legislación a emitir), sin las cuales el ejercicio de la atribución conferida carecería de eficacia o utilidad; y,

    (ii) el principio de progresividad en la asignación de competencias y transferencia de recursos, según el cual el proceso de descentralización del poder estatal no es un acto acabado sino que se realiza paulatinamente. Esto último debe entenderse respecto de las competencias compartidas o de las delegables, y no respecto de las competencias exclusivas del gobierno nacional.

27. En el presente caso, corresponde analizar primero las competencias regionales contempladas en el artículo 192 de la Constitución, y que son:

    1. Aprobar su organización interna y su presupuesto.

    2. Formular y aprobar el plan de desarrollo regional concertado con las municipalidades y la sociedad civil.

    3. Administrar sus bienes y rentas.

    4. Regular y otorgar las autorizaciones, licencias y derechos sobre los servicios de su responsabilidad.

    5. Promover el desarrollo socioeconómico regional y ejecutar los planes y programas correspondientes.

    6. Dictar las normas inherentes a la gestión regional.

    7. Promover y regular actividades y/o servicios en materia de agricultura, pesquería, industria, agroindustria, comercio, turismo, energía, minería, vialidad, comunicaciones, educación, salud y medio ambiente, conforme a ley.

    8. Fomentar la competitividad, las inversiones y el financiamiento para la ejecución de proyectos y obras de infraestructura de alcance e impacto regional.

    9. Presentar iniciativas legislativas en materias y asuntos de su competencia.

    10. Ejercer las demás atribuciones inherentes a su función, conforme a ley.

28. De lo expuesto no se advierte que los gobiernos regionales tengan competencia expresa para realizar la identificación y reconocimiento de pueblos indígenas. Resulta pertinente, por tanto, verificar la atribución de competencias en las normas del bloque de constitucionalidad que desarrollan y complementan lo dispuesto en el artículo 192 de la Constitución.

29. La Ley de Bases de la Descentralización y la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales regulan las competencias exclusivas y compartidas de los gobiernos regionales en términos bastante similares. A continuación serán citadas las partes pertinentes de ambas leyes:

Ley 27783 **Ley de Bases de la Descentralización**	**Ley 27867** **Ley Orgánica de Gobiernos Regionales**
Artículo 35.- Competencias exclusivas a) Planificar el desarrollo integral de su región y ejecutar los programas socioeconómicos correspondientes. (…)	Artículo 10.- Competencias exclusivas y compartidas establecidas en la Constitución Política del Perú y la Ley de Bases de la Descentralización Los gobiernos regionales ejercen las competencias exclusivas y compartidas que les asignan la Constitución Política del Perú, la Ley de Bases de la Descentralización y la presente Ley, así como las competencias delegadas que acuerden entre ambos niveles de gobierno. 1. Competencias Exclusivas Son Competencias Exclusivas, de acuerdo al artículo 35 de la Ley Orgánica de Bases de la Descentralización Nº 27783, las siguientes: a) Planificar el desarrollo integral de su región y ejecutar los programas socioeconómicos correspondientes, en armonía con el Plan Nacional de Desarrollo. (…)

Artículo 36.- Competencias compartidas c) Promoción, gestión y regulación de actividades económicas y productivas en su ámbito y nivel, correspondientes a los sectores agricultura, pesquería, industria, comercio, turismo, energía, hidrocarburos, minas, transportes, comunicaciones y medio ambiente. (…) f) Difusión de la cultura y potenciación de todas las instituciones artísticas y culturales regionales. (…)	*[Continuación del artículo 10]* 2. Competencias Compartidas Son Competencias Compartidas, de acuerdo al artículo 36 de la Ley Orgánica de Bases de la Descentralización Nº 27783, las siguientes: c) Promoción, gestión y regulación de actividades económicas y productivas en su ámbito y nivel, correspondientes a los sectores agricultura, pesquería, industria, comercio, turismo, energía, hidrocarburos, minas, transportes, comunicaciones y medio ambiente. (…) f) Difusión de la cultura y potenciación de todas las instituciones artísticas y culturales regionales. (…)

30. De lo anotado se advierte que los gobiernos regionales no tienen competencia expresa para realizar la identificación y reconocimiento de pueblos indígenas. Ello no se puede derivar de competencias genéricas sobre desarrollo socioeconómico -ya que se trata de una facultad muy genérica que, de este modo, podría habilitar cuestiones no delegadas expresamente por el legislador- o de normas que no hacen referencia siquiera a los pueblos indígenas. Las competencias regionales deben ser taxativas y las referencias expresas.

31. Sin perjuicio de ello, el demandado señala que en la demanda se han omitido normas sustantivas del bloque de constitucionalidad sobre la competencia de los gobiernos regionales en materia de comunidades campesinas y nativas, como son las siguientes:

> **Ley de Bases de la Descentralización**
>
> Artículo 6.- Objetivos
>
> La descentralización cumplirá, a lo largo de su desarrollo, con los siguientes objetivos:

(…)

OBJETIVOS A NIVEL SOCIAL:

(…) c) Incorporar la participación de las comunidades campesinas y nativas, reconociendo la interculturalidad, y superando toda clase de exclusión y discriminación.

Ley Orgánica de Gobiernos Regionales

Artículo 4.- Finalidad

Los gobiernos regionales tienen por finalidad esencial fomentar el desarrollo regional integral sostenible, promoviendo la inversión pública y privada y el empleo y garantizar el ejercicio pleno de los derechos y la igualdad de oportunidades de sus habitantes, de acuerdo con los planes y programas nacionales, regionales y locales de desarrollo.

Artículo 6.- Desarrollo regional

El desarrollo regional comprende la aplicación coherente y eficaz de las políticas e instrumentos de desarrollo económico social, poblacional, cultural y ambiental, a través de planes, programas y proyectos orientados a generar condiciones que permitan el crecimiento económico armonizado con la dinámica demográfica, el desarrollo social equitativo y la conservación de los recursos naturales y el ambiente en el territorio regional, orientado hacia el ejercicio pleno de los derechos de hombres y mujeres e igualdad de oportunidades.

Artículo 8.- Principios rectores de las políticas y la gestión regional

La gestión de los gobiernos regionales se rige por los siguientes principios:

(…) 4. Inclusión.- El Gobierno Regional desarrolla políticas y acciones integrales de gobierno dirigidas a promover la inclusión económica, social, política y cultural, de jóvenes, personas con discapacidad o grupos sociales tradicionalmente excluidos y marginados del Estado, principalmente ubicados en el ámbito rural y organizados en comunidades campesinas y nativas, nutriéndose de sus perspectivas y aportes. Estas acciones también buscan promover los derechos de grupos vulnerables, impidiendo la discriminación por razones de etnia, religión o género y toda otra forma de discriminación.

32. Sin embargo, este Tribunal debe señalar que las normas citadas son más bien principios que rigen la actuación de los gobiernos regionales al momento en que estos ejerzan sus atribuciones, pero no son normas que asignen competencias en sí mismas. Incluso en el supuesto negado que lo hicieran, de ellas no se advierte

que exista una competencia regional expresa para realizar la identificación y reconocimiento de pueblos indígenas.

33. Por otro lado, el numeral 1 del artículo 33 del Convenio 169 de la OIT hace referencia a:

> La autoridad gubernamental responsable de las cuestiones que abarca el presente Convenio deberá asegurarse de que existen instituciones u otros mecanismos apropiados para administrar los programas que afecten a los pueblos interesados, y de que tales instituciones o mecanismos disponen de los medios necesarios para el cabal desempeño de sus funciones.

34. De acuerdo con la parte demandada, de la disposición citada no se desprende una obligación de establecer una única instancia encargada de la protección de los pueblos indígenas. El Tribunal nota que, tal y como se ha afirmado, ciertamente de esa cláusula no se deriva el deber de reconocer a una sola autoridad, pero también lo es que el mismo convenio dispone que las medidas que se adopten deben tomar en cuenta las condiciones de cada país, y una de ellas es precisamente la forma en que cada Estado decide articular la relación entre sus distintas unidades territoriales y la forma en que aborda los niveles de descentralización, por lo que dicho argumento no es de recibo.

35. Será entonces el Estado mismo quien decida la configuración interna de dicha obligación, pudiendo recurrir alternativamente a la implementación de otras instituciones o de mecanismos apropiados para administrar los programas que afecten a los pueblos indígenas, siempre que esto asegure los medios necesarios para el cumplimiento de dichas funciones. Pero la citada disposición claramente no hace referencia a niveles de gobierno o a la obligatoriedad de la participación regional en la configuración de esta obligación.

36. Corresponde, por tanto, analizar las competencias del Poder Ejecutivo, entidad demandante en el presente proceso. Al respecto, cabe destacar que, si bien el artículo VI, numeral 1, de la LOPE, establece que dicho ente "ejerce sus competencias sin asumir funciones y atribuciones que son cumplidas por los otros niveles de gobierno", el artículo 4 de la citada ley, que regula las competencias exclusivas de este poder del Estado, señala que:

> Toda función, actividad, competencia, proyecto, empresa o activo que no hubiera sido asignado expresamente a otros niveles de gobierno corresponde al Poder Ejecutivo.

37. De ahí se deriva que las competencias del Poder Ejecutivo no son taxativas. Esto quiere decir que no es necesario que sus competencias hayan sido asignadas de

forma expresa o por ley orgánica. Conforme se deriva de la misma LOPE, simplemente basta con que una competencia no haya sido otorgada taxativamente a otro nivel de gobierno o a otro ente estatal, mediante la Constitución o las leyes orgánicas, para que automáticamente sea una competencia del Poder Ejecutivo. Ello es concordante con el principio de unidad del Estado en general, y con el principio de taxatividad en particular, a los que ya se hizo referencia *supra*.

38. Asimismo, conforme al artículo 2 de la citada ley orgánica, los ministerios forman parte del Poder Ejecutivo, de manera que las competencias de este ente pueden ser ejercidas por estos conforme a ley. Al respecto, el artículo 22, numeral 3 de la LOPE, establece que el "ámbito de competencia y estructura básica de cada uno de los Ministerios se establece en su Ley de Organización y Funciones". Pero esto no impide, como se señaló *supra*, que mediante otras leyes se atribuyan competencias referentes a determinadas actividades, funciones o servicios públicos.

39. En tal sentido, la competencia de reconocimiento e identificación de pueblos indígenas podría recaer en diferentes ministerios o entidades del Poder Ejecutivo, de acuerdo al criterio del legislador, o del mismo Poder Ejecutivo si actúa habilitado conforme a las reglas establecidas en el artículo 104 de la Constitución, que regula la emisión de decretos legislativos por parte de dicho ente con autorización previa del Congreso de la República.

40. Al respecto, el Poder Ejecutivo señala en su demanda que, conforme al artículo 4 de la Ley 29565, Ley de Creación del Ministerio de Cultura, la "pluralidad étnica y cultural de la Nación" es una de las áreas programáticas de acción sobre la cual dicha entidad ejerce sus competencias, funciones y atribuciones, mientras que el artículo 15 de la misma ley designa al Viceministro de Interculturalidad como la autoridad inmediata en asuntos de interculturalidad e inclusión de las poblaciones originarias.

41. Ello es concordante con el artículo 19 de la Ley 29785, Ley de Consulta Previa, la cual asigna una serie de competencias específicas al órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo. La Primera Disposición Complementaria Final de dicha ley aclara que el Viceministerio de Interculturalidad es el "órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo".

42. De otra parte, el artículo 8 de la Ley de Creación del Ministerio de Cultura ciertamente reconoce competencias compartidas con los gobiernos regionales, tales como:

> Artículo 8.- Funciones compartidas
>
> En el marco de sus competencias, el Ministerio de Cultura cumple las siguientes funciones compartidas con los gobiernos regionales y locales:

> a) Promover una cultura de respeto y acceso a los derechos culturales, libertad de creencias y de creación intelectual, artística, técnica y científica.
>
> b) Promover el registro, la investigación, preservación, conservación, difusión y puesta en valor del patrimonio cultural material e inmaterial, arqueológico, histórico y artístico, documental y bibliográfico, plástico, musical, popular y tradicional, el folclor, las industrias culturales y el patrimonio documental y bibliográfico de la Nación con la participación de las organizaciones de la sociedad civil y las comunidades.
>
> (…)
>
> 1. Con los gobiernos regionales:
>
> a) Coordinar la promoción, difusión y puesta en valor de las manifestaciones artísticas y culturales regionales.
>
> (…)
>
> f) Fomentar la afirmación de la identidad nacional y promover el desarrollo cultural a través del diálogo intercultural y el reconocimiento de la diversidad cultural entre los peruanos.

43. En dicho artículo no se advierte que exista una competencia compartida respecto al reconocimiento e identificación de pueblos indígenas. El literal f) del numeral 1 citado hace referencia al fomento del reconocimiento de la diversidad cultural específicamente, y no otros tipos de reconocimiento; mientras que el resto de disposiciones hacen referencia a aspectos promocionales, e inclusive estas competencias de fomento y promoción son compartidas con el Poder Ejecutivo.

44. Como se explicó *supra*, las competencias de los gobiernos regionales deben ser expresas. Recién entonces podrá aplicarse el principio de efecto útil y poderes implícitos. Es decir, tal principio extenderá capacidades regulatorias respecto de competencias que sean indubitablemente de los gobiernos regionales, pero no puede servir para extender competencias que no se deriven expresa e inequívocamente del bloque de constitucionalidad aplicable. En el presente caso resulta a todas luces evidente que la competencia que pretende tener el demandando no le ha sido asignada por la Constitución o por las leyes.

45. Si bien es cierto que de lo expuesto hasta aquí no se advierte que la competencia materia de controversia se reconozca expresamente a ningún ente, incluido el Poder Ejecutivo, por lo explicado *supra*, en nuestro ordenamiento jurídico las competencias no asignadas a un ente estatal de forma expresa le corresponden al

Poder Ejecutivo por defecto. Así, tal competencia complementa las demás que este ente ya tiene en materia indígena.

46. En concordancia con ello, el artículo 20 de la Ley de Consulta Previa señala que el Viceministerio de Interculturalidad es la entidad responsable de implementar, actualizar y gestionar la Base de Datos de Pueblos Indígenas u Originarios. El demandante alega que esta base, al constituir el único registro de carácter oficial de los pueblos ya identificados y reconocidos, se encuentra en constante actualización.

47. El Poder Ejecutivo afirma que esta base tiene únicamente un carácter referencial, pues no tiene carácter constitutivo de derechos, y efectivamente así lo establece el artículo 29, numeral 1, del Decreto Supremo 001-2012-MC, Reglamento de la Ley de Consulta Previa. En tal extremo no se advierte materia controvertida entre las partes.

48. Por otro lado, el artículo 10 de la Ley de Consulta Previa, que establece que la identificación de los pueblos indígenas a ser consultados "debe ser efectuada por las entidades estatales promotoras de la medida legislativa o administrativa", debe entenderse referida a un sentido aplicativo concreto.

412

49. Es decir, los entes estatales (de nivel nacional, regional o local) promotores de medidas legislativas o administrativas que puedan afectar directamente a pueblos indígenas u originarios, deben realizar la consulta previa, lo que implica identificar (determinar, individualizar, ubicar) a los pueblos potencialmente afectados con la medida en cuestión, esto es, en el caso concreto. Pero ello no significa que todo ente estatal susceptible de adoptar medidas que puedan afectar directamente a pueblos indígenas u originarios tengan la competencia de realizar la identificación y reconocimiento en un sentido general y oficial, con independencia respecto de la aplicación de una medida concreta.

50. Para efectos de lo dispuesto en el Convenio 169 de la OIT y en la Ley de Consulta Previa, la identificación y el reconocimiento de los pueblos indígenas u originarios deben ser realizados por el Estado peruano. Esta obligación recae en el Poder Ejecutivo, que debe aplicar los criterios de identificación y reconocimiento que se derivan de aquellas normas de manera uniforme en todo el territorio nacional.

51. Esto significa que será el Poder Ejecutivo quien habrá de aplicar lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley de Consulta Previa, el cual señala que las comunidades campesinas o andinas y las comunidades nativas o pueblos amazónicos pueden ser identificados también como pueblos indígenas u originarios, conforme a los criterios señalados en dicho artículo.

52. Sin embargo, ello no significa que la competencia del Poder Ejecutivo para realizar la identificación y reconocimiento de pueblos indígenas u originarios se limite a los aspectos relacionados a la consulta previa, pues dicha competencia tiene un alcance general, en tanto no ha sido expresamente otorgada a los gobiernos regionales. Sin perjuicio de ello, este Tribunal advierte que dicha conclusión no afecta o limita otras competencias que tengan los gobiernos regionales u otras entidades estatales en materia indígena o de comunidades campesinas o nativas, siempre que estas tengan reconocimiento legal y sean ejercidas de acuerdo con la Constitución y las leyes y en concordancia con las políticas nacionales.

53. En relación con lo señalado por el demandado, en el sentido que para emitir la ordenanza cuestionada se obtuvo la opinión previa de la Directora General de Derechos de los Pueblos Indígenas del Ministerio de Cultura, mediante el Oficio 207-2016-DGPI-VM/MC, este Tribunal debe precisar que la distribución de competencias entre los entes previstos en la Constitución derivan de dicha norma suprema, de las leyes orgánicas y de otras leyes emitidas en conformidad con estas normas, no de los informes u oficios emitidos por entidades del gobierno, de manera que lo establecido allí (correcta o erróneamente) no resulta vinculante para este Tribunal al momento de determinar las competencias de tales entes.

54. Asimismo, respecto a lo dispuesto en sentencias del Poder Judicial sobre reconocimiento de pueblos indígenas vale repetir el mismo argumento. Efectivamente, este Tribunal es quien tiene competencia, conforme al numeral 3 del artículo 202 de la Constitución, para conocer los conflictos de competencia, o de atribuciones asignadas por la Constitución, conforme a ley.

55. Finalmente, este Tribunal no deja de advertir que podría alegarse que en este proceso ha operado la sustracción de la materia, ya que el mismo Poder Ejecutivo, con posterioridad a las fechas de interposición de la demanda y la contestación en el presente caso, ha emitido una norma, previa delegación de facultades por parte del Congreso de la República, que hace referencia a la controversia debatida en este proceso. Efectivamente, el Decreto Legislativo 1360, Decreto Legislativo que precisa funciones exclusivas del Ministerio de Cultura, publicado en el Diario Oficial *El Peruano,* el 22 de julio de 2018, señala lo siguiente:

> Artículo 1.- Objeto
>
> La presente norma tiene como objeto precisar las funciones exclusivas del Ministerio de Cultura como ente rector en materia de pueblos indígenas u originarios.

> Artículo 2.- Precisión de funciones exclusivas
>
> 2.1 Precísese, en el marco de desarrollo de las funciones exclusivas del Ministerio de Cultura y de su área programática de acción sobre pluralidad étnica y cultural de la Nación, que la identificación y reconocimiento de pueblos indígenas u originarios es desarrollada por el Viceministerio de Interculturalidad, a través de sus órganos técnicos.

56. Al respecto, no corresponde declarar, sin más, la sustracción de la materia, ya que el Decreto Legislativo al que se ha hecho referencia no necesariamente implica que se haya derogado la ordenanza aquí cuestionada, la cual aún se encuentra en vigor. Por otro lado, este Tribunal no se pronunciará sobre la constitucionalidad del Decreto Legislativo 1360 en sí mismo, en tanto el presente proceso no versa sobre ese asunto y aún se encuentra habilitado el plazo estipulado en el artículo 100 del Código Procesal Constitucional para cuestionar, en caso se estime pertinente, la constitucionalidad de dicha norma por razones de forma o de fondo.

57. Por todo lo expuesto, se concluye que corresponde declarar fundada la demanda contra los artículos primero, segundo, tercero y cuarto de la Ordenanza Regional 010-2016-GR.CAJ-CR, emitida por el Gobierno Regional de Cajamarca, por afectar las competencias del Poder Ejecutivo en materia de identificación y reconocimiento de pueblos indígenas.

§3. Efectos de la presente sentencia

58. Como ha quedado demostrado, los artículos primero, segundo tercero y cuarto de la ordenanza impugnada son inconstitucionales, por lo que deben ser expulsados del ordenamiento jurídico, lo que ocurrirá al día siguiente de la publicación de la presente sentencia en el diario oficial, conforme a lo dispuesto en el artículo 204 de la Constitución.

59. Por otra parte, cabe recordar lo dispuesto en el artículo 78 del Código Procesal Constitucional:

> 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.

60. En atención a ello, este Tribunal advierte que los artículos quinto, sexto y sétimo de la referida ordenanza son normas conexas que han perdido su razón de ser con la declaración de inconstitucionalidad decretada. Por tanto, corresponde declarar inconstitucionales por conexidad estos artículos.

61. Por otro lado, el demandante solicita a este Tribunal que en caso de declarar fundada la demanda evalúe declarar sin efecto todo acto administrativo realizado por el Gobierno Regional de Cajamarca al amparo de la ordenanza cuestionada, en virtud del artículo 113 del Código Procesal Constitucional.

62. Efectivamente, el recurrente sostiene que mediante la ordenanza impugnada el Gobierno Regional de Cajamarca no solo se ha atribuido competencias que no le corresponden, sino que a partir de su texto podrían habilitarse actos posteriores viciados de incompetencia. En tales actos se podría reconocer como pueblos originarios o indígenas a comunidades que no cumplan con los criterios objetivos y subjetivos establecidos en la normativa aplicable.

63. Sobre ello, no se ha aportado información alguna que acredite que, al amparo de la ordenanza que aquí se ha declarado como incompatible con la Constitución, se hayan reconocido o identificado por parte del Gobierno Regional de Cajamarca a algunos pueblos como originarios e indígenas. Sin perjuicio de ello, este Tribunal recuerda que, al ser este un proceso de control abstracto de normas, no corresponde emitir un pronunciamiento en relación con dicha situación, sin perjuicio que las entidades interesadas activen los mecanismos correspondientes ante los órganos competentes.

64. Al respecto, corresponde señalar que si bien este Tribunal Constitucional ha señalado *supra* que en el presente caso subyace una controversia en relación con la titularidad de una competencia, debe tenerse especialmente en cuenta que el presente proceso se ha planteado y admitido como uno de inconstitucionalidad, de manera que para su resolución no está habilitada la regla contemplada en el artículo 113 del Código Procesal Constitucional, en tanto esta es aplicable única y exclusivamente a los conflictos competenciales. Así, al ser un proceso de control abstracto de normas, esta pretensión es desestimada.

65. En esta misma línea, lo hasta aquí dicho no impide que lo pretendido por el Poder Ejecutivo pueda ser reclamado posteriormente en las vías procesales pertinentes alegando lo resuelto en la presente sentencia, que resulta vinculante para todos los poderes públicos desde el día siguiente de su publicación, conforme a lo establecido en el artículo 82 del Código Procesal Constitucional.

66. Finalmente, este Tribunal también desea resaltar que la declaratoria de inconstitucionalidad que aquí se ha realizado no impide, desde ningún punto de vista, que los gobiernos regionales articulen y desplieguen mecanismos a fin de poner conocimiento del Poder Ejecutivo qué pueblos o comunidades en su jurisdicción puedan eventualmente ser reconocidos como indígenas u originarios, a fin que la autoridad designada, con la información que se le pueda proporcionar, pueda examinar cada caso concreto.

67. En efecto, lo que ha sido objeto de pronunciamiento por parte del Tribunal se relaciona con la potestad de *decidir*, en instancia definitiva, cuál es la entidad competente para el reconocimiento e identificación de pueblos originarios e indígenas, pero ello desde ningún punto de vista puede excluir a los diversos actores de *participar* en dicha labor. Así, los gobiernos regionales e incluso los locales deben contar con la posibilidad de remitir propuestas e informes al Poder Ejecutivo respecto de un eventual reconocimiento de algunas comunidades como pueblos indígenas u originarios, al ser estos los más cercanos a la realidad social de la zona respectiva, por lo que cuentan con importantes aportes que realizar a este procedimiento. Sin embargo, de ahí a que se reconozca que tengan la posibilidad de identificar y reconocer a dichos pueblos existe una importante diferencia, pues ello podría generar distintas discrepancias entre los niveles de gobierno, con todo el impacto que esto puede tener para las mismas comunidades y los derechos que puedan titularizar.

68. Por tanto, al no ser posible atender la solicitud del demandante respecto a los efectos de la sentencia, dicho extremo debe declararse infundado.

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 demanda por haberse afectado las competencias del Poder Ejecutivo en materia de identificación y reconocimiento de pueblos indígenas y originarios, por tanto, inconstitucional la Ordenanza Regional 010-2016-GR.CAJ-CR, emitida por el Gobierno Regional de Cajamarca.

2. Declarar **INFUNDADA** la demanda en lo demás que contiene.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MIRANDA CANALES
RAMOS NÚÑEZ
SARDÓN DE TABOADA
FERRERO COSTA

PONENTE RAMOS NÚÑEZ

EXP. N° 00012-2017-PI/TC
PRESIDENTE DE LA REPUBLICA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Estoy de acuerdo con el fallo y con la fundamentación de la sentencia emitida en el presente caso.

Sin embargo, suscribo este fundamento de voto a fin de apartarme del fundamento 15 de dicha sentencia pues, a mi juicio, no corresponde al Tribunal Constitucional realizar valoraciones subjetivas de las normas sometidas a su control ni, mucho menos, formular recomendaciones o propuestas en materia de políticas públicas a través de sus sentencias.

Es tarea de las autoridades electas por voto popular y de la sociedad civil participar activamente en la formación de políticas públicas en el país. En atención a la naturaleza de sus funciones, este Tribunal Constitucional debiera mantenerse al margen de dicho debate, siempre que ello sea posible garantizando, así, un grado máximo de neutralidad frente al acontecer político que le permita realizar con mayor eficacia la actividad jurisdiccional que le es propia.

Asimismo, considero necesario reiterar que, como expresé en el voto singular emitido en el Expediente 01129-2012-PA/TC al cual me remito en todos sus términos, la consulta previa, regulada por el Convenio 169 de la OIT, no puede ser considerada como un derecho fundamental.

En efecto, sobre la base de una interpretación conjunta de los artículos 56, 57 y 200 así como de la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución, estimo que los tratados internacionales suscritos por el Perú — incluyendo los tratados sobre derechos humanos — no tienen rango constitucional sino solamente legal salvo que sean aprobados conforme al procedimiento establecido en el artículo 206 de la Constitución.

Sin embargo, ese no fue el caso del Convenio 169 de la OIT; por tanto, no puede considerarse que este modifique o innove en modo alguno el ordenamiento constitucional.

Dicho tratado, por tanto, es una norma jurídica con rango de ley; es decir, posee una jerarquía equivalente al de las ordenanzas regionales o municipales.

S.

SARDÓN DE TABOADA

Exp. N° 00012-2017-PI/TC
Caso de la Ordenanza Regional de Cajamarca sobre Reconocimiento de pueblos originarios e indígenas

Lima, 29 de enero de 2019

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Coincido con el sentido de lo resuelto por mis colegas magistrados. Sin embargo, deseo hacer algunas precisiones sobre nuestra forma de Estado y el proceso de descentralización territorial, a la luz de lo prescrito en nuestra Constitución y lo precisado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional al respecto:

1. A lo largo de nuestra historia la descentralización territorial en el Perú, más que una práctica concreta seguida de manera consecuente, muchas veces ha sido, ante todo, un discurso bien intencionado, o inclusive, aunque sea duro decirlo, una promesa objeto de manipulación por diversos sectores. En dicho escenario, se aprecia cómo hasta la fecha continúa existiendo una serie de imprecisiones y problemas no resueltos en torno a la descentralización territorial, tanto es así que aun no existen posiciones bien definidas en diversos asuntos cuya relevancia es insoslayable. De esta manera, y como cuestión principal, ha sido difícil esclarecer con precisión cuál es la forma de Estado peruano, forma que, por lo demás, ha ido mutando en el tiempo, hasta llegar al modelo previsto en nuestra Constitución de 1993 (el cual, por cierto, ha sido objeto también de algunas importantes reformas).

2. En relación con el proceso de descentralización territorial, este ha sido una preocupación constante para el Tribunal Constitucional, a la cual ha debido atender de manera recurrente, por ejemplo, con ocasión de resolver conflictos de competencias que se presentan entre los diversos niveles de gobierno (nacional, regional y local), fricciones que, en nuestro modelo de jurisdicción constitucional, deben ser canalizados a través de los procesos competenciales y los procesos de inconstitucionalidad (estos últimos, cuando el conflicto de competencias se sustenta en normas con rango de ley).

3. Respecto al contenido de la pretensión alegada, tenemos que, y muy a despecho de ciertos esfuerzos históricamente seguidos en otro sentido, lamentablemente en el Perú el ejercicio del poder a nivel territorial se ha encontrado concentrado y centralizado en Lima, con indudables consecuencias a nivel social, político y económico. Esto, ciertamente, es de lamentar, pues los ciudadanos y las autoridades de gran parte del país en muchas ocasiones se han encontrado (y se encuentran) alejados de muchas decisiones importantes que les involucran directamente, y respecto a las cuales tienen importantes consideraciones que aportar, tanto a nivel social, político y técnico.

4. En ese marco, es claro que la descentralización territorial implica un redimensionamiento completo respecto del ejercicio del poder político. De este modo, la descentralización constituye una importante opción para acercar el gobierno a los ciudadanos, democratizando la toma de aquellas decisiones que, en líneas generales, pueden ser consideradas como la de mayor relevancia en nuestra sociedad, o también aquellas que tienden a apuntalar modelos alternativos de desarrollo social y económico. Así, y manteniéndonos en el contexto propio de la forma de Estado unitario, la descentralización territorial se presenta entonces en el Perú como una necesidad estrechamente vinculada con la democracia y el desarrollo social, que merece una atención y materialización impostergable.

5. Ya en el ámbito normativo, vemos que, de una lectura conjunta de los artículos 43 (el gobierno peruano es unitario y descentralizado) y 188 (sobre el proceso de descentralización) de la Constitución, la forma del Estado peruano puede ser calificada, como también lo ha señalado el Tribunal Constitucional, de *Estado unitario y descentralizado*, o, dicho con otras palabras, de un Estado que se encuentra incursa en un *proceso de descentralización territorial*, el cual es una política permanente del Estado y cuyo objetivo fundamental es el desarrollo integral del país.

6. Ahora bien, nuestra forma de Estado *unitario y descentralizado* implica entender que, a despecho de estas importantes cuotas de descentralización, en el Perú la interpretación a aplicar parte de los parámetros propios de un Estado unitario, tal como pasaré a explicar. Al respecto, y en primer lugar, respecto a la noción de Estado unitario, se trata de aquella forma estatal que cuenta con un centro de gobierno único o principal, desde el cual se toman las decisiones más importantes dentro de un Estado. En este, eventualmente, buscándose tal vez una mejor distribución de competencias, alguna cuota de democratización del ejercicio del poder estatal o quizá el apuntalamiento de modelos de desarrollo alternativo en alguna comunidad en especial, puede ocurrir que se concedan o

transfieran determinadas de competencias a entes descentralizados, con ciertas, aunque usualmente acotadas, cuotas de autonomía.

7. La desconcentración, por su parte, fue descrita por Hauriou en su momento como una técnica administrativa, la cual es sin duda diferente de la descentralización. Y es que si bien la desconcentración tiene en común con la descentralización que en ambas existe una tendencia centrífuga, que aproxima la Administración al administrado, sin embargo, la desconcentración se encuentra tan solo limitada a delegar ciertas competencias administrativas, en lo que se constituye antes bien una "técnica de autoridad" y no una "técnica de libertad"[1]. De este modo, la desconcentración mantiene el centralismo, y si bien no supone que toda la actividad pública se realice en el centro político estatal, únicamente otorga potestades administrativas y, en algunos casos testimoniales, a los niveles subnacionales de gobierno. De esta manera, en un *Estado unitario con desconcentración* no se transfieren competencias ni recursos, pues las dinámicasde reparto y transferencia de competencias, con vocación permanente además, es patrimonio de los procesos de descentralización.

8. Ya respecto a la *descentralización territorial*, que caracteriza a nuestro *Estado unitario y descentralizado*, antes que ser una técnica administrativa para trasladar los beneficios del centro político hacia las poblaciones periféricas expectantes, es principalmente una forma de distribución el poder del Estado dentro del territorio. Más específicamente, la descentralización territorial implica la transferencia (y no solo la delegación) de competencias, que pasan del tradicional centro político a las entidades subnacionales (gobiernos regionales y locales en el caso peruano). Así considerado, las regiones y los municipios se erigen como ejes propios de desarrollo, y cuentan con plena autonomía y con espacios propios de participación y de decisión política.

9. En este sentido, el actual artículo 188 de nuestra Constitución es muy claro cuando señala que "la descentralización es una forma de organización democrática y constituye una política permanente de Estado, de carácter obligatorio que tiene como objetivo fundamental el desarrollo integral del país. El proceso de descentralización se realiza por etapas, en forma progresiva y ordenada conforme a criterios que permitan una adecuada asignación de competencias y transferencia de recursos del gobierno nacional hacia los gobiernos regionales y locales".

---

1 HAURIOU, André. *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*. Segunda edición, Ariel, Barcelona, 1980, p. 185.

10. En este orden de ideas, el desarrollo integral del país –objetivo constitucionalmente consagrado– implica que cada espacio subnacional cuente con las garantías suficientes para plantear sus propias líneas de desarrollo. Con ese propósito, cabe recordar que este Tribunal ha señalado que "(...) nuestra Constitución no sólo ha conferido a los gobiernos descentralizados (regional y local) autonomía administrativa, sino también económica, y, lo que es más importante, autonomía política. Esta última se traduce, de un lado, en la elección de sus órganos por sufragio directo (artículo 191 de la Constitución), y, de otro, en la capacidad de dictar normas con rango de ley (artículos 192.6 y 200.4 de la Constitución)" (STC Exp. n.° 00020-2005-PI, f. j. 38; STC Exp. n.° 00034-2009-PI, f. j. 7).

11. Así considerado, los gobiernos regionales y locales deben contar con condiciones que les permitan decidir y generar su propio desarrollo, tanto a partir de las políticas que adopten de manera autónoma, como también de las relaciones que entablen con el centro y también entre ellas. La descentralización territorial, entonces, queda vinculada a la posibilidad de que cada localidad pueda gozar de autonomía, así como de generar sus propias dinámicas de desarrollo de acuerdo a sus propias decisiones, en un marco de subsidiariedad.

12. Ahora, lo que he anotado hasta el momento sobre nuestra forma de Estado y sobre el proceso de descentralización debe tenerse en cuenta al momento de enfrentar conflictos competenciales como el presente. De manera más específica, en lo que se refiere al llamado "test de competencia", por ejemplo, al cual suele hacer referencia el Tribunal Constitucional para resolver este tipo de controversias, debemos indicar que este no puede entenderse como un test que arrojará, indubitablemente, una respuesta correcta para cada caso. Por el contrario, el uso de criterios como los de *unidad*, *cooperación y lealtad* (nacional y regional), o *taxatividad y cláusula de residualidad*, deberán ser entendidos y aplicados siempre respetando nuestra forma de Estado *unitario y descentralizado*. Dicho con otros términos: y es que si bien el nuestro es un Estado unitario (por lo cual opera a favor del gobierno nacional la cláusula de residualidad de las competencias), está inmerso en un proceso de descentralización en el cual existen verdaderas autonomías (que en ningún caso deben ser minimizadas o soslayadas).

13. Así considerado, las respuestas que brinde el Tribunal Constitucional a estas cuestiones no pueden partir de asumir que el gobierno nacional detenta, prima facie, algo así como una jerarquía superior frente a los demás niveles de gobierno, y que ello se traduzca, por ejemplo, en la primacía de las decisiones del gobierno central, al margen o en perjuicio de las competencias constitucionales y legales establecidas para los diversos niveles de gobierno; o que debe

entenderse que es mayor la lealtad constitucional en dirección hacia el gobierno nacional, que hacia los gobiernos regionales o locales; o, finalmente, que todas las decisiones importantes para nuestra comunidad deben ser de competencia del gobierno nacional.

14. Por el contrario, debe tenerse en cuenta que lo que manda en las relaciones entre los diversos niveles de gobierno territorial más bien son las competencias establecidas (expresas, aunque a veces tácitas o implícitas), la residualidad en los supuestos en los que las competencias que no hayan sido reguladas, así como el deber de colaboración y lealtad mutua entre diversos los gobiernos, siempre, claro está, respetando el parámetro de última ratio para la decisión de conflictos propia de un Estado unitario, independientemente de eventuales matices de descentralización territorial.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

EXP. N° 00012-2017-PI/TC
Caso de la Ordenanza Regional de Cajamarca sobre reconocimiento de pueblos originarios e indígenas

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI EN EL QUE OPINA QUE CORRESPONDE DECLARAR INFUNDADA LA DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD INTERPUESTA CONTRA LA ORDENANZA REGIONAL 10-2016-GR.CAJ-CR POR HABER SIDO EMITIDA POR EL GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA EN EJERCICIO DE SUS COMPETENCIAS CONSTITUCIONALES

424 En la sentencia de mayoría se declara fundada en parte la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra los artículos 1, 2, 3 y 4 de la Ordenanza Regional 10-2016-GR.CAJ-CR, Ordenanza Regional sobre reconocimiento de pueblos originarios e indígenas y, como consecuencia de tal decisión, inconstitucional la referida Ordenanza Regional.

Con el respeto que me merecen mis distinguidos colegas Magistrados firmantes de la sentencia de mayoría, mediante el presente voto singular expreso mi radical disentimiento con la posición que subsume dicha sentencia, por cuanto:

- Trasunta una visión centralista del país, ajena a la lógica y filosofía del Legislador Constituyente Peruano, que ha optado por la descentralización como principal instrumento de su desarrollo integral y armónico, a través básicamente de los gobiernos regionales y locales, a los que ha otorgado autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia.
- Minimiza y desconoce tanto la descentralización, en cuanto proceso de desarrollo integral y armónico del país, como el rol constitucional de los gobiernos regionales y locales y sus competencias constitucionales, los cuales son instrumentos básicos de tal proceso.
- Contempla una visión limitativa y restringida de la autonomía regional, a pesar que se trata de una autonomía política, económica y administrativa; y no una

visión amplia que haga posible una interpretación coherente y armónica con lo que podría denominarse el sistema constitucional de distribución de competencias, el cual implica una nueva concepción, dentro de la cual se incrementan las competencias y atribuciones de las regiones, así como se disminuyen y limitan las de otros entes estatales de alcance nacional.

La fundamentación detallada del presente voto singular se efectuará de acuerdo al siguiente esquema:

1. El carácter descentralizado del gobierno peruano y el rol de las regiones en el proceso de descentralización del país.
2. La descentralización como proceso de desarrollo integral y armónico del país.
3. Los gobiernos locales y regionales como principales instrumentos de la descentralización del país. La autonomía regional y el rango de ley de las Ordenanzas Regionales.
4. La garantía institucional y el bloque de constitucionalidad regional en materia de reconocimiento de pueblos originarios e indígenas.
5. El resumen de los fundamentos de mi posición.
6. El sentido de mi voto.

A continuación, desarrollo dicho esquema, siguiendo la misma numeración temática:

1. El carácter descentralizado del gobierno peruano y el rol de las regiones en el proceso de descentralización del país.

Como ya lo tengo manifestado en oportunidades anteriores[2], el artículo 43º de la Constitución de 1993, reproduciendo el numeral 79º de la Carta de 1979, establece que el Perú es una república democrática, social, independiente y soberana, que conforma un Estado único e indivisible, cuyo gobierno es unitario, representativo y *descentralizado*, el cual se organiza en base a la separación de poderes.

Esta tipificación de la forma del Estado Peruano y, especialmente de su forma de gobierno, en cuanto a su carácter descentralizado, a la vez que unitario y represen-

2 Véase, entre otros, mis comentarios contenidos en el libro colectivo "El rango de ley de las ordenanzas municipales en la Constitución de 1993 (colisión normativa entre ley del Congreso y ordenanza municipal)", editado por la Municipalidad Metropolitana de Lima. Stampa Gráfica. Lima. 1997, pp. 2 – 63.

tativo, no se encuentra en ninguna de las diez constituciones anteriores a la de 1979 que rigieron en el Perú. En efecto, en lo que atañe a la forma del Estado Peruano, las Constituciones de 1823, 1826, 1828, 1834, 1839, 1856, 1860, 1867 y 1920 no consignaron expresamente un solo artículo en sus textos que hiciera referencia expresa a aquella; mientras que la Constitución de 1933 si recogió en su articulado normas referentes a la forma del Estado Peruano. Así, sus artículos 1º y 2º caracterizaban al Perú como una república democrática y soberana, cuyo Estado era uno e indivisible. En lo que respecta a la forma del gobierno peruano y contrariamente al tratamiento brindado a la forma del Estado, las Constituciones de 1823, 1826, 1828, 1834, 1839, 1856, 1860, 1867 y 1920 si consignaron artículos que la describían con la única excepción de la Constitución de 1933, que guardó un marcado silencio sobre el tema. Ciertamente, las de 1823 (artículo 27º) y de 1826 (artículo 7º) establecieron que era popular y representativo; las de 1828 (artículo 7º) y de 1834 (artículo 7º) le agregaron el carácter de consolidado en la unidad nacional; la de 1839 (artículo 12º) le sumó las características de responsable y alternativo; la de 1856 (artículo 41º) lo describió como democrático, representativo y basado en la unidad; y las de 1860 (artículo 42º), de 1867 (artículo 43º) y de 1920 (artículo 68º) lo tipificaron además como republicano.

Tal constatación significa sin lugar a dudas que, a nivel de normativa constitucional, a partir de la Constitución de 1979 y sin perjuicio de los intentos efectuados en el pasado, se introdujo un cambio inédito y de enorme trascendencia respecto a la tipificación del gobierno peruano, al introducir en la misma su carácter de *descentralizado*, el cual la Carta Constitucional de 1993 ha mantenido en su precitado artículo 43º, que fuera aprobado con el 79% de votos a favor de los señores miembros del Congreso Constituyente Democrático, como lo enfatiza el doctor Carlos Torres y Torres Lara, ex - Presidente de su Comisión de Constitución.[3]

No es del caso detenerse en este punto en la explicación de las razones históricas, sociales y políticas, entre muchas otras, que tuvo el Legislador Constituyente Peruano para adoptar una decisión de tan tremenda envergadura, pero es evidente que se trató de un cambio sustancial en la forma del gobierno, que apostaba por un modelo que, sin perder sus características de unidad y de representatividad, conllevara un ejercicio del poder realmente descentralizado, que permitiera emprender la tarea de un desarrollo integral, armónico y uniforme del país, acabando con el ancestral centralismo, causante, en gran medida, de los males nacionales.

3 TORRES Y TORRES LARA, Carlos. "La Nueva Constitución del Perú 1993: Antecedentes, Fundamentos e Historia Documentada." Desarrollo y Paz. Lima. 1993, p. 466.

2. La descentralización como proceso de desarrollo integral y armónico del país.

En esta línea, en orden a la implementación del diseño de gobierno unitario, representativo y *descentralizado* concebido por el Legislador Constituyente Peruano, la Constitución de 1993 ha dado importantes avances que es necesario resaltar, a los efectos del presente voto singular.

Ciertamente, en primer término, ha establecido que la *descentralización es un proceso*, que tiene como objetivo fundamental el desarrollo integral del país. Vale decir, un proceso que permita que en todo el territorio nacional se den los elementos que posibiliten a los peruanos un nivel de vida acorde con su condición de seres humanos, dentro de la inspiración humanista ratificada por la Constitución vigente, que entiende que la persona es el fin supremo de la sociedad y del Estado, por lo que de lo que se trata es que en cada lugar de la República exista acceso a la educación, a la cultura, a la salud, al comercio, a la industria, al esparcimiento y, en general, a todos los elementos que trae consigo la modernidad en procura del bienestar y de la realización del hombre.

En segundo lugar, ha establecido que dicho proceso implica *el ejercicio del gobierno de manera descentralizada y desconcentrada*. Esto es, que para el desarrollo integral del país, sin romper el concepto unitario del gobierno peruano, deben reconocerse órganos de gobierno distintos a los que integran la estructura del gobierno central, con poder suficiente para enfrentar en forma autónoma la problemática de cada localidad. Ello, sin perjuicio de la desconcentración, que consiste en la delegación de funciones, atribuciones y decisiones desde el gobierno central (nivel de autoridad superior) hacia niveles de autoridades subordinadas, de menor jerarquía funcional o territorial, dentro del ámbito de la misma persona jurídica, para el mejor cumplimiento de sus fines nacionales. En tal sentido, en la concepción del Legislador Constituyente, la delegación del ejercicio del poder para lograr la ansiada descentralización del país corre por vías paralelas: por la vía de la descentralización propiamente dicha y por la vía de la desconcentración.

En tercer orden, ha establecido que el referido proceso *se da básicamente a través y a partir de los gobiernos regionales y locales*, a los cuales considera *instrumentos de la descentralización del país*. En este punto, es importante resaltar el papel que se asigna a los gobiernos regionales y las municipalidades como órganos del gobierno regional y local, a los que no solamente se concibe como entidades encargadas de enfrentar y atender los requerimientos que se presentan en sus respectivas jurisdicciones, en lo que atañe a las necesidades locales, sino también y, principalmente, como medios de materializar la descentralización del gobierno, en tanto entidades que representan a

los vecinos de su respectiva circunscripción territorial, quienes, a través del sufragio directo, eligen a sus autoridades y, por medio de los mecanismos de democracia directa, participan en las tareas de su respectivo gobierno regional y local.

En cuarto lugar, ha establecido que los gobiernos regionales y las municipalidades, para cumplir su papel de ser instrumentos y expresión de la descentralización, tengan *plena autonomía política, económica y administrativa, en los asuntos de su competencia*.

En quinto orden, ha establecido, en armonía con la referida autonomía política, económica y administrativa, que *los gobiernos regionales y las municipalidades mediante sus respectivos Concejos Municipales y Consejos Regionales (equivalentes al Poder Legislativo en el nivel local, en los asuntos de su competencia) tienen la facultad de dictar normas con rango de ley, denominadas Ordenanzas Municipales y Ordenanzas Regionales, respectivamente*.

Estos significativos avances están consagrados en los artículos 188º, 189º, 190º, 191º y 200º, inciso 4), de la Constitución de 1993, que establecen literalmente que "La descentralización es un proceso permanente que tiene como objetivo el desarrollo integral del país.", que "El territorio de la República se divide en regiones, departamentos, provincias y distritos, en cuyas circunscripciones se ejerce el gobierno unitario de manera descentralizada y desconcentrada.", que "Los gobiernos regionales tienen autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia. Coordinan con las municipalidades sin interferir sus funciones y atribuciones.". Y que, al referirse al proceso de inconstitucionalidad, este "…procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general (conocidas como ordenanzas regionales) y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo.", respectivamente.

3. Los gobiernos locales y regionales como principales instrumentos de la descentralización del país. La autonomía regional y el rango de ley de las Ordenanzas Regionales.

Queda claro de lo expuesto hasta esta parte, la gran importancia que atribuye el Legislador Constituyente Peruano a la descentralización, tanto como una de las principales características del gobierno peruano cuanto como proceso necesario e imprescindible para el desarrollo integral del país; y, dentro de este contexto, a los gobiernos regionales y las municipalidades como instrumentos de la descentralización, a los cuales ha dotado de autonomía normativa con rango de ley, en los asuntos de su competencia, por lo que corresponde a continuación detenerse brevemente en el tema relacionado con la autonomía regional y, dentro de este, en el de la facultad normativa del Consejo Regional y en el del rango de ley de las Ordenanzas Regionales.

Siguiendo al constitucionalista español Francisco Fernández Segado[4], puede afirmarse que el concepto de autonomía es de muy dificultosa precisión, si es que éste no se analiza dentro de el aquí y el ahora de cada momento histórico, así como de la cobertura constitucional existente en tal momento histórico. En este orden, el citado autor sostiene, siguiendo al profesor Santiago Muñoz Machado que "… el concepto de autonomía es difícil de precisar si no se enmarca en coordinadas concretas de tiempo y lugar y se atiende al contexto normativo en que se emplea porque, ciertamente, es polisémico, relativo, históricamente variable y comprendido en forma diferente en los diversos lugares en que se utiliza."[5]

Sin embargo, no obstante este carácter inicial del concepto de autonomía "si se tiene en cuenta la normativa constitucional peruana, así como los ingredientes que el Legislador Constituyente incorpora dentro de la autonomía asignada a las Municipalidades (aplicable también a la autonomía de los gobiernos regionales), resulta patente su voluntad de conformar la autonomía como un principio general de organización territorial del gobierno peruano y, a la par, como el derecho de la comunidad local a participar mediante sus propios órganos en el gobiernos y la administración de cuantos asuntos le atañen", al punto que, como bien apunta el mismo Fernández Segado, siguiendo la más actualizada doctrina que busca la redefinición de la autonomía local basada en el interés respectivo como base del principio de autonomía y, en particular a Alfonso Luciano Parejo, el verdadero objeto de la autonomía local "…*radica en el derecho al autogobierno, que significa el derecho a la atribución de potestades (sin precisar cuáles deban ser éstas) en todos aquellos supuestos en que se vean comprometidas o afectadas necesidades de la comunidad local".*[6]

En este orden de ideas, la autonomía debe ser entendida en su más amplio sentido como la capacidad "… *para ejecutar y cumplir todas las tareas de la Administración estatal con propia responsabilidad, y esto sin importar la posible trascendencia supralocal de estas tareas, pues lo que determinaría la capacidad sería la afectación a los intereses de los ciudadanos"*[7]. No cabe por consiguiente, una visión limitativa y restringida de la autonomía tanto local como regional, máxime cuando a esta se asignan caracteres políticos, económicos y administrativos, sino por el contrario una visión amplia que, en

4 FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. "La Autonomía Municipal en la Constitución Española de 1978". Citado por BLUME FORTINI, Ernesto, en el libro "El Rango de Ley de las Ordenanzas Municipales en la Constitución de 1993 (colisión normativa entre ley del Congreso y ordenanza municipal)", editado por la Municipalidad Metropolitana de Lima. Stampa Gráfica. Lima. 1997, p. 3.

5 Loc. Cit.

6 Loc. Cit.

7 Loc. Cit.

el fondo encierra, una redefinición de la autonomía local y regional, que haga posible una interpretación coherente y armónica con lo que podría denominarse el sistema constitucional de distribución de competencias, el cual rompe los esquemas tradicionales e implica una nueva concepción, dentro de la cual, en la medida del nuevo rol de los gobiernos regionales se incrementan las competencias y atribuciones de estos, así como se disminuyen y limitan las de otros entes estatales que antes (en el esquema centralista) las detentaba. Por ello, en opinión del constitucionalista español antes citado, la afirmación de la autonomía "… *ha de ser entendida como un derecho de la comunidad local a participar a través de órganos propios en el gobierno y administración de cuantos asuntos le atañen*".[8]

Con relación a este último aspecto, la intensidad de la participación de la municipalidad o el gobierno regional, en el ejercicio del gobierno, depende de la relación que se pueda dar entre los intereses locales y los supralocales, en el contexto, como es obvio, de la atención a los problemas emergentes de la realidad local; ya que, por su propia naturaleza, el gobierno local y también regional ejerce poder únicamente sobre su respectiva circunscripción territorial.

Recalco que, a la luz de la normativa constitucional vigente, contenida puntualmente en los artículos 43º, 188º, 189º, 190º, 191º, 192º, 193º, 194º, 195º, 196º y 200º, inciso 4, de la Constitución de 1993, el Legislador Constituyente Peruano ha concebido al Gobierno Regional como órgano con autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia, encargado de aprobar el plan de desarrollo regional, así como de promover el desarrollo socioeconómico regional y dictar las normas inherentes a la gestión regional, entre otras funciones, que es, junto con la municipalidad, instrumento básico de la descentralización del país, en el marco de un modelo que maximiza, revalúa y repotencia al gobierno regional, al cual para el cabal ejercicio de sus responsabilidades le ha dado funciones normativas, por intermedio de sus Consejos Regionales, dictando ordenanzas, que son leyes regionales, de igual rango que las leyes ordinarias que dicta el Congreso de la República.

Sobre la función normativa debe hacerse hincapié que la autonomía política comprende la autorregulación; razón que llevó a consagrar expresamente en el artículo 191º de la Carta Fundamental de 1993 que el Concejo Regional (que es una suerte de parlamento regional integrado por el Gobernador Regional y los consejeros regionales) tiene la facultad de legislar o normar en materia regional y, adicionalmente, de fiscalizar al Gobernador Regional (que es el órgano ejecutivo regional). Nótese en este punto que el Legislador Constituyente crea al legislador regional o parlamentario re-

8 Loc. Cit.

gional, a quien se le denomina consejero regional; y que se trata de un legislador para quien se reservan áreas sobre las que deberá ejercer su función normativa: los asuntos de competencia regional. Nótese, igualmente, que tal decisión se cimienta también en la teoría de la reserva constitucional o reserva legal, en cuya virtud la normación en el ámbito competencial regional queda reservada al legislador regional.

A contramano, tal reserva conlleva que el legislador ordinario (que dicta las leyes propiamente dichas: el Poder Legislativo, a través del Congreso de la República), el legislador delegado (que dicta decretos legislativos por delegación del Congreso: el Poder Ejecutivo) y el legislador infralegal (que dicta normas de inferior jerarquía que las leyes: el Poder Ejecutivo, entre otros), han quedado privados de normar en materias propias de las Regiones, ya que esa tarea ha sido entregada al legislador regional, en concordancia con la autonomía política que tienen los gobiernos regionales.

Como está dicho, la función legislativa o normativa regional la realiza el legislador regional vía Ordenanzas Regionales, que son en puridad leyes regionales; dispositivos o normas jurídicas (en el más estricto sentido) que regulan el ámbito competencial regional y, en general, atienden a la necesidad normativa que presenta la problemática regional. Empero, también en concordancia con la autonomía política, que, como quedó enfatizado, conlleva a la autonormación o autorregulación, el Legislador Constituyente Peruano le ha dado a la Ordenanza Regional el rango de ley, al establecer en el artículo 200º, inciso 4), de la Constitución, al referirse a las normas impugnables por causal de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, que tienen rango de ley, al igual que las leyes propiamente dichas, los decretos legislativos, los decretos de urgencia, los tratados, los reglamentos del Congreso y las Ordenanzas Municipales.

El rango significa "…índole, clase, categoría, calidad…"[9]. Por lo tanto, el rango de ley significa índole, clase, categoría y calidad de ley. En tal sentido, si por disposición constitucional la Ordenanza Regional tiene rango de ley, consecuentemente tiene índole, clase, categoría y calidad de ley; raciocinio que permite arribar a la conclusión que la Ley del Congreso y la Ordenanza Regional (norma regional de carácter general según la Constitución) tienen igual índole, clase, categoría y calidad, diferenciándose únicamente en la materia normativa que corresponde a cada una.

9 CABANELLAS, Guillermo. "Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual." Editorial Helíasta S.R.L., 1989, Tomo VII, p. 10

4. La garantía institucional y el bloque de constitucionalidad regional en materia de reconocimiento de pueblos originarios e indígenas.

A esta altura del análisis interesa detenerse en el principio de la garantía institucional que promoviera el constitucionalista Carl Schmitt, a raíz de sus reflexiones en torno a la Constitución de Weimar del 11 de agosto de 1919, cuando señaló que habría que establecer la distinción entre, de una parte, "derechos fundamentales" y, de otra parte, "garantías institucionales", en la idea que el Legislador Constituyente brindara lo que podría denominarse una protección especial a "… *instituciones que no convenía que fueran entregadas a las posibles veleidades del legislador ordinario".*[10]

Ciertamente, el *principio de la garantía institucional* resguarda que el legislador ordinario (que expresa y ejerce el poder constituido), en su tarea normativa no desnaturalice, limite, desconozca o anule aquellas instituciones creadas por el Legislador Constituyente (que expresa y ejerce el poder constituyente, que es el poder originario), al cual debe estar supeditado y subordinado. En buena cuenta, se trata de garantizar que al realizarse la tarea de reglamentación o de implementación normativa de la Constitución no se la contradiga, desnaturalice o desborde, sino, por el contrario quede garantizada una protección especial a ciertas instituciones, para que la normación constitucional impida su supresión en la vía legislativa ordinaria.

En otras palabras, a partir de las reflexiones de Carl Schmitt que, como está dicho apuntaban a la concesión de una protección constitucional especial a las instituciones de rango constitucional, protegiéndolas en su esencia (en su núcleo básico) frente a los peligros que podría significar una normativa infraconstitucional que las desnaturalizara, se fueron introduciendo en las Constituciones ulteriores a la segunda guerra mundial una serie de mecanismos tendientes a hacer efectiva la garantía institucional y recogiendo a nivel doctrinario dicho principio, el cual ha sido fortalecido y complementado por la jurisprudencia constitucional. Con relación a esto último, resulta ilustrativo hacer referencia a la sentencia del Tribunal Constitucional Español 32/1981, del 28 de julio de 1981, que pese a que admite que las Constituciones pueden omitir consagrar una regulación orgánica de las instituciones de rango constitucional, el hecho de su propio reconocimiento y plasmación en el texto constitucional asegura su existencia "…*a las que se considera como componentes esenciales y cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales, estableciendo en ellas un núcleo o reducto indispensable por el legislador. Las instituciones garantizadas son elementos arquitecturales indispensables del orden constitucional y las normaciones que*

10 FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. "El Sistema Constitucional Español." Dykinson, 1992, p. 1019.

las protegen son, sin duda, normaciones organizativas, pero a diferencia de lo que sucede con las instituciones supremas del Estado, cuya regulación orgánica se hace en el propio texto constitucional, en éstas la configuración institucional concreta se defiere al Legislador Ordinario, al que no se fija mas límite que el del reducto indisponible o núcleo esencial de la institución que la Constitución garantiza".[11]

Se trata de instituciones básicas, cuya normación o regulación corresponde al legislador ordinario, pero dentro del límite de la indisponibilidad del núcleo o reducto esencial consagrado en la Constitución, por lo que la garantía institucional es desconocida "…*cuando la institución es limitada, de tal modo que se la priva prácticamente de sus posibilidades de existencia real como institución para convertirse en un simple nombre".*[12]

La garantía institucional conlleva una limitación en la facultad normativa del legislador ordinario, quien debe circunscribir su accionar a la aprobación de la correspondiente ley de desarrollo constitucional (ley orgánica), para, como está dicho, complementar, fortalecer e implementar el modelo, en el marco del núcleo o reducto indisponible. En el caso peruano, de conformidad con el artículo 190º de la Constitución de 1993 el Congreso de la República dicta la correspondiente Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, que no es otra cosa que la ley de desarrollo constitucional de la institución denominada Gobierno Regional, la cual debe complementar, fortalecer e implementar el modelo. Esto es, un Gobierno Regional con plena autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia, con facultad de dictar normas con rango de ley para la regulación de tales asuntos, que es instrumento básico del proceso de descentralización del país, que constituye la expresión del ejercicio descentralizado del poder y que refleja el carácter descentralizado del gobierno peruano.

En tal sentido, *el principio de la garantía institucional* persigue precisamente garantizar que la creación del Legislador Constituyente Peruano denominado Gobierno Regional, sea desarrollado adecuadamente por el legislador ordinario en el plano normativo infraconstitucional, a fin de dotarlo de todos los instrumentos normativos que permitan su cabal desarrollo y el pleno y eficiente cumplimiento de sus fines (esto es, fortalecerlo, complementarlo e implementarlo, normativamente hablando); pues resulta inconcebible, carente de toda lógica elemental y, además, totalmente inconstitucional, que quien ejerce el poder constituido dicte normas para debilitar, maniatar y disminuir la creación del Legislador Constituyente. Es decir, insólitamente, convertir a esa creación denominada Gobierno Regional, que el Legislador Constituyente

11 Ibíd. p. 1021.
12 Ibíd. p. 1022.

concibe como un órgano capaz de vencer con éxito las vallas y obstáculos que se le presenten, para cumplir con sus objetivos, en un ente tullido. En un órgano constitucional minusválido.

De otro lado, de acuerdo a la doctrina del Derecho Constitucional contemporáneo, la normativa que regula un determinado órgano, ente, entidad o institución del Estado de rango constitucional, conformada por el conjunto de normas contenidas en la propia Constitución que lo crean, establecen sus características básicas y determinan sus principales competencias, y la respectiva normativa infraconstitucional de primer rango que contiene su regulación complementaria, conformada por el conjunto de normas contenidas en su correspondiente ley de desarrollo constitucional y en las leyes que complementan a esta última, que desarrollan con más detalle sus características y competencias, así como otros aspectos atinentes a su adecuado funcionamiento constituyen el *bloque de constitucionalidad*.

Esto es, un conjunto normativo conformado por los preceptos contenidos en la misma Constitución y los preceptos contenidos en la ley de desarrollo constitucional y sus complementarias, dictados dentro del marco constitucional, que determinan las características, competencias y atribuciones de un determinado órgano constitucional; conjunto normativo que es considerado como un todo o bloque (por ello su denominación), a los efectos del análisis de constitucionalidad. En tal sentido, el bloque de constitucionalidad es una unidad, que comprende la sumatoria de ambas normativas (la constitucional y la infraconstitucional de primer rango), la cual será comparada con la norma cuestionada para determinar su constitucionalidad o su inconstitucionalidad, entendiendo por constitucionalidad de una norma jurídica aquel "…vínculo de armonía y concordancia plena entre la Constitución y las demás normas del sistema jurídico que aquella diseña; tanto en cuanto al fondo como a la forma."[13], o aquella suerte de "…cordón umbilical que conecta o une los postulados constitucionales con sus respectivos correlatos normativos, en sus respectivos niveles de especificidad; siendo consustancial al proceso de implementación constitucional e imprescindible para la compatibilidad y coherencia del sistema jurídico."[14]

En el Perú se ha recogido la figura del bloque de constitucionalidad en el Código Procesal Constitucional, aprobado por Ley Nº 28237, al establecer en su artículo 79º (ubicado dentro del Título VI referido a las disposiciones generales de los procesos de acción popular y de inconstitucionalidad), que el Tribunal Constitucional para

13 BLUME FORTINI, Ernesto. "El Control de la Constitucionalidad (Con especial referencia a Colombia y al Perú). Ersa. Lima. 1996, p. 23.

14 Loc. Cit.

apreciar la validez constitucional de las normas "…considerará, además de las normas constitucionales, las leyes que, dentro del marco constitucional, se hayan dictado para determinar la competencia o las atribuciones de los órganos del Estado o el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona.".

Ahora bien, en lo que atañe específicamente a los órganos, entes, entidades o instituciones del Estado Peruano de rango constitucional, consagrados en la Constitución de 1993, el *bloque de constitucionalidad* está conformado únicamente por los preceptos constitucionales que los crean y regulan y por los preceptos infraconstitucionales contenidos en su correspondiente ley de desarrollo constitucional, denominada por el Legislador Constituyente Peruano ley orgánica, por cuanto su artículo 106º establece en sus partes pertinentes que mediante "…leyes orgánicas se regulan la estructura y el funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución…", y que para "…su aprobación o modificación, se requiere el voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso.".

En el caso concreto de los Gobiernos Regionales, estamos ante órganos de rango constitucional, ya que es la propia Constitución la que las crea, establece sus principales características, su composición básica, las facultades de sus órganos de gobierno, la forma de elección de sus máximas autoridades y sus competencias más importantes, entre otros aspectos, cuya implementación normativa debe darse en la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales. Por consiguiente, el bloque de constitucionalidad regional está integrado en el Perú por las normas sobre gobiernos regionales contenidas en la Constitución de 1993 y los preceptos de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales Nº 27867.

En cuanto al bloque de constitucionalidad regional en materia de reconocimiento de pueblos originarios e indígenas, interesa destacar las siguientes normas:

> "Las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas. Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior. El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas." (Artículo 89° de la Constitución).
>
> "La descentralización es una forma de organización democrática y constituye una política permanente de Estado, de carácter obligatorio, que tiene como objetivo fundamental el desarrollo integral del país. El proceso de descentralización se realiza por etapas, en forma progresiva y ordenada con-

> forme a criterios que permitan una adecuada asignación de competencias y transferencia de recursos del gobierno nacional hacia los gobiernos regionales y locales." (Artículo 188, primer párrafo, de la Constitución).
>
> "El territorio de la República está integrado por regiones, departamentos, provincias y distritos, en cuyas circunscripciones se constituye y organiza el gobierno a nivel nacional, regional y local, en los términos que establece la Constitución y la ley, preservando la unidad e integridad del Estado y de la Nación." (Artículo 189, primer párrafo).
>
> "Los gobiernos regionales tienen autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia…" (Articulo 191, primer párrafo, primera parte).
>
> "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." (Artículo 192 de la Constitución, primer párrafo).

Se deduce de las cláusulas anteriormente glosadas, que la finalidad descentralista como esquema dentro del que se estructura el Estado peruano, no es un simple desiderátum indicativo sino que representa sin duda alguna uno de los grandes objetivos de nuestro ordenamiento constitucional, el mismo que requiere ser concretizado de manera permanente y armónica.

Siendo las cosas del modo descrito, no es extraño que las normas integrantes de nuestro bloque de constitucionalidad se esfuercen en fortalecer dicha visión de manera tal que la misma pueda resultar verificable en la realidad. Es dentro de dicha lógica que encuentra acogida una norma como la contenida en el artículo 8, numeral 4, de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, de acuerdo con la cual:

> "El Gobierno Regional desarrolla políticas y acciones integrales de gobierno dirigidas a promover la inclusión económica, social, política y cultural, de jóvenes personas con discapacidad o grupos sociales tradicionalmente excluidos y marginados del Estado, principalmente ubicados en el ámbito rural y organizados en comunidades campesinas y nativas, nutriéndose de sus perspectivas y aportes. Estas acciones también buscan promover los derechos de grupos vulnerables, impidiendo la discriminación por razones de etnia, religión o género y toda otra forma de discriminación"

Del mismo modo, resulta de suma importancia el artículo 6, literal c), de la Ley de Bases de la Descentralización, norma concordante con la precitada Ley Orgánica de

Gobiernos Regionales, que lleva por rótulo "Objetivos", en la que, acorde con la Constitución, se establecen los objetivos de la descentralización. A saber:

> "Artículo 6. Objetivos
>
> La descentralización cumplirá, a lo largo de su desarrollo, con los siguientes objetivos:
>
> (…)
>
> OBJETIVOS A NIVEL SOCIAL
>
> (…)
>
> c) Incorporar la participación de las comunidades campesinas y nativas, reconociendo la interculturalidad, y superando toda clase de exclusión y discriminación."

Se observa que en armonía con el bloque de constitucionalidad regional, los gobiernos regionales tienen competencia para desarrollar acciones integrales de gobierno dirigidas a promover la inclusión económica, social, política y cultural, de grupos sociales tradicionalmente excluidos y marginados del Estado, como los organizados en comunidades campesinas y nativas, reconociendo la interculturalidad e incorporando la participación de estas comunidades para superar toda clase de exclusión.

Esto último es un objetivo de la descentralización, por lo que su materialización pasa primero por reconocer que en la circunscripción de los Gobiernos Regionales habitan pueblos originarios e indígenas y, en segundo orden, por reconocer la personería jurídica que el propio Legislador Constituyente le ha otorgado a estos pueblos o comunidades, promoviendo así su inclusión social, económica, política y cultural en la región.

5. El resumen de los fundamentos de mi posición.

A la luz de los fundamentos hasta aquí expuestos, si el Gobierno Regional de Cajamarca ha optado por reconocer que en la Región Cajamarca conviven diversos pueblos originarios e indígenas que preexisten a la formación del Estado y por reconocer la personería jurídica de la que están investidos, no es porque haya asumido funciones o competencias que no le corresponden, sino exactamente al revés: como parte de las obligaciones que inevitablemente le corresponden a partir de lo dispuesto en la Constitución y los precitados dispositivos de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales y la Ley de Bases de la Descentralización. No proceder con sujeción a ello o pretender desconocer una facultad como la descrita, sería vaciar de contenido la fórmula del Estado Constitucional Unitario Descentralizado.

Ahora bien, la participación del Tribunal Constitucional, como supremo órgano de control de la constitucionalidad, resulta sumamente importante en el estudio y en el análisis de las competencias constitucionalmente asignadas a las entidades de gobierno en todos sus niveles, en cuanto garante de la primacía normativa de la Constitución, tarea que conlleva garantizar la plena vigencia del Estado Constitucional Unitario Descentralizado al que todos aspiramos.

En el presente caso, se han sometido a juicio de constitucionalidad los artículos 1, 2, 3 y 4 de la Ordenanza Regional 010-2016-GR.CAJ.CR, emitida por el Consejo Regional de Cajamarca, por aparentemente colisionar la Constitución, alegándose una aparente indebida intervención en el ejercicio de competencias que son exclusivas del Poder Ejecutivo.

A este respecto, dejo constancia de mi radical oposición con la fórmula que utiliza la sentencia de mayoría para resolver casos como el presente, aplicando el llamado "principio de taxatividad" en virtud al cual "…en nuestro ordenamiento jurídico las competencias no asignadas a un ente estatal de forma expresa le corresponden al Poder Ejecutivo por defecto." (ver su fundamento 48); fórmula que colisiona frontalmente con el modelo de Estado Constitucional Unitario Descentralizado al que antes me he referido y que propugna de modo claro, expreso e indubitable nuestra Carta Constitucional, la que, vale recalcarlo, es expresión normativa de la voluntad del Legislador Constituyente.

Por tal motivo, el último párrafo del artículo 4° de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, que señala "Toda función, actividad, competencia, proyecto, empresa o activo que no hubiera sido asignado expresamente a otros niveles de gobierno corresponde al Poder Ejecutivo.", resulta totalmente inconstitucional, correspondiendo desaplicarla en ejercicio del control difuso.

Una fórmula que se condice con la descentralización es la que atiende al principio de subsidiariedad previsto en el artículo 4, literal f, de la ya aludida Ley de Bases de la Descentralización, que señala:

> "Las actividades de gobierno en sus distintos niveles alcanzan mayor eficiencia, efectividad y control de la población si se efectúan descentralizadamente. La subsidiariedad supone y exige que la asignación de competencias y funciones a cada nivel de gobierno, sea equilibrada y adecuada a la mejor prestación de los servicios del Estado a la comunidad."

En ese sentido, ante la falta de norma expresa que regule la competencia en determinado asunto, corresponde que la asuma el ente descentralizado que pueda realizar la

actividad de gobierno de modo más efectivo, directo y eficiente. En el presente caso, para el reconocimiento de pueblos originarios e indígenas dentro de determinada circunscripción territorial, es evidente que los Gobiernos Regionales se encuentran mejor posicionados para ejercer la competencia.

Por las razones expuestas, a mi juicio la Ordenanza Regional cuestionada no resulta inconstitucional por cuanto, por un lado, el gobierno regional emplazado, en el ejercicio de su autonomía política y de sus antes mencionadas competencias, ha decidido cumplir con un objetivo de la descentralización y, por otro, con la loable finalidad de generar la inclusión de los pueblos originarios e indígenas de su región, norma que de manera directa beneficia a la población que integra estos grupos y materializa una política descentralizadora e inclusiva dentro del ámbito de su jurisdicción.

6. El sentido de mi voto.

Por las razones precedentemente expuestas y explicadas, voto en contra de la sentencia de mayoría, que adopta una posición jurisprudencial notoriamente centralista, lesionando la competencia regional de la Región Cajamarca para reconocer los pueblos originarios e indígenas en su región. Ello, en mi concepto, lejos de ser coherente, compatible y armónico con la Constitución, se distancia de ella, pues se aparta de los postulados constitucionales que informan al proceso de descentralización en el Perú.

S.

BLUME FORTINI

EXP. N° 00012-2017-PI/TC
LIMA
PODER EJECUTIVO

VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

Pasarán decenas de años y seguirá siendo indiferente para el Gobierno nacional el RECONOCIMIENTO formal de los pueblos indígenas u originarios

Este caso no encierra un simple conflicto de competencias. Este es un caso en el que se decidía la suerte del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas u originarios en el Perú y el resultado ha sido un claro debilitamiento de tal derecho. Esto debido a que la mayoría del Tribunal Constitucional ha declarado que sólo el Poder Ejecutivo puede encargarse de "identificar" y "reconocer" a los pueblos indígenas u originarios que existen en el Perú.

En otras palabras, sólo el Poder Ejecutivo deberá reconocer, **una a una**, si en más de 6000 localidades (caserío, centro poblado, anexos, ampliaciones, comunidad campesina, comunidad nativa, entre otros) habita o no alguno de los 55 pueblos indígenas u originarios declarados hasta ahora en el Perú. Sin dicho reconocimiento formal del Poder Ejecutivo es difícil, sino casi inviable, que se realice la consulta previa en tales localidades.

Ciertamente se podría alegar que la consulta previa a una determinada localidad se puede desarrollar sin que ésta se encuentre en la denominada Base de Datos de los Pueblos Indígenas (BPDI) o incluso sin tal reconocimiento formal del Poder Ejecutivo; sin embargo, en la práctica estos pasos son trascendentales para iniciar efectivamente el proceso de consulta previa. Una localidad que cuente con el reconocimiento formal de que allí habita un pueblo indígena, evidentemente tendrá más posibilidades de exigir la realización de un proceso de consulta previa. ¿Cuántos reconocimientos de localidades en las que habitan pueblos indígenas ha realizado hasta la fecha el Poder Ejecutivo, con base en el Decreto Legislativo 1360? Respuesta: ninguno.

Por ello, considero que es inadmisible, desde todo punto de vista, que, en casi 200 años de vida republicana, existan aún peruanos y peruanas, integrantes de los pueblos indígenas (quechuas, aymaras o ashaninkas, entre otros), que no logran un efectivo reconocimiento e identificación formal por parte del Gobierno nacional y, como consecuencia de ello, ven afectado su derecho a la consulta previa, a la identidad étnica, a las tierras y al territorio, entre otros.

Aunque nuestra Constitución establece en su primer artículo que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado, es claro, de lo actuado en el presente caso, que, por el contrario, un Gobierno nacional centralista siempre funciona con un manifiesto desdén, indiferencia y casi siempre postergada protección de los derechos fundamentales de aquellas personas que integran los denominados pueblos indígenas u originarios.

No existe igual reconocimiento de derechos para todos en la sociedad peruana y menos para quienes integran los pueblos indígenas y originarios. En los tiempos actuales, en que las sociedades y sus sistemas jurídicos tienen mayor apertura para examinar y reconocer el pluralismo y la diversidad cultural, el Estado peruano va en sentido contrario, atribuyendo más poder al Gobierno nacional y quitando o "desmantelando" competencias de aquellos Gobiernos regionales y municipales que están en mejores condiciones de proteger, aunque sea en un primer nivel, los derechos de los pueblos indígenas y nativos que se encuentran en su circunscripción.

¿Por qué es importante el reconocimiento de los pueblos indígenas y nativos? Porque el reconocimiento posibilita a su vez la defensa de otros derechos (a la no discriminación e igualdad ante la ley, a la libre determinación, a la identidad e integridad cultural, a la propiedad de la tierra, el territorio y los recursos naturales, a la participación y a la consulta, al consentimiento, a sus propios sistemas de justicia, a la reparación, etc.)[15]. Es más, el reconocimiento tiene un nexo importante con la identidad. Como refiere Taylor: "nuestra identidad se moldea en parte por el reconocimiento o por la falta de éste; a menudo también, por el *falso* reconocimiento de otros, y así, un individuo o un grupo de personas puede sufrir un verdadero daño, una auténtica deformación si la gente o la sociedad que lo rodean le muestran como reflejo un cuadro limitativo, o degradante o despreciable de si mismo... el falso reconocimiento o la falta de reconocimiento puede causar daño, puede ser una forma de opresión que

15 DUE PROCESS OF LAW FUNDATION. Manual para defender los derechos de los pueblos indígenas. Washington, 2011.

aprisione a alguien en un modo de ser falso, deformado y reducido"[16]. Queda clara así la materialización de binomio reconocimiento-identidad.

Pero además, como sostiene la Organización Internacional del Trabajo (OIT), "el reconocimiento y la identificación de los pueblos indígenas tienen repercusiones en su visibilidad en las estadísticas nacionales y en los sistemas de información, como así también en la capacidad de los Estados para responder a sus necesidades y prioridades específicas y para monitorear el impacto de las intervenciones".[17]

En ese sentido, el Estado tiene la obligación de invertir mayores esfuerzos en posibilitar la protección de los derechos de los pueblos indígenas u originarios. Si el principio de igualdad exige tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, es justamente el caso de los pueblos indígenas y originarios, cuyos integrantes carecen del reconocimiento formal de sus derechos, el que requiere mayores decisiones estatales que se orienten a remover las históricas situaciones de desigualdad que aún continúan afrontando.

¿Cuáles serían esas decisiones estatales?, ¿cómo se podría lograr la visibilidad de los pueblos indígenas y nativos?, ¿cómo lograr su reconocimiento? En general, es cierto que la cuota nativa en diversos procesos electorales (municipales, regionales y nacionales) podría ayudar, aunque no siempre sea el mecanismo decisivo para lograr una representación política indígena sustantiva[18]. Paredes sostiene que "la condición de la organización social indígena de base parece ser más importante en este resultado" y que "la existencia de un significativo nivel de organización indígena garantiza una menor oportunidad de instrumentalizar a los candidatos indígenas en un contexto como el peruano, de baja institucionalización de los partidos"[19].

También se podría fomentar cuotas de empleo en entidades públicas o privadas para trabajadores que pertenezcan a pueblos indígenas, con especial énfasis en las regiones con mayor presencia de población indígena. Deberíamos contar con un relevante número de trabajadores estatales indígenas o origen indígena, sobre todo en las regiones antes mencionadas y en el Ministerio de Cultura. En el ámbito público sobre la justicia, en proporción a la población que protegen, se debería contar con mayores

16 TAYLOR, Charles. "La política del reconocimiento". En: *El multiculturalismo y la política del reconocimiento*. México, Fondo de Cultura Económica,1993, p.44.

17 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica: una guía sobre el Convenio 169 de la OIT*, Ginebra, 2009, p.10.

18 PAREDES, Maritza. *Representación política indígena. Un análisis comparativo subnacional.* Lima, Jurado Nacional de Elecciones, 2015, p.113.

19 Ibid.

operadores (servidores, defensores públicos, policías, fiscales y jueces) que dominen lenguas indígenas u originarias.

Otra medida podría ser la implementación de la figura del *juez ad hoc* en aquellos casos judiciales que versen sobre derechos de los pueblos indígenas y originarios. Dicho juez sería un miembro de alguna comunidad indígena o nativa y su función sería ilustrar al tribunal sobre el contexto, las costumbres y la cultura de la comunidad o las comunidades que se encuentran en conflicto o controversia, teniendo derecho a votar en dicho caso. Asimismo, considero que dicha figura del *juez ad hoc* debería ser incorporada en la normativa del Tribunal Constitucional, más aún si se trata del Órgano de Control de la Constitución.

Otro de esos mecanismos tendría que ser el reparto razonable de competencias entre los Gobiernos nacional, regional o municipal, en cuanto al reconocimiento de la existencia de los pueblos indígenas u originarios. Tales Gobiernos, apoyados por organizaciones indígenas representativas, son los que, en diferentes niveles, pueden articular mejor dicho reconocimiento. Se ha verificado la existencia de casos en los que algunas de las representaciones más activas han sido las del nivel regional. Así, la mencionada investigadora ha sostenido que "para el caso de Consulta Previa, son las organizaciones indígenas regionales las que tienen mayor protagonismo, articulan mejor la representación"[20].

Si miramos cómo ha venido actuando el Poder Ejecutivo en dicha labor de reconocimiento, sólo hace falta destacar que en la actualidad el Gobierno nacional no ha completado la Base de Datos de Pueblos Indígenas (BDPI) y no ha identificado si la referencial lista de miles de localidades y comunidades que aparecen en la BDPI corresponde o no a la lista de los 55 pueblos indígenas u originarios que habitan en aquellas. ¿Y así pretenden que esa competencia de reconocimiento sólo sea nacional? Si se espera que, **uno por uno**, el Gobierno nacional reconozca como pueblo indígena u originario a las más de 6000 localidades o comunidades existentes en el Perú, seguro que pasarán decenas de años, o quizás más. Esta actitud evidencia una clara afectación de los derechos fundamentales de tales pueblos indígenas u originarios, la obstaculización del derecho a la consulta previa y un manifiesto desinterés en el reconocimiento formal de tales pueblos. Se dirá que la consulta previa puede desarrollarse sin el reconocimiento, pero es evidente que el punto de partida de la consulta previa siempre será su reconocimiento formal.

20 Entrevista al diario El Comercio del 26 de noviembre de 2015. https://elcomercio.pe/luces/libros/representacion-politica-indigena-peru-246717

Creo que esto va en contra de una interpretación armonizante y equilibrada de las disposiciones constitucionales que se encuentran comprometidas en la tarea de reconocimiento de los pueblos indígenas y nativos. En efecto, si bien el legislador nacional tiene la competencia para determinar al órgano que debe encargarse de la identificación y el reconocimiento de los pueblos indígenas u originarios, esta competencia debe ser delimitada tomando en cuenta otros bienes constitucionales que resultan relevantes. Uno de ellos es precisamente la "efectiva" protección de los derechos de los pueblos indígenas u originarios. Definitivamente será más efectivo para los mencionados pueblos que un primer nivel de dicha identificación y reconocimiento lo realicen los Gobiernos regionales y un último nivel lo sea el Gobierno nacional, pero de ninguna forma que sea únicamente el Gobierno nacional el competente para ello.

Por lo expuesto, estimo que en el presente caso debe declararse **INFUNDADA** la demanda presentada contra la Ordenanza Regional 010-2016-GR.CAJ-CR del Gobierno Regional de Cajamarca e interpretarse que el "reconocimiento" y "determinación" que ésta pretende constituye un primer nivel de reconocimiento, quedando el Ministerio de Cultura como órgano final que define tales competencias.

Seguidamente expondré mis argumentos respecto de los siguientes apartados: i) la justificación, al momento de expedirse la Ordenanza Regional 010-2016-GR.CAJ-CR, sobre la existencia de una competencia compartida entre el Gobierno nacional y los Gobiernos regionales en cuanto al reconocimiento de los pueblos indígenas u originarios; ii) la insuficiente e ineficaz labor de reconocimiento de los pueblos indígenas u originarios por parte del Poder Ejecutivo; y iii) la nula actividad del Poder Ejecutivo, generadora de un estado de cosas inconstitucional, en cuanto al reconocimiento efectivo de las localidades y comunidades en las que habitan los pueblos indígenas u originarios.

I. La competencia compartida entre el Gobierno nacional y los Gobiernos regionales en materia de reconocimiento de los pueblos indígenas u originarios

1. La Ordenanza Regional Ordenanza Regional 010-2016-GR.CAJ-CR, expedida por el Gobierno Regional de Cajamarca, fue publicada en el diario oficial *El Peruano* con fecha 25 de noviembre de 2016.

2. En dicha fecha no existía ninguna ley que de modo expreso haya establecido que la competencia de identificación y reconocimiento de pueblos indígenas u originarios es desarrollada por el Gobierno Nacional.

3. La demanda de inconstitucionalidad del Poder Ejecutivo contra la Ordenanza Regional 010-2016-GR.CAJ-CR fue presentada el 28 de setiembre de 2017.

4. Con posterioridad a la interposición de la demanda, el Tribunal Constitucional tomó conocimiento que con fecha **22 de julio de 2018** se publicó en el diario oficial *El Peruano* el Decreto Legislativo 1360, que "precisa" las funciones exclusivas del Ministerio de Cultura en materia de identificación y reconocimiento de pueblos indígenas u originarios. En efecto, el mencionado decreto lleva la denominación: "Decreto Legislativo que precisa funciones exclusivas del Ministerio de Cultura" y en su artículo 2 establece lo siguiente:

> 2.1 Precísese, en el marco de desarrollo de las funciones exclusivas del Ministerio de Cultura y de su área programática de acción sobre pluralidad étnica y cultural de la Nación, que la identificación y reconocimiento de pueblos indígenas u originarios es desarrollada por el Viceministerio de Interculturalidad, a través de sus órganos técnicos.
>
> 2.2 Asimismo, precísese que en el marco de los procedimientos administrativos de reconocimiento de comunidades campesinas y comunidades nativas por parte de los gobiernos regionales, de corresponder, el Ministerio de Cultura emitirá los lineamientos que coadyuven al reconocimiento de comunidades pertenecientes a pueblos indígenas u originarios.

5. Lo expuesto mínimamente acredita que recién el 22 de julio de 2018, con la publicación del Decreto Legislativo 1360, quedó claro en el ordenamiento jurídico peruano que la competencia para identificar y reconocer pueblos indígenas u originarios le corresponde del modo "exclusivo" al Gobierno Nacional, de modo tal que el 25 de noviembre de 2016, cuando se publicó la cuestionada Ordenanza Regional 010-2016-GR.CAJ-CR, no existía la prohibición para ejercer tal competencia.

6. Ahora, cabe preguntarse si el marco competencial vigente al momento de dictarse la cuestionada Ordenanza Regional 010-2016-GR.CAJ-CR le permitía regular la competencia para reconocer pueblos originarios o indígenas. Sobre el particular, considero que la respuesta es afirmativa, que la identificación y reconocimiento de los pueblos indígenas era una competencia compartida entre el Poder Ejecutivo y los Gobiernos Regionales.

7. Como ha indicado este Tribunal en el Expediente 00042-2004-AI/TC, "la Constitución de 1993 ha reconocido a la persona humana como miembro de un Estado multicultural y poliétnico; de ahí que no desconozca la existencia de pueblos y culturas originarios y ancestrales del Perú" (FJ 1). Asimismo, en el

Expediente 00022-2009-AI/TC, se estableció que "no solo no desconoce, sino que la Constitución obliga a su tutela y protección. Así, lo específico y complejo de la protección de los grupos minoritarios étnicos ha significado que se planteen medidas constitucionales específicas para su defensa" (FJ 3).

8. Bajo dicha premisa, estimo que la determinación de a qué nivel de gobierno le corresponde la competencia de identificación y reconocimiento de los pueblos indígenas en el territorio nacional debe responder también al conjunto de principios, reglas y valores constitucionales establecidos en materia de protección de los grupos minoritarios étnicos de la que previamente se ha hecho mención.

9. En el presente caso, la conclusión de la mayoría de mis colegas Magistrados, plasmada básicamente en el FJ 45 de la sentencia, refiere que:

> Si bien es cierto que de lo expuesto hasta aquí no se advierte que la competencia materia de controversia se reconozca expresamente a ningún ente, incluido el Poder Ejecutivo (…), **en nuestro ordenamiento jurídico las competencias no asignadas a un ente estatal de forma expresa le corresponden al Poder Ejecutivo por defecto**. Así, tal competencia complementa las demás que este ente ya tiene en materia indígena.

10. Sin embargo, la conclusión anterior tendría asidero constitucional siempre y cuando, de conformidad con el artículo 79 del Código Procesal Constitucional, este Tribunal, además de las normas constitucionales, en el análisis de la validez de las disposiciones sometidas a control constitucional, hubiese considerado en el presente caso todas las leyes que, dentro del marco constitucional se hubieran dictado para determinar la competencia objeto de controversia.

11. En mi opinión ello no ha ocurrido por cuanto la mayoría de mis colegas Magistrados ha obviado analizar lo dispuesto en la Ley 29565, de creación del Ministerio de Cultura, en cuyo capítulo III se detallan las funciones exclusivas y compartidas del citado ministerio, las cuales, leídas en consonancia con lo dispuesto en el artículo 8, inciso 4, de la Ley 27867, Orgánica de Gobiernos Regionales, llevarían a concluir que la identificación y reconocimiento de los pueblos indígenas era una competencia compartida entre el Poder Ejecutivo y los Gobiernos Regionales.

12. En efecto, en el artículo 8, inciso 1, literal "F", de la Ley 29565, se establece que "en el marco de sus competencias, el Ministerio de Cultura cumple las siguientes funciones compartidas con los Gobiernos regionales: f) Fomentar la afirmación de la identidad nacional y promover el desarrollo cultural a través del diálogo intercultural y *el reconocimiento de la diversidad cultural entre los peruanos*".

13. Al respecto, me pregunto lo siguiente: ¿acaso la identificación y reconocimiento de los pueblos originarios no forma parte del más general reconocimiento de la diversidad cultural entre los peruanos? La respuesta es evidentemente afirmativa. Es más, para reforzar esta conclusión, considero pertinente hacer mención de lo dispuesto en el artículo 8, inciso 4, de la Ley 27867, Orgánica de Gobiernos Regionales:

> El Gobierno Regional desarrolla políticas y *acciones integrales* de gobierno dirigidas a promover la inclusión (…) política y cultural, de (…) grupos sociales tradicionalmente excluidos y marginados del Estado, principalmente ubicados en el ámbito rural y organizados en comunidades campesinas y nativas, nutriéndose de sus perspectivas y aportes. Estas acciones también buscan promover los derechos de grupos vulnerables, impidiendo la discriminación por razones de etnia (…) y toda otra forma de discriminación.

14. La identificación y reconocimiento de los pueblos indígenas constituye una de estas acciones integrales a las que alude el citado artículo 8, inciso 4, de la Ley 27867, Orgánica de los Gobiernos Regionales, que, en principio, pueden ser catalogadas como una de las más básicas e importantes con miras al ejercicio de los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

15. Pero la mayoría de mis colegas Magistrados, lejos de compartir esta lectura integradora del texto constitucional con las citadas disposiciones legales, afirma en el fundamento 32 de la sentencia, sin mayor justificación, que este "principio" de inclusión, recogido en el artículo 8, inciso 4, de la Ley 27867 solo rige al momento en que los Gobiernos regionales ejercen sus atribuciones, sin llegar por ello a asignar competencias.

16. No obstante, discrepo de dicha afirmación porque, a mi criterio, comprenderlo así anula en la práctica dicho principio. ¿Acaso los principios se interpretan en función de las reglas, sean estas competenciales o del tipo que fueren? Claro que no. Antes bien, sabido es que son las reglas las que se aplican e, incluso, interpretan y reinterpretan a la luz de los principios que les sirven de fundamento.

17. Siendo ello así, no tiene sentido que un Gobierno regional pueda realizar acciones integrales sobre la inclusión de pueblos indígenas, como lo dispone el artículo 8, inciso 4, de la Ley 27867, Orgánica de Gobiernos Regionales, si le está completamente vedado desempeñar un rol directo y tangible en la identificación y el reconocimiento de los pueblos indígenas, como lo establece la sentencia de la mayoría al señalar que ésta es una competencia exclusiva del Ejecutivo.

18. Debo ser enfática en sostener que no se puede aplicar, sin más, la cláusula de residualidad a favor del Ejecutivo en el presente caso, porque ello implica desconocer lo establecido en el artículo 8, inciso 1, literal "F", de la Ley 29565, de creación del Ministerio de Cultura, leído en consonancia con el artículo 8 de la Ley 27867, Orgánica de Gobiernos Regionales.

19. Del análisis de las normas constitucionales pertinentes así como de las normas conformantes del bloque de constitucionalidad en el presente caso (la Ley de creación del Ministerio de Cultura y la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales) se infiere que la materia sobre la que versan las disposiciones impugnadas, es decir, la identificación y reconocimiento de los pueblos indígenas era una competencia de **naturaleza compartida**; a saber, una competencia cuyo ejercicio debe ser realizado de manera coordinada entre el Gobierno Nacional y los Gobiernos Regionales.

20. Al respecto, tal y como se indicó en el Expediente 00024-2007-PI/TC, fundamento 19:

> (…) en una competencia compartida se le encarga a dos o más niveles de gobierno la regulación de una materia; se trata esta competencia entonces del ámbito de la realidad sobre el cual recaerá la facultad normativa conjunta de ambos niveles de gobierno, pero asignándose a cada uno de ellos una función constitucional específica. Por ejemplo, mientras que al Gobierno Nacional se suele encargar la función de planificación de la política sobre un determinado sector, a los Gobiernos Regionales y Locales les corresponde la ejecución de tal política, debiendo además fiscalizar su cumplimiento.

21. En virtud de lo anterior, considero que este Tribunal, en lugar de concluir, como lo ha hecho en la sentencia, que el reconocimiento e identificación de los pueblos indígenas es una competencia exclusiva del Poder Ejecutivo -independientemente de lo previsto en el aludido Decreto Legislativo 1360- debió tener en consideración las disposiciones del bloque de constitucionalidad que resultaban pertinentes, tal y como se ha indicado *supra*, determinando que se trataba de una competencia compartida. Por ello, la Ordenanza Regional 010-2016-GR. CAJ-CR, al momento de ser expedida, resultaba conforme a la Norma Fundamental, por lo que no correspondía expulsarla del ordenamiento jurídico.

22. No me son ajenos los efectos que genera el mencionado Decreto Legislativo 1360, que, a partir del 22 de julio de 2018, recién ha establecido como competencia "exclusiva" del Gobierno nacional la identificación y reconocimiento de pueblos indígenas y originarios, de modo tal que recién a partir de dicha fecha

tal competencia debe ser ejercida exclusivamente por el Gobierno nacional, no pudiendo desconocerse los efectos producidos por la Ordenanza Regional 010-2016-GR.CAJ-CR.

23. Finalmente, estimo que más allá de lo establecido en el Decreto Legislativo 1360, existe en el bloque de constitucionalidad del presente caso (Constitución, Ley de creación del Ministerio de Cultura y la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales) una indudable obligación de los Gobiernos Regionales de coadyuvar en la protección de los derechos fundamentales de las comunidades indígenas y nativas, más aún cuando, como es de público conocimiento, el Gobierno nacional no es el órgano que tiene mayor proximidad con tales comunidades.

II. La insuficiente e ineficaz labor de reconocimiento de los pueblos indígenas u originarios por parte del Poder Ejecutivo

24. Históricamente los pueblos indígenas han sido víctimas de **discriminación**, hecho que no ha permitido el ejercicio efectivo de todos sus derechos o el reconocimiento pleno de su ciudadanía[21]. Desde nuestra independencia se expidieron normas como el decreto supremo del 27 de agosto de 1821, dictado por el general San Martín, que si bien abolía el tributo indígena y declaraba a los indios ciudadanos del Perú, no lo hacía "desde un diálogo intercultural, sino desde una perspectiva asimilacionista y en desmedro de la identidad, respecto de la cultura y, en general, de los derechos de los pueblos indígenas"[22].

25. Precisamente, un **diálogo intercultural**, en el marco de un Estado democrático y social de Derecho, presupone la deliberación, con igual libertad, entre participantes de diferentes e igualmente valiosas culturas, situación que claramente no se ha producido a lo largo de nuestra historia respecto de los pueblos indígenas que forman parte del Perú republicano, a diferencia de las interesantes experiencias de otros países de la región como Ecuador, Bolivia, México o Colombia, cada uno con diferentes matices y grados de desarrollo.

26. Dicho diálogo intercultural no se ha producido en el Perú porque, ya sea en el ámbito del poder constituyente o en el ámbito legislativo, entre otros, los pueblos indígenas no han podido materializar con efectividad su **derecho a la igual participación** en la formulación de las políticas públicas que inciden en sus

21 SALMÓN, Elizabeth (Coord.) *La consulta previa, libre e informada en el Perú. La inclusión del interés indígena en el mundo de los derechos humanos*. PUCP, IDEHPUCP y Konrad Adenauer Stiftung, Lima, 2012, p.83.

22 Ibíd.

derechos fundamentales, como tampoco han contado con un nivel significativo de representatividad, pese a su numeroso componente poblacional y necesidad de tutela especial.

27. Un procedimiento democrático es el que fundamenta la **legitimidad del Derecho**[23]. Si en el procedimiento democrático que conduce a la expedición de normas sobre pueblos indígenas no participan de modo efectivo sus principales destinatarios, ni se produce un diálogo intercultural, son evidentes los problemas de legitimidad que hasta ahora se puede apreciar. Sobre la importancia de la participación individual y grupal para el reconocimiento de su identidad, Habermas sostiene lo siguiente:

> La identidad de un grupo se refiere a las situaciones en las que los miembros pueden decir enfáticamente «nosotros», no es una identidad del yo en formato ampliado, sino que constituye el complemento de la identidad del yo. Pues según nos apropiemos de las tradiciones y formas de vida en las que hemos crecido, prosiguiéndolas de forma selectiva, de ello dependerá el cómo quiénes nos reconocemos en esas tradiciones culturales, el quiénes somos y quiénes queremos ser como ciudadanos.[24]

28. En el caso de los pueblos indígenas u originarios se presenta un supuesto anómalo pues si revisamos la Constitución resulta que formalmente todos -incluso ellos- tenemos reconocidos nuestros derechos fundamentales, pero si apreciamos la realidad peruana, ya sea en el ámbito político, social y cultural, resulta que dichos pueblos indígenas u originarios tienen los derechos que el Gobierno nacional o la mayoría dominante dice o permite que tengan. Visto este panorama, más que derechos fundamentales pareciera que dichos pueblos, o sólo algunos de ellos, tienen unas volubles e inestables concesiones fundamentales.

29. En tal sentido, es importante diferenciar el **reconocimiento** de otras culturas -como aquellas de los pueblos indígenas y originarios- respecto de lo que puedan significar las **políticas de asimilación**. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha sostenido que el "concepto de asimilación está construido sobre percepciones que observan que otras culturas minoritarias son 'menos avanzadas', y como consecuencia de ello estarían irremediablemente destinadas a perder su identidad en un proceso de 'superación cultural', al ser absorbidas por la socie-

23 HABERMAS, Jurgen. *Facticidad y validez*. Madrid, Trotta, 4ª edición, 2005, p.218.
24 Ibíd.p.228.

dad dominante" y que, "por el contrario, una visión que pretenda la integración considerando las diferencias culturales o que plantee estrategias de tolerancia por ciudadanías diferenciadas, es más respetuosa de las realidades e identidad cultural y étnica de los pueblos indígenas". En consecuencia, "la premisa de la que se parte es que deben dejarse atrás perspectivas que situaban a los pueblos indígenas como culturas de menor desarrollo y valía y pasar a reconocerlas como iguales, con el mismo valor y legitimidad que la llamada cultura dominante"[25].

30. Para que los derechos fundamentales de los pueblos indígenas u originarios, o de sus integrantes, se puedan proteger efectivamente, y para que estos pueblos o personas pueden identificarse o autoidentificarse como tales es indispensable su reconocimiento. Ciertamente la Norma Fundamental contiene importante normas para reconocer los derechos. Así, cabe resaltar "el artículo 2, inciso 19, de la Constitución, que establece el derecho a la identidad étnica y cultural, el artículo 89, que establece que, además del castellano, también son idiomas oficiales el quechua, el aimara y las demás lenguas aborígenes en las zonas donde predominen. Por su parte, el artículo 89 reconoce la autonomía organizativa, económica y administrativa a las comunidades nativas, así como la libre disposición de sus tierras, reiterándose de igual forma la obligación del Estado de respetar su identidad cultural. A su vez, el artículo 149, permite que las comunidades nativas y campesinas puedan aplicar su derecho consuetudinario, ejercitando funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, siempre que no vulneren derechos fundamentales. De otro lado, se ha determinado que las tierras de las comunidades no son materia de prescripción, salvo que sean abandonadas. Y si bien se reconoce el respeto de la diversidad y el pluralismo cultural, ello se efectuará siempre que se materialicen 'dentro del marco de respeto a los derechos fundamentales, los principios constitucionales y los valores superiores que la Constitución incorpora, tales como la dignidad de la persona humana (artículo 1 de la Constitución), la forma democrática de Gobierno (artículo 43) y la economía social de mercado (artículo 58)'. Es relevante mencionar también que el artículo 191 de la Constitución prescribe que la ley establecerá porcentajes mínimos para hacer accesible la representación de género, comunidades campesinas y nativas, y pueblos originarios en los Consejos Regionales y Concejos Municipales. Con ello, los pueblos indígenas -término utilizado en el Derecho internacional- han sido proveídos con herramientas legales que buscan proteger su existencia y su cosmovisión..."[26].

25 Expediente 01126-2011-PHC/TC FJ 15.

26 Expediente 00022-2009-AI/TC FJ 4.

31. En dicha labor de reconocimiento, más allá del ámbito normativo antes referido, es imperativa la identificación formal por parte del Gobierno nacional (Ministerio de Cultura), no sólo de los pueblos indígenas u originarios, sino también de las localidades o comunidades donde habitan tales pueblos.

32. Sobre la identificación formal de los pueblos indígenas y nativos, la Base de Datos Oficial de Pueblos Indígenas u Originarios (BDPI) a cargo del Viceministerio de Interculturalidad ha elaborado la siguiente lista de 55 pueblos indígenas u originarios que existen en el Perú (Ver Cuadro 1),[27] los cuales habitan en diferentes localidades o comunidades. Esta lista es transcrita a continuación para efectos de una mayor visibilidad sobre su existencia:

Anexo 1

Lista de pueblos indígenas u originarios					
N°	**Pueblo**	**Otras denominaciones**	**Lengua**	**Tipo de pueblo**	**Regiones**
1	Achuar	Achual, Achuare, Achuale	Achuar	Amazónico	Loreto
2	Aimara	Aymara,	Aru	Aimara	Andino
3	Amahuaca	Amunvaka,	Yora	Amahuaca	Amazónico
4	Arabela	Tapueyocuaca, Chiripuno	Arabela	Amazónico	Loreto
5	Ashaninka	Campa ashaninka	Ashaninka	Amazónico	Ayacucho, Cusco, Huánuco, Junín, Loreto, Pasco, Ucayali, Madre de Dios
6	Asheninka	Ashaninka del Gran Pajonal	Asheninka	Amazónico	Pasco, Ucayali
7	Awajún	Aguaruna, Aents	Awajún	Amazónico	Amazonas, Cajamarca, Loreto, San Martín, Ucayali
8	Bora	Booraa, Miamuna, Miranha,	Miranya	Bora	Amazónico

27 http://bdpi.cultura.gob.pe/pueblos-indigenas

9	Kapanawa	Nuquencaibo, Buskipani	Kapanawa	Amazónico	Loreto
10	Cashinahua	Huni kuin, caxinahua, kachinahua	Cashinahua	Amazónico	Ucayali
11	Chamicuro	Camikódlo, Chamicolos	Chamicuro	Amazónico	Loreto
12	Chapra	Shapra	Kandozi-chapra	Amazónico	Loreto
13	Chitonahua	Yora, Murunahua	Yaminahua	Amazónico	Ucayali
14	Ese Eja	Ese'ejja, Huarayo, Tiatinagua	Ese eja	Amazónico	Madre de Dios
15	Harakbut	Amarakaeri, wachipaeri, arasaeri, Kisamberi, Pukirieri, Toyoeri, sapiteri	Harakbut	Amazónico	Cusco, Madre de Dios
16	Ikitu	Ikito, iquito, Amacacore, Quiturran	Ikitu	Amazónico	Loreto
17	Iñapari	Inapari, Inamari, kushitireni	Iñapari	Amazónico	Madre de Dios
18	Isconahua	Isconawa, iskobakebo	Iskonawa	Amazónico	Ucayali
19	Jaqaru	Aimara tupino, aimara central, Aru	Jaqaru	Andino	Lima
20	Jíbaro	Jibaro del río Corrientes, Shiwiar, Siwaro	Achuar	Amazónico	Loreto
21	Kakataibo	Uni, unibo	Kakataibo	Amazónico	Huánuco,
22	Kakinte	Poyenisati	Kakinte	Amazónico	Cusco, Junín
23	Kandozi	Candoshi, Chapra, Chapara, Murato	Kandozi-Chapra	Amazónico	Loreto
24	Kichwa	Quichua, Inga, Lamas, Santarrosinos	Quechua	Amazónico	Loreto, Madre de Dios, San Martín
25	Kukama Kukamiria	Cocama cocamilla, Xibitaona	Kukama kukamiria	Amazónico	Loreto
26	Madija	Culina, Madiha, Kolina	Madija	Amazónico	Ucayali
27	Maijuna	Orejón, Maijiki	Maijiki	Amazónico	Loreto
28	Marinahua	Onocoin, Yora	Sharanahua	Amazónico	Ucayali
29	Mashco Piro	Mashco, Piro Mashco	Yine	Amazónico	Madre de Dios, Ucayali
30	Mastanahua	Matsanahua, Yora	Sharanahua	Amazónico	Ucayali

31	Matsés	Mayoruna	Matsés	Amazónico	Loreto
32	Matsigenka	Machiguenga, Matsiguenga, Machiganga, Matsiganga	Matsigenka	Amazónico	Cusco, Madre de Dios, Ucayali
33	Muniche	Munichi	Muniche	Amazónico	Loreto
34	Murui-muinaní	Huitoto	Murui-muinaní	Amazónico	Loreto
35	Nahua	Yora	Nahua	Amazónico	Ucayali
36	Nanti	Matsigenka	Nanti	Amazónico	Cusco
37	Nomatsigenga	Nomachiguenga, Atiri	Nomatsigenga	Amazónico	Junín
38	Ocaina	Dukaiya, Dyo'xaiya	Ocaina	Amazónico	Loreto
39	Omagua	Omagua yeté, ariana, pariana, umawa	Omagua	Amazónico	Loreto
40	Quechuas	Los pueblos quechuas no tienen otras denominaciones, más si un conjunto de identidades, entre las que se encuentran: Chopccas, Huancas, Chankas, Huaylas, q'eros, Cañaris, Kana	Quechua	Andino	Áncash, Apurímac, Arequipa, Ayacucho, Cajamarca, Cusco, Huancavelica, Huánuco, Junín, Lambayeque, Lima, Moquegua, Pasco, Puno
41	Resígaro	Resigero	Resígaro	Amazónico	Loreto
42	Secoya	Aido pai	Secoya	Amazónico	Loreto
43	Sharanahua	Oicoin, Yora	Sharanahua	Amazónico	Ucayali
44	Shawi	Chayawita, Campo-piyapi, Tshahui	Shawi	Amazónico	Loreto, San Martín
45	Shipibo-konibo	Shipibo, Joni, Chioeo-conivo	Shipibo-konibo	Amazónico	Huánuco, Loreto, Madre de Dios, Ucayali
46	Shiwilu	Jebero, Xebero, Shiwila	Shiwilu	Amazónico	Loreto
47	Tikuna	Ticuna, Duuxugu	Ticuna	Amazónico	Loreto
48	Urarina	Itucali, kacha edze, Itukale	Urarina	Amazónico	Loreto
49	Uro	Uru	Uro (lengua extinta)	Andino	Puno
50	Vacacoha	Aushiri, a'éwa, awshira, abijira, abishira	Awshira (lengua extinta)	Amazónico	Loreto

51	Wampis	Huambiza, Shuar-Huampis	Wampis	Amazónico	Amazonas, Loreto
52	Yagua	Yihamwo, Nihamwo	Yagua	Amazónico	Loreto
53	Yaminahua	Yuminahua, Jjamimawa, Yora	Yaminahua	Amazónico	Ucayali
54	Yanesha	Amuesha, Amage, Amuexia	Yanesha	Amazónico	Huánuco, Junín, Pasco
55	Yine	Piro, Pira, Simirinche, Chotaquiro	Yine	Amazónico	Cusco, Loreto, Madre de Dios, Ucayali

Fuente: BDPI. Viceministerio de Interculturalidad. Ministerio de Cultura

33. Si bien dicha lista constituye un avance del Gobierno nacional, aunque pueda resultar incompleta, cabe precisar, tal como lo reconoce la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos en el Informe sobre cumplimiento de las obligaciones del Estado peruano del Convenio 169 de la OIT, elaborado en octubre de 2018, que "hasta el día de hoy, no existe información oficial, actualizada sobre cuántas son, con exactitud, las comunidades campesinas y nativas en el Perú"[28].

34. En dicho informe se refiere también que "no existe información pública sobre la frecuencia y la forma en que se hace la actualización de la BDPI [Base de Datos de los Pueblos Indígenas] por parte del Viceministerio de Interculturalidad", por lo que se carece de certeza del contenido, y además que existen "tres fuentes de registro de comunidades [BDPI, Dirección General de Saneamiento de la Propiedad Agraria y Catastro Rural, y Direcciones Regionales Agrarias] que no cuentan con una fluida coordinación, generando información deficiente"[29].

35. Asimismo, en este informe se sostiene que "de acuerdo con la información estatal, dentro de la BDPI existen aproximadamente más de 3000 comunidades campesinas y nativas; pero si revisamos otras fuentes como la del Instituto de Bien Común (IBC) y del Centro Peruano de Estudios Sociales (CEPES), encontramos que los datos oficiales no coinciden, y que hay comunidades que no figuran en la BDPI (aproximadamente 3500)". lo que supone "excluir a las co-

28 GRUPO DE TRABAJO SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS DE LA COORDINADORA NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. Informe Alternativo 2018, Cumplimiento de las obligaciones del Estado peruano del Convenio 169 de la OIT. Lima, octubre de 2019, p. 7.

29 Ibíd.

munidades de sus derechos comunes, como el derecho de consulta previa, pues pese a que la propia Resolución Ministerial 202-2012-MC que regula la BDPI, indica que esta no tiene carácter constitutivo de derechos y es referencial", "en la práctica, se trata de la primera fuente de verificación pública para ser identificado y reconocido o no como pueblo indígena"[30].

36. Finalmente, conviene mencionar que en un estudio sobre la consulta previa en el Perú se sostiene que "el VI [Viceministerio de Interculturalidad] y su pequeña oficina de la DCP [Dirección de Consulta Previa] siguen siendo relativamente débiles frente a poderosas contrapartes tales como los ministerios de Economía y Finanzas, y de Energía y Minas"[31], y que dicho Viceministerio tiene una "limitada capacidad de negociación"[32]. También se refiere que "los críticos al proceso, asociados a organizaciones indígenas y a ONG de derechos humanos, han abogado por la creación de un ministerio separado dedicado a asuntos indígenas, dado que el Ministerio de Cultura destina la mayor parte de sus recursos a otros temas" y se evidencia "la ausencia casi total de profesionales y personal de origen indígena dentro de este organismo".[33]

37. En suma, es evidente la falta de reconocimiento formal de todas las comunidades o localidades en las que habitan los pueblos indígenas u originarios en el Perú, como también lo es la responsabilidad funcional del Estado peruano y en especial el Poder Ejecutivo en la vulneración sistemática y generalizada de los derechos de tales pueblos y de sus integrantes, en tanto se mantenga la referida falta de reconocimiento. Con tal actuación deficiente en algunos casos o falta de actuación en otros, se acredita que el Poder Ejecutivo vulnera el Convenio 169 de la OIT, así como los artículos 2.19, 89, 149, 191, entre otros, de la Constitución.

III. La nula actividad del Poder Ejecutivo generadora de un estado de cosas inconstitucional en cuanto a la falta de un reconocimiento efectivo de las localidades y comunidades en las que habitan los pueblos indígenas u originarios

38. Corresponde ahora evaluar la posibilidad de declarar un estado de cosas inconstitucional respecto de la falta de un reconocimiento efectivo de los pueblos indí-

30 Ibíd. pp. 7-8.

31 SANBORN, Cynthia, HURTADO, Verónica y RAMÍREZ, Tania. La Consulta Previa en el Perú. Avances y retos. Documento de Investigación 6, Lima, Universidad del Pacífico, 2016, p.52.

32 Ibíd.

33 Ibíd. pp. 52-53.

genas u originarios. Dicha técnica busca extender los alcances de un específico supuesto a todos aquellos casos en los que de la realización de un acto u omisión se haya derivado o generado una violación generalizada de derechos fundamentales de distintas personas.

39. Con lo expuesto en los parágrafos anteriores del presente voto, se ha identificado una actuación pasiva, ineficaz y de injustificada concentración de competencias del Poder Ejecutivo que deviene en una falta de formalización del reconocimiento e identificación de las localidades (caserío, centro poblado, anexos, ampliaciones, comunidad campesina, comunidad nativa, entre otros) en las que habitan los pueblos indígenas u originarios en el Perú.

40. Si bien se aprecian algunos avances en la labor del Viceministerio de Interculturalidad en cuanto al reconocimiento de las mencionadas localidades y comunidades, este trabajo es aún demasiado insuficiente y además se ha convertido en una especie de "cuello de botella" que obstaculiza y hace casi imposible el reconocimiento formal de tales localidades y comunidades.

41. Hoy, existe el Decreto Legislativo 1360, publicado el 22 de julio de 2018, que "precisa" las funciones exclusivas del Ministerio de Cultura en materia de identificación y reconocimiento de pueblos indígenas u originarios. Si consideramos que existen más de 6000 localidades pertenecientes a pueblos indígenas y que al día de hoy el Poder Ejecutivo no ha reconocido a ninguna localidad como pueblo indígena u originario con base en el Decreto Legislativo 1360, entonces es seguro, al paso que vamos, que pasarán decenas de años para lograr tal reconocimiento formal. Ello definitivamente debilitará el ejercicio de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, en especial el derecho a la consulta previa.

42. Por tanto, estimo que corresponde declarar un estado de cosas inconstitucional en cuanto a la falta de un reconocimiento efectivo del Poder Ejecutivo respecto de las localidades y comunidades en las que habitan los pueblos indígenas u originarios. Consiguientemente, se debe ordenar a dicho poder del Estado que adopte las medidas necesarias para corregir tal estado de cosas en el plazo de 3 años, entendiéndose que un primer nivel de reconocimiento lo constituyen los Gobiernos Regionales y que el reconocimiento final lo realiza el Ministerio de Cultura. De no hacerlo en dicho plazo, se podrían adoptar las medidas que se estime necesarias para tal efecto en la etapa de supervisión de cumplimiento de sentencias del Tribunal Constitucional.

Por todo lo expuesto, considero que se debe declarar **INFUNDADA** la demanda interpuesta por el Poder Ejecutivo contra la Ordenanza Regional 010-2016-GR.CAJ-CR y que esta deba interpretarse en el sentido de que el "reconocimiento" y "determinación" que se pretende constituye un primer nivel de reconocimiento, quedando habilitado el Ministerio de Cultura para actuar como órgano final que define tales competencias.

S.

LEDESMA NARVÁEZ

PLENO JURISDICCIONAL

Expediente 0004-2018-PI/TC

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

26 de marzo de 2019

Caso de la Ordenanza Regional de Loreto sobre reconocimiento de pueblos originarios e indígenas

Poder Ejecutivo c. Gobierno Regional de Loreto

Asunto

Demanda de inconstitucionalidad contra la Ordenanza Regional 014-2017-GRL-CR

Magistrados firmantes:

SS.

MIRANDA CANALES
RAMOS NÚÑEZ
SARDÓN DE TABOADA
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA
FERRERO COSTA

TABLA DE CONTENIDOS

I. ANTECEDENTES

A. PETITORIO CONSTITUCIONAL

B. ARGUMENTOS DE LAS PARTES

B-1. DEMANDA

B-2. CONTESTACIÓN DE DEMANDA

C. ARGUMENTOS DE LOS TERCEROS

II. FUNDAMENTOS

§1. El bloque de constitucionalidad

§2. Análisis del caso

§3. Efectos de la presente sentencia

III. FALLO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 26 días del mes de marzo de 2019, reunido el Tribunal Constitucional, en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los señores magistrados Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada, Ledesma Narváez, Espinosa-Saldaña Barrera y Ferrero Costa, pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento del magistrado Miranda Canales, aprobado en la sesión de Pleno del 27 de febrero de 2018. Asimismo, se agregan los fundamentos de voto de los magistrados Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera y los votos singulares de los magistrados Blume Fortini y Ledesma Narváez.

I. ANTECEDENTES

A. PETITORIO CONSTITUCIONAL

Con fecha 2 de febrero de 2018, el Poder Ejecutivo, por medio del Procurador Público Especializado en Materia Constitucional, interpone demanda de inconstitucionalidad contra los artículos primero, segundo, tercero y cuarto de la Ordenanza Regional 014-2017-GRL-CR, emitida por el Gobierno Regional de Loreto, publicada el 15 de diciembre de 2017 en el Diario Oficial *El Peruano*.

Alega que la citada ordenanza afecta la competencia del Poder Ejecutivo sobre identificación y reconocimiento de pueblos indígenas en el territorio nacional, que se deriva del artículo 118, numerales 1 y 3, en concordancia con el artículo 2, numeral 17, de la Constitución. Asimismo, señala que tal competencia encuentra sustento en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Ley de Bases de la Descentralización, la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, la Ley de Creación del Ministerio de Cultura y la Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la OIT (Ley de Consulta Previa).

En defensa de la constitucionalidad de la ordenanza objetada, el Gobierno Regional de Loreto, a través de su Procurador Público Regional, contesta la demanda con fecha 23 de julio de 2018, negándola y contradiciéndola en todos sus extremos, por lo que solicita que sea declarada infundada.

B. ARGUMENTOS DE LAS PARTES

Las partes postulan una serie de argumentos sobre la constitucionalidad de las normas impugnadas que, a manera de resumen, se presentan a continuación:

B-1. DEMANDA

Los argumentos expuestos en la demanda, son los siguientes:

- El demandante sostiene que la ordenanza regional cuestionada estaría excediendo sus competencias e invadiendo las que corresponden al Poder Ejecutivo en materia de identificación y reconocimiento de pueblos indígenas. Alega que la norma impugnada no supera el test de competencia.
- Señala que en virtud del artículo 118, numeral 3, de la Constitución, corresponde al Presidente de la República "dirigir la política general del Gobierno". Asimismo, en virtud a los artículos 4 y 23 de la Ley 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo (LOPE), le corresponde a éste la dirección y ejecución de la política general del gobierno, que comprende las políticas públicas respecto a los derechos de los pueblos indígenas.

- Afirma que el artículo 33 del Convenio 169 de la OIT obliga al Estado peruano a establecer una entidad u órgano estatal responsable de las políticas públicas relacionadas con los pueblos indígenas. Como se trata de un compromiso asumido por el Estado, tal entidad debe tener una competencia de alcance nacional. Asimismo, el artículo 118, numeral 1, de la Constitución señala que corresponde al Presidente de la República cumplir y hacer cumplir los tratados. Una autoridad nacional permite además que exista una política estatal uniforme y no dispersa.
- En tal sentido, se alega en la demanda que es el Poder Ejecutivo, por medio del Ministerio de Cultura, quien debe adoptar medidas necesarias para garantizar el ejercicio del derecho a la identidad étnica y cultural reconocido en el artículo 2, numeral 19, de la Constitución.
- Por su parte, el artículo 4 de la Ley 29565, Ley de Creación del Ministerio de Cultura, establece que la "pluralidad étnica y cultural de la Nación" es una de las áreas programáticas de acción sobre la cual dicha entidad ejerce sus competencias, funciones y atribuciones, mientras que el artículo 15 designa al Viceministro de Interculturalidad como la autoridad inmediata en asuntos de interculturalidad e inclusión de las poblaciones originarias.
- El artículo 19 de la Ley 29785, Ley de Consulta Previa asigna una serie de competencias específicas al órgano técnico especializado en materia indígena

del Poder Ejecutivo. La Primera Disposición Complementaria Final de dicha ley establece que el Viceministerio de Interculturalidad es el "órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo".

- De lo anotado, el demandante sostiene que existe un marco constitucional y legal que reconoce al Poder Ejecutivo como el ente rector en materia de políticas públicas para la protección de los pueblos indígenas, y señala que este debe ser el parámetro de control para revisar la constitucionalidad de la ordenanza. Conforme a tal parámetro, las competencias otorgadas comprenden la identificación y reconocimiento de pueblos indígenas como requisito previo para el ejercicio de las mismas.

- Por otro lado, de acuerdo con el artículo 20 de la Ley de Consulta Previa, el Viceministerio de Interculturalidad es la entidad responsable de implementar, actualizar y gestionar la Base de Datos de Pueblos Indígenas u Originarios. En atención a ello, mediante la Resolución Viceministerial 0202-2012-MC se aprobó la Directiva 003-2012-/MC, que regula el funcionamiento de la referida base.

- Esta base de datos tiene carácter referencial, pues el reconocimiento estatal de estos pueblos no tiene carácter constitutivo de derechos, y efectivamente así está estipulado en el artículo 29, numeral 1, del Decreto Supremo 001-2012-MC, Reglamento de la Ley de Consulta Previa. Al constituir el único registro de carácter oficial de los pueblos ya identificados y reconocidos, dicha base se encuentra en constante actualización.

- El artículo 10 de la Ley de Consulta Previa establece que la identificación de los pueblos indígenas a ser consultados "debe ser efectuada por las entidades estatales promotoras de la medida legislativa o administrativa". Ello, sin embargo, no debe entenderse en el sentido de que cualquier entidad estatal pueda establecer criterios de identificación y reconocimiento de pueblos indígenas. Se trata de una norma de aplicación específica, en la cual una autoridad considera que una determinada medida debe ser objeto de consulta. Debe tomarse en cuenta que el Reglamento de la Ley de Consulta Previa establece la necesidad de llevar a cabo una consulta tomando como parámetro de referencia la base de datos oficial.

- Señala el demandante que, en virtud del artículo 1, literal b), del Convenio 169 de la OIT y el artículo 7 de la Ley de Consulta Previa, el Poder Ejecutivo ha recopilado la información de dicha base de datos empleando criterios uniformes previstos a nivel normativo para llevar a cabo estas acciones, evitando discrepancias sobre qué criterios tomar en cuenta o cómo deben ser aplicados. En

tal sentido, cuando la ordenanza regional cuestionada reconoce la existencia de pueblos indígenas en su ámbito territorial y les reconoce personalidad jurídica se contraviene la normativa internacional y la nacional de desarrollo constitucional, que establece criterios uniformes de identificación y reconocimiento.

- Respecto a las competencias de los gobiernos regionales, el Poder Ejecutivo sostiene que estos no pueden asumir competencias que no hayan sido atribuidas mediante la Constitución o la ley, y las competencias asignadas deben ser ejercidas de acuerdo a las políticas nacionales. Y de conformidad con el artículo 192 de la Constitución, los gobiernos regionales no tienen la competencia expresa en materia de identificación y reconocimiento de pueblos indígenas.

- Por su parte, la Ley 27783, Ley de Bases de la Descentralización, establece en sus artículos 35 y 36 las competencias exclusivas y compartidas de los gobiernos regionales, entre las que no figuran la competencia de identificación y reconocimiento de pueblos indígenas. La Ley 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, precisa en sus artículos 9 y 10 las competencias exclusivas y compartidas de estos gobiernos, y tampoco hace referencia a tal atribución.

- El Poder Ejecutivo afirma que los gobiernos regionales solo tienen competencia sobre las comunidades campesinas y nativas en cuestiones relativas al saneamiento físico-legal de la propiedad agraria, y de formulación y ejecución de políticas para su inclusión, así como sobre priorización y promoción dentro de su jurisdicción, que deben realizarse además en concordancia con las normas y políticas nacionales. Pero esta competencia no guarda relación con la identificación y reconocimiento de los pueblos indígenas.

- Alega el Procurador que, si bien un gobierno regional puede, durante un proceso de consulta, determinar o individualizar cuáles son los pueblos que debieran ser consultados en un caso concreto, ello no implica que sea competente para identificar y reconocer de forma general a los pueblos indígenas, en el sentido expuesto en la ordenanza cuestionada.

- El demandante señala que la ordenanza regional impugnada no cumple con los principios que conforman el test de competencia. Así, afecta el principio de unidad porque el Gobierno Regional de Loreto no ha respetado el marco normativo sobre identificación y reconocimiento de pueblos indígenas, afectándose con ello el principio de lealtad y cooperación regional. También se ha afectado el principio de taxatividad, dado que no existe norma legal expresa que otorgue a los gobiernos regionales la competencia (exclusiva o compartida) en la materia en discusión. El principio de competencia ha sido afectado por cuanto la orde-

nanza regional impugnada contraviene normas del bloque de constitucionalidad que deben tomarse en cuenta para determinar las competencias del Poder Ejecutivo.

- En conclusión, alega que la ordenanza impugnada debe ser declarada inconstitucional porque su artículo primero asume una competencia que corresponde al Poder Ejecutivo en materia de identificación y reconocimiento de pueblos indígenas; su artículo segundo es una consecuencia del anterior pues reconoce personalidad jurídica a los pueblos originarios e indígenas que habitan en Loreto; su artículo tercero, si bien puede considerarse como declarativo, tiene relación con los anteriores por cuanto precisa los alcances del reconocimiento; y el artículo cuarto está viciado pues encarga la implementación de una competencia que corresponde al Poder Ejecutivo.
- Sobre los efectos de la sentencia, el Poder Ejecutivo solicita al Tribunal que en caso de declarar fundada la demanda evalúe declarar sin efecto todo acto administrativo realizado por el Gobierno Regional de Loreto al amparo de la ordenanza en cuestión, en virtud del artículo 113 del Código Procesal Constitucional, en atención a que el presente en realidad es un conflicto de competencia pero tramitado como proceso de inconstitucionalidad porque se origina en una norma con rango de ley, en aplicación del artículo 110 del citado cuerpo normativo.

B-2. CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, son los siguientes:

- El Gobierno Regional de Loreto afirma que la expedición de la ordenanza regional impugnada está amparada en el hecho de que en la Constitución no se determina de manera precisa e indubitable los sectores en los cuales el gobierno nacional es competente, mientras que el artículo 192 de la Constitución sí establece las competencias de los gobiernos regionales. Por ello, el Gobierno Regional de Loreto emitió la referida ordenanza en uso de sus atribuciones expresas.
- Sostiene que para resolver el fondo de la presente controversia se debe tomar en consideración la Ley de Bases de la Descentralización y la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, así como el principio del efecto útil y poderes implícitos, el cual flexibiliza el principio de taxatividad.
- Señala el demandado que es factible que los gobiernos regionales puedan realizar aquellas competencias reglamentarias no previstas legal ni constitucionalmente que sean consustanciales al ejercicio de las previstas expresamente, o constituyan

una directa manifestación y exteriorización de los principios que rigen a los gobiernos regionales dentro de un Estado unitario y descentralizado.

– Alega también que, conforme a la Ley de Bases de la Descentralización, los principios de dinamicidad y subsidiariedad permiten la progresión de las competencias regionales, y que respecto al reconocimiento de pueblos indígenas y originarios existe una competencia compartida con el gobierno nacional, lo que no afecta las atribuciones o las políticas que este último tenga o realice.

C. ARGUMENTOS DE LOS TERCEROS

Con fecha 3 de julio de 2018 este Tribunal Constitucional admitió como tercero a la Coordinadora Regional de los Pueblos Indígenas San Lorenzo – Corpi San Lorenzo, y con fecha 20 de julio de 2018 admitió como terceros a la Central Única Nacional de Rondas Campesinas del Perú (CUNARC-Perú), a la Organización Nacional de Mujeres Indígenas, Andinas y Amazónicas del Perú (ONAMIAP), y a la Federación de la Nacionalidad Achuar del Perú (FENAP), con el objeto de recibir el aporte de elementos jurídicos que coadyuven a resolver la presente controversia.

Los informes presentados usan argumentos similares, cuyos aspectos más relevantes son los siguientes:

– Sostienen que el Poder Ejecutivo no tienen la competencia exclusiva y excluyente para identificar y reconocer pueblos originarios o indígenas, pues esta atribución corresponde a los gobiernos regionales.

– Alegan que del artículo 33 del Convenio 169 de la OIT no se desprende una obligación de establecer una única instancia encargada de la protección de los pueblos indígenas. Por el contrario, tal mandato establecería que no hay una única institución que tenga la competencia para ejecutar las obligaciones derivadas de tal convenio.

– Señalan que la personalidad jurídica de los pueblos originarios está reconocida en el Perú a través de la Ley 27908, Ley de Rondas Campesinas, así como de una lectura en conjunto de la Constitución con los diversos instrumentos internacionales de Derechos Humanos.

- Por otro lado, sostienen que en la Sentencia 394-2015 del Segundo Juzgado Civil de la Corte Superior de Loreto, se resolvió que el Gobierno Regional de Loreto debe reconocer la personalidad jurídica del Pueblo Achuar del Pastaza. No obstante, a criterio de los representantes, en lugar que el Ministerio de Cultura coordine con los gobiernos regionales, este ha preferido interponer dos demandas de inconstitucionalidad.

- Afirman que la falta de personalidad jurídica para un pueblo originario implica que este no pueda realizar ningún tipo de acción legal, tales como participar en la política, acceder a la justicia o, incluso, no poder inscribirse en los Registros Públicos para contar con una partida registral.
- Concluyen que el solo hecho de negar la personalidad jurídica a un pueblo originario contraviene los artículos 89 y 191 de la Constitución. Asimismo, implica desconocer las obligaciones internacionales voluntariamente aceptadas por el Estado peruano, tales como el Convenio 169 de la OIT, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Por otro lado, sostienen que el reconocimiento administrativo de la "personalidad jurídica" de comunidades, taxativamente ha sido encargado por las leyes de comunidades campesinas y nativas, los reglamentos de tales leyes, y las leyes de descentralización, a los gobiernos regionales.
- Advierten que si este Tribunal dispone que los gobiernos regionales no pueden reconocer la personalidad jurídica de los pueblos indígenas, entonces generarían un vacío normativo debido a que ningún ente del Estado podría realizarlo, lo cual constituiría una política regresiva de derechos humanos.
- Aducen, además, que no puede existir un supuesto conflicto de competencia entre el Poder Ejecutivo y los gobiernos regionales debido que en el ordenamiento jurídico no existe una regulación expresa o taxativa que indique que este ente es competente para reconocer la personalidad jurídica de los pueblos indígenas.
- Sin embargo, arguyen que en concordancia con el literal n) del artículo 51 de la Ley 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, se establece que es una función de estos entes la de gestionar el proceso de saneamiento físico-legal de las comunidades campesinas y nativas. Además, sostienen que el artículo 9 de dicha ley establece que para formalizar su personería jurídica, la comunidad campesina debe ser inscrita por resolución administrativa del órgano competente en asuntos de comunidades del gobierno regional.
- En el mismo sentido, sostienen que el artículo 5.3 de la Directiva que regula la inscripción de los actos y derechos de las comunidades campesinas, aprobada mediante la Resolución 343-2013-SUNARP-SN, establece que para la inscripción del primer acto de la comunidad se podrá presentar la resolución de reconocimiento expedida por la Dirección Regional de Agricultura del gobierno regional correspondiente.

- Arguyen que la existencia de un ente rector en materia de promoción de derechos de los pueblos indígenas no significa que tenga competencia exclusiva y excluyente de reconocer la personalidad jurídica de los referidos pueblos.
- Asimismo, fundamentan que incluso cuando la Ley de Consulta Previa encarga al Poder Ejecutivo llevar una base de datos de los pueblos indígenas reconocidos, esto no significa que tenga competencias exclusivas y excluyentes en materia de reconocimiento de la personalidad jurídica de los pueblos antes mencionados.

II. FUNDAMENTOS

1. A la luz de los argumentos expuestos por las partes, este Tribunal se ocupará primero de determinar las disposiciones jurídicas que forman parte del bloque de constitucionalidad, a efectos de establecer el parámetro dentro del cual debe analizarse la constitucionalidad de la Ordenanza Regional 014-2017-GRL-CR.
2. En segundo lugar, se analizarán los presuntos vicios de inconstitucionalidad en que habría incurrido el Gobierno Regional de Loreto, sobre la base de los principios constitucionales que, según el demandante, han sido vulnerados.

§1. El Bloque de Constitucionalidad

3. El proceso de inconstitucionalidad supone un control abstracto de las normas con rango de ley tomando a la Constitución, en su carácter de norma suprema del ordenamiento, como parámetro.
4. Sin embargo, en determinadas ocasiones, el parámetro de constitucionalidad puede comprender a otras fuentes distintas de la Constitución y, en concreto, a determinadas fuentes con rango de ley, siempre que esa condición sea reclamada directamente por una disposición constitucional (Sentencia 0007-2002-AI/TC, fundamento 5).
5. 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.
6. A este parámetro de control, formado por la Constitución (en sus partes pertinentes) y aquellas normas con rango de ley que derivan directamente de la misma y tienen una relación causal con la materia jurídica subyacente al

control de constitucionalidad a realizarse, se le denomina bloque de constitucionalidad.

7. En ese orden de ideas, este Tribunal señaló que "en una hipótesis de infracción indirecta, el parámetro de control, esto es, la norma de referencia a partir de la cual el Tribunal evaluará la validez de la ley cuestionada, está integrado por la Constitución, pero también por todas las leyes a las que esta confirió la capacidad de limitar a otras normas de su mismo rango" (Sentencia 0047-2004-AI/TC, fundamento 128).

8. Este órgano de control de la constitución precisó, además, que se produce una afectación indirecta de la Constitución, cuando exista una incompatibilidad entre la norma sometida a juicio y otra norma legal a la que el propio Constituyente delegó:

   (i) La regulación de un requisito esencial del procedimiento de producción normativa.

   (ii) La regulación de un contenido materialmente constitucional.

   (iii) La determinación de competencias o límites de las competencias de los distintos órganos constitucionales.

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

10. Este Tribunal considera que las normas que componen el bloque de constitucionalidad aplicable al presente caso son aquellas que asignan competencias al Poder Ejecutivo y a los gobiernos regionales contenidas, respectivamente, en los artículos 118 y 192 de la Constitución, así como las leyes que desarrollan dichas atribuciones en las materias relevantes para resolver la presente controversia, y que son:

    (i) la Ley 27783, Ley de Bases de la Descentralización;

    (ii) la Ley 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales;

    (iii) la Ley 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo; y,

    (iv) la Ley 29565, Ley de Creación del Ministerio de Cultura.

11. Por otro lado, también resulta relevante para el presente caso el Convenio 169 de la OIT, así como la Ley 29785, Ley de Consulta Previa, emitida en concordancia con dicho convenio.

12. Finalmente, se hará referencia al Decreto Legislativo 1360, Decreto Legislativo que precisa funciones exclusivas del Ministerio de Cultura, que fue publicado en el Diario Oficial *El Peruano* con posterioridad a la fecha de interposición de la demanda en el presente proceso, el 22 de julio de 2018. Al día siguiente de dicha publicación se presentó la contestación de demanda.

§2. Análisis del caso

13. El demandante señala que los artículos primero, segundo, tercero y cuarto de la ordenanza impugnada han sido emitidos vulnerando la competencia del Poder Ejecutivo prevista en el bloque de constitucionalidad en materia de identificación y reconocimiento de pueblos indígenas u originarios, mientras que el demandado sostiene que tal competencia no es exclusiva de tal entidad sino que es compartida con los gobiernos regionales.

14. Las normas impugnadas señalan lo siguiente:

> **Artículo Primero.-** RECONOCER que en la Región Loreto habitan pueblos originarios e indígenas, que utilizan denominaciones como: "pueblos indígenas", "pueblos originarios", "comunidades campesinas", "comunidades nativas", "rondas campesinas", "pueblos ancestrales", entre otros, cumpliendo los criterios establecidos en el artículo 1º del Convenio Nº 169 de la OIT.
>
> **Artículo Segundo.-** RECONOCER la personalidad jurídica de aquellos "pueblos originarios" o "pueblos indígenas" que en ejercicio de su libre determinación, quieren ser reconocidos como tales.
>
> **Artículo Tercero.-** DETERMINAR que dicha personalidad jurídica de los pueblos indígenas o pueblos originarios, resulta ser similar a la naturaleza de "Ser Humano". Es decir, como indica el Tribunal Constitucional, se es persona por el hecho de existir, siendo este reconocimiento un acto declarativo y no constitutivo.
>
> **Artículo Cuarto.-** ENCARGAR a la Gerencia General Regional la implementación de la presente ordenanza regional, dando cuenta al Pleno del Consejo Regional.

15. Antes de analizar la constitucionalidad de la ordenanza impugnada, este Tribunal desea destacar la necesidad que se adopten medidas que fomenten el adecuado reconocimiento e identificación de los pueblos originarios, ello en el contexto de un Estado en el que conviven comunidades con distintas tradiciones, prácticas y costumbres. Esta clase de declaraciones son relevantes no solo porque reivindican el carácter ancestral de estos pueblos, sino porque les permiten titularizar distintos derechos como puede ocurrir con el caso de la consulta previa, libre e informada, la propiedad comunal o la aplicación de la justicia comunal. De ahí que la adopción de medidas que permitan alcanzar dicha finalidad debe ser considerada como una cuestión prioritaria para el Estado peruano, ya que permiten que un importante número de personas puedan desarrollar sus proyectos de vida sin injerencias arbitrarias, sea por parte de privados como del mismo Estado. De hecho, en la actualidad el Viceministerio de Interculturalidad cuenta con una base de datos de centros poblados ubicados dentro del ámbito de localidades pertenecientes a pueblos indígenas de la Amazonía y de Los Antes (fuente: http://bdpi.cultura.gob.pe/busqueda-localidades), y que permite reafirmar la notoria presencia de estas comunidades.

16. En este caso, bien podría sostenerse que la ordenanza impugnada no estaría efectuando ninguna declaración específica a efectos de reconocer o identificar a un pueblo indígena u originario, por lo que no tendría incidencia alguna en las competencias del Poder Ejecutivo. Podría afirmarse, en consecuencia, que se trataría simplemente de un documento que resalta el valor ancestral de estos pueblos. Sin embargo, de una interpretación sistemática de la ordenanza se puede advertir que, en el artículo cuarto, se ordena a la Gerencia Regional de Desarrollo Social que implemente lo dispuesto en su contenido, de lo que se desprende que el Gobierno Regional pretende asumir competencias vinculadas con la identificación de estos pueblos.

17. Ahora bien, y una vez precisado lo anterior, este Tribunal advierte que, si bien la presente causa fue interpuesta y admitida a trámite como un proceso de inconstitucionalidad, desde una perspectiva material plantea la existencia de un conflicto competencial, pues la controversia a solucionar consiste en determinar qué entidad estatal tiene la atribución para reconocer pueblos originarios e indígenas.

18. Conforme a lo establecido en el artículo 110 del Código Procesal Constitucional, y a lo señalado por este Tribunal en reiterada jurisprudencia, el proceso de inconstitucionalidad es la vía procesal idónea para analizar un conflicto de competencias que se haya manifestado en una norma con rango de ley, como ocurre en este caso con la ordenanza regional cuestionada.

19. Por tanto, este Tribunal debe pronunciarse sobre a quién corresponde la competencia para identificar y reconocer pueblos indígenas u originarios en nuestro ordenamiento jurídico, conforme se deriva de la Constitución y las normas pertinentes del bloque de constitucionalidad y, en consecuencia, deberá determinarse si la ordenanza impugnada se encuentra conforme con dichas normas.

20. Para ello resulta relevante aplicar el test de la competencia, desarrollado por este Tribunal en la Sentencia 0020-2005-PI/TC. De conformidad con dicho test, primero debe analizarse el principio de unidad y luego el principio de competencia. Pero antes cabe recordar los tipos de competencias que pueden tener los órganos constitucionales:

    (i) exclusivas, cuando son asignadas en exclusividad, aunque pueden ser a su vez positivas si son susceptibles de ser delegadas, o negativas si ello no es posible, en cuyo caso serán también excluyentes;

    (ii) compartidas, cuando se reparten responsabilidades sobre una materia entre dos o más niveles de gobierno; o,

    (iii) delegadas, si un nivel de gobierno realiza una delegación de competencias a otro nivel distinto, conforme a ley, y se abstiene de tomar decisiones sobre la materia o función delegada.

21. Ahora bien, el principio de unidad se desprende del artículo 43 de la Constitución, que establece, entre otras cosas, que el Estado es uno e indivisible, pero que su gobierno es descentralizado. Por otro lado, el artículo 189 de la Constitución señala que en el territorio de la República "se constituye y organiza el gobierno a nivel nacional, regional y local, en los términos que establece la Constitución y la ley, preservando la unidad e integridad del Estado".

22. De allí se deriva, a su vez, el principio de cooperación y lealtad regional, según el cual los gobiernos regionales y locales no pueden dictar normas que se encuentren en contradicción con las políticas nacionales; deben colaborar entre sí y con el gobierno nacional; y no deben realizar actos o adoptar medidas que comprometan las competencias o el cumplimiento de los fines constitucionales asignados a otros entes estatales. De esta manera, el proceso de descentralización no degenerará en uno de desintegración, ni la autonomía que les ha sido reconocida se convertirá en autarquía o soberanía interna.

23. El principio de unidad resulta determinante al momento de evaluar la atribución de competencias que no se encuentren claramente definidas normativamente. Conforme a este principio los gobiernos regionales no tienen más competencias

que aquellas que la Constitución y las leyes orgánicas les hayan concedido, correspondiendo el resto de competencias al gobierno nacional bajo una cláusula de residualidad. A esto se conoce como el principio de taxatividad, el cual se desprende del artículo 192 de la Constitución, que establece cuáles son las competencias de los gobiernos regionales.

24. Ahora bien, conforme al principio de competencia los gobiernos regionales son entes que gozan de atribuciones en el ámbito de su circunscripción territorial para regular válidamente las materias que les han sido asignadas por las normas pertinentes. Pero estas normas se articulan en nuestro ordenamiento jurídico no solo mediante el criterio de jerarquía, sino también mediante el criterio de competencia, pues las ordenanzas son normas con rango de ley.

25. No obstante, para que las ordenanzas resulten válidas deben emitirse en conformidad con la Constitución y las leyes orgánicas, pero no por el rango superior de estas últimas, sino porque la Constitución misma delega la determinación o delimitación de las competencias de los órganos constitucionales a estas leyes, de manera que no pueden emitirse ordenanzas contrarias a ellas, pues de lo contrario incurrían en un vicio de inconstitucionalidad indirecta.

26. Si bien conforme al artículo 106 de la Constitución existe una reserva de ley orgánica para regular la estructura y funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución, ello no impide que mediante otras leyes se atribuyan competencias distintas a regular la estructura y funcionamiento de las entidades señaladas, como las referentes a determinadas actividades, funciones o servicios públicos.

27. En tal sentido, la validez de una ordenanza se encuentra supeditada a su compatibilidad con la Constitución y las leyes que atribuyen competencias, es decir, aquellas que integren el bloque de constitucionalidad aplicable según la materia.

28. Adicionalmente, no deben dejarse de lado:

    (i) el principio de efecto útil y poderes implícitos, que establece que cada vez que una norma confiere una competencia a los gobiernos regionales, debe presumirse que esta contiene normas implícitas de sub competencia (que permiten reglamentar la legislación a emitir), sin las cuales el ejercicio de la atribución conferida carecería de eficacia o utilidad; y,

    (ii) el principio de progresividad en la asignación de competencias y transferencia de recursos, según el cual el proceso de descentralización del poder estatal no es un acto acabado sino que se realiza paulatinamente. Esto úl-

timo debe entenderse respecto de las competencias compartidas o de las delegables, y no respecto de las competencias exclusivas del gobierno nacional.

29. En el presente caso, corresponde analizar primero las competencias regionales contempladas en el artículo 192 de la Constitución, y que son:

    1. Aprobar su organización interna y su presupuesto.
    2. Formular y aprobar el plan de desarrollo regional concertado con las municipalidades y la sociedad civil.
    3. Administrar sus bienes y rentas.
    4. Regular y otorgar las autorizaciones, licencias y derechos sobre los servicios de su responsabilidad.
    5. Promover el desarrollo socioeconómico regional y ejecutar los planes y programas correspondientes.
    6. Dictar las normas inherentes a la gestión regional.

    7. Promover y regular actividades y/o servicios en materia de agricultura, pesquería, industria, agroindustria, comercio, turismo, energía, minería, vialidad, comunicaciones, educación, salud y medio ambiente, conforme a ley.
    8. Fomentar la competitividad, las inversiones y el financiamiento para la ejecución de proyectos y obras de infraestructura de alcance e impacto regional.
    9. Presentar iniciativas legislativas en materias y asuntos de su competencia.
    10. Ejercer las demás atribuciones inherentes a su función, conforme a ley.

30. De lo expuesto no se advierte que los gobiernos regionales tengan competencia expresa para realizar la identificación y reconocimiento de pueblos indígenas. Resulta pertinente, por tanto, verificar la atribución de competencias en las normas del bloque de constitucionalidad que desarrollan y complementan lo dispuesto en el artículo 192 de la Constitución.

31. La Ley de Bases de la Descentralización y la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales regulan las competencias exclusivas y compartidas de los gobiernos regionales en términos bastante similares. A continuación serán citadas las partes pertinentes de ambas leyes:

Ley 27783 **Ley de Bases de la Descentralización**	**Ley 27867** **Ley Orgánica de Gobiernos Regionales**
Artículo 35.- Competencias exclusivas a) Planificar el desarrollo integral de su región y ejecutar los programas socioeconómicos correspondientes. (…)	Artículo 10.- Competencias exclusivas y compartidas establecidas en la Constitución Política del Perú y la Ley de Bases de la Descentralización Los gobiernos regionales ejercen las competencias exclusivas y compartidas que les asignan la Constitución Política del Perú, la Ley de Bases de la Descentralización y la presente Ley, así como las competencias delegadas que acuerden entre ambos niveles de gobierno. 1. Competencias Exclusivas Son Competencias Exclusivas, de acuerdo al artículo 35 de la Ley Orgánica de Bases de la Descentralización Nº 27783, las siguientes: a) Planificar el desarrollo integral de su región y ejecutar los programas socioeconómicos correspondientes, en armonía con el Plan Nacional de Desarrollo. (…)
Artículo 36.- Competencias compartidas c) Promoción, gestión y regulación de actividades económicas y productivas en su ámbito y nivel, correspondientes a los sectores agricultura, pesquería, industria, comercio, turismo, energía, hidrocarburos, minas, transportes, comunicaciones y medio ambiente. (…) f) Difusión de la cultura y potenciación de todas las instituciones artísticas y culturales regionales. (…)	*[Continuación del artículo 10]* 2. Competencias Compartidas Son Competencias Compartidas, de acuerdo al artículo 36 de la Ley Orgánica de Bases de la Descentralización Nº 27783, las siguientes: c) Promoción, gestión y regulación de actividades económicas y productivas en su ámbito y nivel, correspondientes a los sectores agricultura, pesquería, industria, comercio, turismo, energía, hidrocarburos, minas, transportes, comunicaciones y medio ambiente. (…) f) Difusión de la cultura y potenciación de todas las instituciones artísticas y culturales regionales. (…)

32. De lo anotado se advierte que los gobiernos regionales no tienen competencia expresa para realizar la identificación y reconocimiento de pueblos indígenas. Ello no se puede derivar de competencias genéricas sobre desarrollo socioeconómico, pues se trata de una facultad muy genérica, o de normas que no hacen referencia siquiera a los pueblos indígenas. Las competencias regionales deben ser taxativas y las referencias expresas.

33. Sin perjuicio de ello, cabe analizar otras normas sustantivas del bloque de constitucionalidad sobre la competencia de los gobiernos regionales en materia de comunidades campesinas y nativas, como son las siguientes:

Ley de Bases de la Descentralización

Artículo 6.- Objetivos

La descentralización cumplirá, a lo largo de su desarrollo, con los siguientes objetivos:

(…)

OBJETIVOS A NIVEL SOCIAL:

(…) c) Incorporar la participación de las comunidades campesinas y nativas, reconociendo la interculturalidad, y superando toda clase de exclusión y discriminación.

Ley Orgánica de Gobiernos Regionales

Artículo 4.- Finalidad

Los gobiernos regionales tienen por finalidad esencial fomentar el desarrollo regional integral sostenible, promoviendo la inversión pública y privada y el empleo y garantizar el ejercicio pleno de los derechos y la igualdad de oportunidades de sus habitantes, de acuerdo con los planes y programas nacionales, regionales y locales de desarrollo.

Artículo 6.- Desarrollo regional

El desarrollo regional comprende la aplicación coherente y eficaz de las políticas e instrumentos de desarrollo económico social, poblacional, cultural y ambiental, a través de planes, programas y proyectos orientados a generar condiciones que permitan el crecimiento económico armonizado con la dinámica demográfica, el desarrollo social equitativo y la conservación de los recursos naturales y el ambiente en el territorio regional, orientado ha-

> cia el ejercicio pleno de los derechos de hombres y mujeres e igualdad de oportunidades.
>
> Artículo 8.- Principios rectores de las políticas y la gestión regional
>
> La gestión de los gobiernos regionales se rige por los siguientes principios:
>
> (…) 4. Inclusión.- El Gobierno Regional desarrolla políticas y acciones integrales de gobierno dirigidas a promover la inclusión económica, social, política y cultural, de jóvenes, personas con discapacidad o grupos sociales tradicionalmente excluidos y marginados del Estado, principalmente ubicados en el ámbito rural y organizados en comunidades campesinas y nativas, nutriéndose de sus perspectivas y aportes. Estas acciones también buscan promover los derechos de grupos vulnerables, impidiendo la discriminación por razones de etnia, religión o género y toda otra forma de discriminación.

34. Al respecto, este Tribunal debe señalar que las normas citadas son más bien principios que rigen la actuación de los gobiernos regionales al momento en que estos ejerzan sus atribuciones, pero no son normas que asignen competencias en sí mismas. Incluso en el supuesto negado que lo hicieran, de ellas no se advierte que exista una competencia regional expresa para realizar la identificación y reconocimiento de pueblos indígenas.

35. Por otro lado, el numeral 1 del artículo 33 del Convenio 169 de la OIT hace referencia a:

> La autoridad gubernamental responsable de las cuestiones que abarca el presente Convenio deberá asegurarse de que existen instituciones u otros mecanismos apropiados para administrar los programas que afecten a los pueblos interesados, y de que tales instituciones o mecanismos disponen de los medios necesarios para el cabal desempeño de sus funciones.

36. Se alega que de la disposición citada no se desprende una obligación de establecer una única instancia encargada de la protección de los pueblos indígenas. El Tribunal nota que, tal y como se ha afirmado, ciertamente de esa cláusula no se deriva el deber de reconocer a una sola autoridad, pero también lo es que el mismo convenio dispone que las medidas que se adopten deben tomar en cuenta las condiciones de cada país, y una de ellas es precisamente la forma en que cada Estado decide articular la relación entre sus distintas unidades territoriales y la forma en que aborda los niveles de descentralización, por lo que dicho argumento no es de recibo.

37. Será entonces el Estado mismo quien decida la configuración interna de dicha obligación, pudiendo recurrir alternativamente a la implementación de otras instituciones o de mecanismos apropiados para administrar los programas que afecten a los pueblos indígenas, siempre que esto asegure los medios necesarios para el cumplimiento de dichas funciones. Pero la citada disposición claramente no hace referencia a niveles de gobierno o a la obligatoriedad de la participación regional en la configuración de esta obligación.

38. Corresponde, por tanto, analizar las competencias del Poder Ejecutivo, entidad demandante en el presente proceso. Al respecto, cabe destacar que, si bien el artículo VI, numeral 1, de la LOPE, establece que dicho ente "ejerce sus competencias sin asumir funciones y atribuciones que son cumplidas por los otros niveles de gobierno", el artículo 4 de la citada ley, que regula las competencias exclusivas de este poder del Estado, señala que:

> Toda función, actividad, competencia, proyecto, empresa o activo que no hubiera sido asignado expresamente a otros niveles de gobierno corresponde al Poder Ejecutivo.

478

39. De ahí se deriva que las competencias del Poder Ejecutivo no son taxativas. Esto quiere decir que no es necesario que sus competencias hayan sido asignadas de forma expresa o por ley orgánica. Conforme se deriva de la misma LOPE, simplemente basta con que una competencia no haya sido otorgada taxativamente a otro nivel de gobierno o a otro ente estatal, mediante la Constitución o las leyes orgánicas, para que automáticamente sea una competencia del Poder Ejecutivo. Ello es concordante con el principio de unidad del Estado en general, y con el principio de taxatividad en particular, a los que ya se hizo referencia *supra*.

40. Asimismo, conforme al artículo 2 de la citada ley orgánica, los ministerios forman parte del Poder Ejecutivo, de manera que las competencias de este ente pueden ser ejercidas por estos conforme a ley. Al respecto, el artículo 22, numeral 3 de la LOPE, establece que el "ámbito de competencia y estructura básica de cada uno de los Ministerios se establece en su Ley de Organización y Funciones". Pero esto no impide, como se señaló *supra*, que mediante otras leyes se atribuyan competencias referentes a determinadas actividades, funciones o servicios públicos.

41. En tal sentido, la competencia de reconocimiento e identificación de pueblos indígenas podría recaer en diferentes ministerios o entidades del Poder Ejecutivo, de acuerdo al criterio del legislador, o del mismo Poder Ejecutivo si actúa habilitado conforme a las reglas establecidas en el artículo 104 de la Constitu-

ción, que regula la emisión de decretos legislativos por parte de dicho ente con autorización previa del Congreso de la República.

42. Al respecto, el Poder Ejecutivo señala en su demanda que, conforme al artículo 4 de la Ley 29565, Ley de Creación del Ministerio de Cultura, la "pluralidad étnica y cultural de la Nación" es una de las áreas programáticas de acción sobre la cual dicha entidad ejerce sus competencias, funciones y atribuciones, mientras que el artículo 15 de la misma ley designa al Viceministro de Interculturalidad como la autoridad inmediata en asuntos de interculturalidad e inclusión de las poblaciones originarias.

43. Ello es concordante con el artículo 19 de la Ley 29785, Ley de Consulta Previa, la cual asigna una serie de competencias específicas al órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo. La Primera Disposición Complementaria Final de dicha ley aclara que el Viceministerio de Interculturalidad es el "órgano técnico especializado en materia indígena del Poder Ejecutivo".

44. De otra parte, el artículo 8 de la Ley de Creación del Ministerio de Cultura ciertamente reconoce competencias compartidas con los gobiernos regionales, tales como:

> Artículo 8.- Funciones compartidas
>
> En el marco de sus competencias, el Ministerio de Cultura cumple las siguientes funciones compartidas con los gobiernos regionales y locales:
>
> a) Promover una cultura de respeto y acceso a los derechos culturales, libertad de creencias y de creación intelectual, artística, técnica y científica.
>
> b) Promover el registro, la investigación, preservación, conservación, difusión y puesta en valor del patrimonio cultural material e inmaterial, arqueológico, histórico y artístico, documental y bibliográfico, plástico, musical, popular y tradicional, el folclor, las industrias culturales y el patrimonio documental y bibliográfico de la Nación con la participación de las organizaciones de la sociedad civil y las comunidades.
>
> (…)
>
> 1. Con los gobiernos regionales:
>
> a) Coordinar la promoción, difusión y puesta en valor de las manifestaciones artísticas y culturales regionales.
>
> (…)

> f) Fomentar la afirmación de la identidad nacional y promover el desarrollo cultural a través del diálogo intercultural y el reconocimiento de la diversidad cultural entre los peruanos.

45. En dicho artículo no se advierte que exista una competencia compartida respecto al reconocimiento e identificación de pueblos indígenas. El literal f) del numeral 1 citado hace referencia al fomento del reconocimiento de la diversidad cultural específicamente, y no otros tipos de reconocimiento; mientras que el resto de disposiciones hacen referencia a aspectos promocionales. E inclusive estas competencias de fomento y promoción son compartidas con el Poder Ejecutivo.

46. Como se explicó *supra*, las competencias de los gobiernos regionales deben ser expresas. Recién entonces podrá aplicarse el principio de efecto útil y poderes implícitos. Es decir, tal principio extenderá capacidades regulatorias respecto de competencias que sean indubitablemente de los gobiernos regionales, pero no puede servir para extender competencias que no se deriven expresa e inequívocamente del bloque de constitucionalidad aplicable. Y en el presente caso resulta a todas luces evidente que la competencia que pretende tener el demandando no le ha sido asignada por la Constitución o por las leyes.

47. Si bien es cierto que de lo expuesto hasta aquí no se advierte que la competencia materia de controversia se reconozca expresamente a ningún ente, incluido el Poder Ejecutivo, por lo explicado *supra*, en nuestro ordenamiento jurídico las competencias no asignadas a un ente estatal de forma expresa le corresponden al Poder Ejecutivo por defecto. Así, tal competencia complementa las demás que este ente ya tiene en materia indígena.

48. En concordancia con ello, el artículo 20 de la Ley de Consulta Previa señala que el Viceministerio de Interculturalidad es la entidad responsable de implementar, actualizar y gestionar la Base de Datos de Pueblos Indígenas u Originarios. El demandante alega que esta base, al constituir el único registro de carácter oficial de los pueblos ya identificados y reconocidos, se encuentra en constante actualización.

49. El Poder Ejecutivo afirma que esta base tiene únicamente un carácter referencial, pues no tiene carácter constitutivo de derechos, y efectivamente así lo establece el artículo 29, numeral 1, del Decreto Supremo 001-2012-MC, Reglamento de la Ley de Consulta Previa.

50. Por otro lado, el artículo 10 de la Ley de Consulta Previa, que establece que la identificación de los pueblos indígenas a ser consultados "debe ser efectuada por las entidades estatales promotoras de la medida legislativa o administrativa", debe entenderse referida a un sentido aplicativo concreto.

51. Es decir, los entes estatales (de nivel nacional, regional o local) promotores de medidas legislativas o administrativas que puedan afectar directamente a pueblos indígenas u originarios, deben realizar la consulta previa, lo que implica identificar (determinar, individualizar, ubicar) a los pueblos potencialmente afectados con la medida en cuestión, esto es, en el caso concreto. Pero ello no significa que todo ente estatal susceptible de adoptar medidas que puedan afectar directamente a pueblos indígenas u originarios tengan la competencia de realizar la identificación y reconocimiento en un sentido general y oficial, con independencia respecto de la aplicación de una medida concreta.

52. Para efectos de lo dispuesto en el Convenio 169 de la OIT y en la Ley de Consulta Previa, la identificación y el reconocimiento de los pueblos indígenas u originarios deben ser realizados por el Estado peruano. Esta obligación recae en el Poder Ejecutivo, que debe aplicar los criterios de identificación y reconocimiento que se derivan de aquellas normas de manera uniforme en todo el territorio nacional.

53. Esto significa que será el Poder Ejecutivo quien habrá de aplicar lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley de Consulta Previa cuando señala que las comunidades campesinas o andinas y las comunidades nativas o pueblos amazónicos pueden ser identificados también como pueblos indígenas u originarios, conforme a los criterios señalados en dicho artículo.

54. Sin embargo, ello no significa que la competencia del Poder Ejecutivo para realizar la identificación y reconocimiento de pueblos indígenas u originarios se limite a los aspectos relacionados a la consulta previa, pues dicha competencia tiene un alcance general, en tanto no ha sido expresamente otorgada a los gobiernos regionales. Sin perjuicio de ello, este Tribunal advierte que dicha conclusión no afecta o limita otras competencias que tengan los gobiernos regionales u otras entidades estatales en materia indígena o de comunidades campesinas o nativas, siempre que estas tengan reconocimiento legal y sean ejercidas de acuerdo con la Constitución y las leyes y en concordancia con las políticas nacionales.

55. Asimismo, respecto a lo dispuesto en sentencias del Poder Judicial sobre reconocimiento de pueblos indígenas cabe señalar que, desde el día siguiente de la publicación de la presente sentencia, esta resulta vinculante para todos los poderes públicos, conforme lo dispone el artículo 82 del Código Procesal Constitucional, de manera que el Poder Judicial deberá tomar en consideración lo señalado *supra* respecto a la competencia del Poder Ejecutivo en materia de identificación y reconocimiento de pueblos originarios o indígenas cuando resuelva controversias que involucren dicha materia.

56. Finalmente, este Tribunal no deja de advertir que el mismo Poder Ejecutivo, con posterioridad a la fecha de interposición de la demanda en el presente proceso, ha emitido una norma que da una respuesta contundente a la controversia planteada por él.

57. Efectivamente, el Decreto Legislativo 1360, Decreto Legislativo que precisa funciones exclusivas del Ministerio de Cultura, publicado en el Diario Oficial *El Peruano,* el 22 de julio de 2018, señala lo siguiente:

> Artículo 1.- Objeto
>
> La presente norma tiene como objeto precisar las funciones exclusivas del Ministerio de Cultura como ente rector en materia de pueblos indígenas u originarios.
>
> Artículo 2.- Precisión de funciones exclusivas
>
> 2.1 Precísese, en el marco de desarrollo de las funciones exclusivas del Ministerio de Cultura y de su área programática de acción sobre pluralidad étnica y cultural de la Nación, que la identificación y reconocimiento de pueblos indígenas u originarios es desarrollada por el Viceministerio de Interculturalidad, a través de sus órganos técnicos.

58. Al respecto, no corresponde declarar, sin más, la sustracción de la materia, ya que el Decreto Legislativo al que se ha hecho referencia no necesariamente implica que se haya derogado la ordenanza aquí cuestionada, la cual aún se encuentra en vigor. Por otro lado, este Tribunal no se pronunciará sobre la constitucionalidad del Decreto Legislativo 1360 en sí mismo, en tanto el presente proceso no versa sobre ese asunto y aún se encuentra habilitado el plazo estipulado en el artículo 100 del Código Procesal Constitucional para cuestionar, en caso se estime pertinente, la constitucionalidad de dicha norma por razones de forma o de fondo.

59. Por todo lo expuesto, este Tribunal concluye que corresponde declarar fundada la demanda contra los artículos primero, segundo, tercero y cuarto de la Ordenanza Regional 014-2017-GRL-CR, emitida por el Gobierno Regional de Loreto, por afectar las competencias del Poder Ejecutivo en materia de identificación y reconocimiento de pueblos indígenas.

§3. Efectos de la presente sentencia

60. Como ha quedado demostrado, los artículos primero, segundo tercero y cuarto de la ordenanza impugnada son inconstitucionales, por lo que deben ser expulsados del ordenamiento jurídico, lo que ocurrirá al día siguiente de la publica-

ción de la presente sentencia en el diario oficial, conforme a lo dispuesto en el artículo 204 de la Constitución.

61. Por otra parte, cabe recordar lo dispuesto en el artículo 78 del Código Procesal Constitucional:

> 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.

62. En atención a ello, este Tribunal advierte que los artículos quinto, sexto y sétimo de la referida ordenanza son normas conexas que han perdido su razón de ser con la declaración de inconstitucionalidad decretada. Por tanto, corresponde declarar inconstitucionales por conexidad estos artículos.

63. Por otro lado, el demandante solicita a este Tribunal que en caso de declarar fundada la demanda evalúe declarar sin efecto todo acto administrativo realizado por el Gobierno Regional de Loreto al amparo de la ordenanza cuestionada, en virtud del artículo 113 del Código Procesal Constitucional.

64. Efectivamente, el recurrente sostiene que mediante la ordenanza impugnada el Gobierno Regional de Loreto no solo se ha atribuido competencias que no le corresponden, sino que a partir de su texto podrían habilitarse actos posteriores viciados de incompetencia. En tales actos se podría reconocer como pueblos originarios o indígenas a comunidades que no cumplan con los criterios objetivos y subjetivos establecidos en la normativa aplicable.

65. Sobre ello, este Tribunal recuerda que, al ser este un proceso de control abstracto de normas, no corresponde emitir un pronunciamiento en relación con dicha situación, sin perjuicio que las entidades interesadas activen los mecanismos correspondientes ante los órganos competentes.

66. Además, corresponde señalar que si bien este Tribunal Constitucional ha señalado *supra* que en el presente caso subyace una controversia en relación con la titularidad de una competencia, debe tenerse especialmente en cuenta que el presente proceso se ha planteado y admitido como uno de inconstitucionalidad, de manera que para su resolución no está habilitada la regla contemplada en el artículo 113 del Código Procesal Constitucional, en tanto esta es aplicable única y exclusivamente a los conflictos competenciales. Así, al ser un proceso de control abstracto de normas, esta pretensión es desestimada.

67. En esta misma línea, lo hasta aquí dicho no impide que lo pretendido por el Poder Ejecutivo pueda ser reclamado posteriormente en las vías procesales perti-

nentes alegando lo resuelto en la presente sentencia, que resulta vinculante para todos los poderes públicos desde el día siguiente de su publicación, conforme a lo establecido en el artículo 82 del Código Procesal Constitucional.

68. Finalmente, este Tribunal también desea resaltar que la declaratoria de inconstitucionalidad que aquí se ha realizado no impide, desde ningún punto de vista, que los gobiernos regionales articulen y desplieguen mecanismos a fin de poner en conocimiento del Poder Ejecutivo qué pueblos o comunidades en su jurisdicción puedan eventualmente ser reconocidos como indígenas u originarios, a fin que la autoridad designada, con la información que se le pueda proporcionar, pueda examinar cada caso concreto.

69. En efecto, lo que ha sido objeto de pronunciamiento por parte del Tribunal se relaciona con la potestad de *decidir*, en instancia definitiva, cuál es la entidad competente para el reconocimiento e identificación de pueblos originarios e indígenas, pero ello desde ningún punto de vista puede excluir a los diversos actores de *participar* en dicha labor. Así, los gobiernos regionales e incluso los locales deben contar con la posibilidad de remitir propuestas e informes al Poder Ejecutivo respecto de un eventual reconocimiento de algunas comunidades como pueblos indígenas u originarios, al ser estos los más cercanos a la realidad social de la zona respectiva, por lo que cuentan con importantes aportes que realizar a este procedimiento. Sin embargo, de ahí a que se reconozca que tengan la posibilidad de identificar y reconocer a dichos pueblos existe una importante diferencia, pues ello podría generar distintas discrepancias entre los niveles de gobierno, con todo el impacto que esto puede tener para las mismas comunidades y los derechos que puedan titularizar.

70. Por tanto, al no ser posible atender la solicitud del demandante respecto a los efectos de la sentencia, dicho extremo debe declararse infundado.

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 demanda por haberse afectado las competencias del Poder Ejecutivo en materia de identificación y reconocimiento de pueblos indígenas y originarios, por tanto, inconstitucional la Ordenanza Regional 014-2017-GRL-CR, emitida por el Gobierno Regional de Loreto.

2. Declarar **INFUNDADA** la demanda en lo demás que contiene.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MIRANDA CANALES
RAMOS NÚÑEZ
SARDÓN DE TABOADA
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA
FERRERO COSTA

PONENTE MIRANDA CANALES

EXP. N° 0004-2018-PI/TC
PRESIDENTE DE LA REPUBLICA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Estoy de acuerdo con el fallo y con la fundamentación de la sentencia emitida en el presente caso.

Sin embargo, suscribo este fundamento de voto a fin de apartarme del fundamento 15 de dicha sentencia pues, a mi juicio, no corresponde al Tribunal Constitucional realizar valoraciones subjetivas de las normas sometidas a su control ni, mucho menos, formular recomendaciones o propuestas en materia de políticas públicas a través de sus sentencias.

Es tarea de las autoridades electas por voto popular y de la sociedad civil participar activamente en la formación de políticas públicas en el país. En atención a la naturaleza de sus funciones, este Tribunal Constitucional debiera mantenerse al margen de dicho debate, siempre que ello sea posible garantizando, así, un grado máximo de neutralidad frente al acontecer político que le permita realizar con mayor eficacia la actividad jurisdiccional que le es propia.

Asimismo, considero necesario reiterar que, como expresé en el voto singular emitido en el Expediente 01129-2012-PA/TC al cual me remito en todos sus términos, la consulta previa, regulada por el Convenio 169 de la OIT, no puede ser considerada como un derecho fundamental.

En efecto, sobre la base de una interpretación conjunta de los artículos 56, 57 y 200 así como de la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución, estimo que los tratados internacionales suscritos por el Perú — incluyendo los tratados sobre derechos humanos — no tienen rango constitucional sino solamente legal salvo que sean aprobados conforme al procedimiento establecido en el artículo 206 de la Constitución.

Sin embargo, ese no fue el caso del Convenio 169 de la OIT; por tanto, no puede considerarse que este modifique o innove en modo alguno el ordenamiento constitucional.

Dicho tratado, por tanto, es una norma jurídica con rango de ley; es decir, posee una jerarquía equivalente al de las ordenanzas regionales o municipales.

S.

SARDÓN DE TABOADA

Exp. N.° 0004-2018-PI/TC
Caso de la Ordenanza Regional de Loreto sobre Reconocimiento de pueblos originarios e indígenas

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Coincido con el sentido de lo resuelto por mis colegas magistrados. Sin embargo, deseo hacer algunas precisiones sobre nuestra forma de Estado y el proceso de descentralización territorial, a la luz de lo prescrito en nuestra Constitución y lo precisado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional al respecto:

1. A lo largo de nuestra historia la descentralización territorial en el Perú, más que una práctica concreta seguida de manera consecuente, muchas veces ha sido, ante todo, un discurso bien intencionado, o inclusive, aunque sea duro decirlo, una promesa objeto de manipulación por diversos sectores. En dicho escenario, se aprecia cómo hasta la fecha continúa existiendo una serie de imprecisiones y problemas no resueltos en torno a la descentralización territorial, tanto es así que aun no existen posiciones bien definidas en diversos asuntos cuya relevancia es insoslayable. De esta manera, y como cuestión principal, ha sido difícil esclarecer con precisión cuál es la forma de Estado peruano, forma que, por lo demás, ha ido mutando en el tiempo, hasta llegar al modelo previsto en nuestra Constitución de 1993 (el cual, por cierto, ha sido objeto también de algunas importantes reformas).

2. En relación con el proceso de descentralización territorial, este ha sido una preocupación constante para el Tribunal Constitucional, a la cual ha debido atender de manera recurrente, por ejemplo, con ocasión de resolver conflictos de competencias que se presentan entre los diversos niveles de gobierno (nacional, regional y local), fricciones que, en nuestro modelo de jurisdicción constitucional, deben ser canalizados a través de los procesos competenciales y los procesos de inconstitucionalidad (estos últimos, cuando el conflicto de competencias se sustenta en normas con rango de ley).

3. Respecto al contenido de la pretensión alegada, tenemos que, y muy a despecho de ciertos esfuerzos históricamente seguidos en otro sentido, lamentablemente en el Perú el ejercicio del poder a nivel territorial se ha encontrado concentrado y centralizado en Lima, con indudables consecuencias a nivel social, político y económico. Esto, ciertamente, es de lamentar, pues los ciudadanos y las autoridades de gran parte del país en muchas ocasiones se han encontrado (y se encuentran) alejados de muchas decisiones importantes que les involucran directamente, y respecto a las cuales tienen importantes consideraciones que aportar, tanto a nivel social, político y técnico.

4. En ese marco, es claro que la descentralización territorial implica un redimensionamiento completo respecto del ejercicio del poder político. De este modo, la descentralización constituye una importante opción para acercar el gobierno a los ciudadanos, democratizando la toma de aquellas decisiones que, en líneas generales, pueden ser consideradas como la de mayor relevancia en nuestra sociedad, o también aquellas que tienden a apuntalar modelos alternativos de desarrollo social y económico. Así, y manteniéndonos en el contexto propio de la forma de Estado unitario, la descentralización territorial se presenta entonces en el Perú como una necesidad estrechamente vinculada con la democracia y el desarrollo social, que merece una atención y materialización impostergable.

5. Ya en el ámbito normativo, vemos que, de una lectura conjunta de los artículos 43 (el gobierno peruano es unitario y descentralizado) y 188 (sobre el proceso de descentralización) de la Constitución, la forma del Estado peruano puede ser calificada, como también lo ha señalado el Tribunal Constitucional, de *Estado unitario y descentralizado*, o, dicho con otras palabras, de un Estado que se encuentra incursa en un *proceso de descentralización territorial*, el cual es una política permanente del Estado y cuyo objetivo fundamental es el desarrollo integral del país.

6. Ahora bien, nuestra forma de Estado *unitario y descentralizado* implica entender que, a despecho de estas importantes cuotas de descentralización, en el Perú la interpretación a aplicar parte de los parámetros propios de un Estado unitario, tal como pasaré a explicar. Al respecto, y en primer lugar, respecto a la noción de Estado unitario, se trata de aquella forma estatal que cuenta con un centro de gobierno único o principal, desde el cual se toman las decisiones más importantes dentro de un Estado. En este, eventualmente, buscándose tal vez una mejor distribución de competencias, alguna cuota de democratización del ejercicio del poder estatal o quizá el apuntalamiento de modelos de desarrollo alternativo en alguna comunidad en especial, puede ocurrir que se concedan o

transfieran determinadas de competencias a entes descentralizados, con ciertas, aunque usualmente acotadas, cuotas de autonomía.

7. La desconcentración, por su parte, fue descrita por Hauriou en su momento como una técnica administrativa, la cual es sin duda diferente de la descentralización. Y es que si bien la desconcentración tiene en común con la descentralización que en ambas existe una tendencia centrífuga, que aproxima la Administración al administrado, sin embargo, la desconcentración se encuentra tan solo limitada a delegar ciertas competencias administrativas, en lo que se constituye antes bien una "técnica de autoridad" y no una "técnica de libertad"[1]. De este modo, la desconcentración mantiene el centralismo, y si bien no supone que toda la actividad pública se realice en el centro político estatal, únicamente otorga potestades administrativas y, en algunos casos testimoniales, a los niveles subnacionales de gobierno. De esta manera, en un *Estado unitario con desconcentración* no se transfieren competencias ni recursos, pues las dinámicasde reparto y transferencia de competencias, con vocación permanente además, es patrimonio de los procesos de descentralización.

8. Ya respecto a la *descentralización territorial*, que caracteriza a nuestro *Estado unitario y descentralizado*, antes que ser una técnica administrativa para trasladar los beneficios del centro político hacia las poblaciones periféricas expectantes, es principalmente una forma de distribución el poder del Estado dentro del territorio. Más específicamente, la descentralización territorial implica la transferencia (y no solo la delegación) de competencias, que pasan del tradicional centro político a las entidades subnacionales (gobiernos regionales y locales en el caso peruano). Así considerado, las regiones y los municipios se erigen como ejes propios de desarrollo, y cuentan con plena autonomía y con espacios propios de participación y de decisión política.

9. En este sentido, el actual artículo 188 de nuestra Constitución es muy claro cuando señala que "la descentralización es una forma de organización democrática y constituye una política permanente de Estado, de carácter obligatorio que tiene como objetivo fundamental el desarrollo integral del país. El proceso de descentralización se realiza por etapas, en forma progresiva y ordenada conforme a criterios que permitan una adecuada asignación de competencias y transferencia de recursos del gobierno nacional hacia los gobiernos regionales y locales".

---

1 HAURIOU, André. *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*. Segunda edición, Ariel, Barcelona, 1980, p. 185.

10. En este orden de ideas, el desarrollo integral del país –objetivo constitucionalmente consagrado– implica que cada espacio subnacional cuente con las garantías suficientes para plantear sus propias líneas de desarrollo. Con ese propósito, cabe recordar que este Tribunal ha señalado que "(...) nuestra Constitución no sólo ha conferido a los gobiernos descentralizados (regional y local) autonomía administrativa, sino también económica, y, lo que es más importante, autonomía política. Esta última se traduce, de un lado, en la elección de sus órganos por sufragio directo (artículo 191 de la Constitución), y, de otro, en la capacidad de dictar normas con rango de ley (artículos 192.6 y 200.4 de la Constitución)" (STC Exp. n.° 00020-2005-PI, f. j. 38; STC Exp. n.° 00034-2009-PI, f. j. 7).

11. Así considerado, los gobiernos regionales y locales deben contar con condiciones que les permitan decidir y generar su propio desarrollo, tanto a partir de las políticas que adopten de manera autónoma, como también de las relaciones que entablen con el centro y también entre ellas. La descentralización territorial, entonces, queda vinculada a la posibilidad de que cada localidad pueda gozar de autonomía, así como de generar sus propias dinámicas de desarrollo de acuerdo a sus propias decisiones, en un marco de subsidiariedad.

12. Ahora, lo que he anotado hasta el momento sobre nuestra forma de Estado y sobre el proceso de descentralización debe tenerse en cuenta al momento de enfrentar conflictos competenciales como el presente. De manera más específica, en lo que se refiere al llamado "test de competencia", por ejemplo, al cual suele hacer referencia el Tribunal Constitucional para resolver este tipo de controversias, debemos indicar que este no puede entenderse como un test que arrojará, indubitablemente, una respuesta correcta para cada caso. Por el contrario, el uso de criterios como los de *unidad*, *cooperación y lealtad* (nacional y regional), o *taxatividad y cláusula de residualidad*, deberán ser entendidos y aplicados siempre respetando nuestra forma de Estado *unitario y descentralizado*. Dicho con otros términos: y es que si bien el nuestro es un Estado unitario (por lo cual opera a favor del gobierno nacional la cláusula de residualidad de las competencias), está inmerso en un proceso de descentralización en el cual existen verdaderas autonomías (que en ningún caso deben ser minimizadas o soslayadas).

13. Así considerado, las respuestas que brinde el Tribunal Constitucional a estas cuestiones no pueden partir de asumir que el gobierno nacional detenta, prima facie, algo así como una jerarquía superior frente a los demás niveles de gobierno, y que ello se traduzca, por ejemplo, en la primacía de las decisiones del gobierno central, al margen o en perjuicio de las competencias constitu-

cionales y legales establecidas para los diversos niveles de gobierno; o que debe entenderse que es mayor la lealtad constitucional en dirección hacia el gobierno nacional, que hacia los gobiernos regionales o locales; o, finalmente, que todas las decisiones importantes para nuestra comunidad deben ser de competencia del gobierno nacional.

14. Por el contrario, debe tenerse en cuenta que lo que manda en las relaciones entre los diversos niveles de gobierno territorial más bien son las competencias establecidas (expresas, aunque a veces tácitas o implícitas), la residualidad en los supuestos en los que las competencias que no hayan sido reguladas, así como el deber de colaboración y lealtad mutua entre diversos los gobiernos, siempre, claro está, respetando el parámetro de última ratio para la decisión de conflictos propia de un Estado unitario, independientemente de eventuales matices de descentralización territorial.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

EXP. N.° 0004-2018-PI/TC
Caso de la Ordenanza Regional de Loreto sobre reconocimiento de pueblos originarios e indígenas

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI EN EL QUE OPINA QUE CORRESPONDE DECLARAR INFUNDADA LA DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD INTERPUESTA CONTRA LA ORDENANZA REGIONAL 014-2017-GRL-CR, POR HABER SIDO EMITIDA POR EL GOBIERNO REGIONAL DE LORETO EN EJERCICIO DE SUS COMPETENCIAS CONSTITUCIONALES

En la sentencia de mayoría se declara fundada en parte la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra la Ordenanza Regional 014-2017-GRL-CR, Ordenanza Regional sobre identificación y reconocimiento de pueblos originarios e indígenas y, como consecuencia de tal decisión, inconstitucional la referida Ordenanza Regional, emitida por el Gobierno Regional de Loreto.

Con el respeto que me merecen mis distinguidos colegas Magistrados firmantes de la sentencia de mayoría, mediante el presente voto singular expreso mi radical disentimiento con la posición que subsume dicha sentencia, por cuanto:

- Trasunta una visión centralista del país, ajena a la lógica y filosofía del Legislador Constituyente Peruano, que ha optado por la descentralización como principal instrumento de su desarrollo integral y armónico, a través básicamente de los gobiernos regionales y locales, a los que ha otorgado autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia.
- Minimiza y desconoce tanto la descentralización, en cuanto proceso de desarrollo integral y armónico del país, como el rol constitucional de los gobiernos regionales y locales y sus competencias constitucionales, los cuales son instrumentos básicos de tal proceso.

– Contempla una visión limitativa y restringida de la autonomía regional, a pesar que se trata de una autonomía política, económica y administrativa; y no una visión amplia que haga posible una interpretación coherente y armónica con lo que podría denominarse el sistema constitucional de distribución de competencias, el cual implica una nueva concepción, dentro de la cual se incrementan las competencias y atribuciones de las regiones, así como se disminuyen y limitan las de otros entes estatales de alcance nacional.

La fundamentación detallada del presente voto singular se efectuará de acuerdo al siguiente esquema:

1. El carácter descentralizado del gobierno peruano y el rol de las regiones en el proceso de descentralización del país.
2. La descentralización como proceso de desarrollo integral y armónico del país.
3. Los gobiernos locales y regionales como principales instrumentos de la descentralización del país. La autonomía regional y el rango de ley de las Ordenanzas Regionales.
4. La garantía institucional y el bloque de constitucionalidad regional en materia de reconocimiento de pueblos originarios e indígenas.
5. El resumen de los fundamentos de mi posición.
6. El sentido de mi voto.

A continuación, desarrollo dicho esquema, siguiendo la misma numeración temática:

1. El carácter descentralizado del gobierno peruano y el rol de las regiones en el proceso de descentralización del país.

Como ya lo tengo manifestado en oportunidades anteriores[2], el artículo 43º de la Constitución de 1993, reproduciendo el numeral 79º de la Carta de 1979, establece que el Perú es una república democrática, social, independiente y soberana, que conforma un Estado único e indivisible, cuyo gobierno es unitario, representativo y *descentralizado*, el cual se organiza en base a la separación de poderes.

2 Véase, entre otros, mis comentarios contenidos en el libro colectivo "El rango de ley de las ordenanzas municipales en la Constitución de 1993 (colisión normativa entre ley del Congreso y ordenanza municipal)", editado por la Municipalidad Metropolitana de Lima. Stampa Gráfica. Lima. 1997, pp. 2 – 63.

Esta tipificación de la forma del Estado Peruano y, especialmente de su forma de gobierno, en cuanto a su carácter descentralizado, a la vez que unitario y representativo, no se encuentra en ninguna de las diez constituciones anteriores a la de 1979 que rigieron en el Perú. En efecto, en lo que atañe a la forma del Estado Peruano, las Constituciones de 1823, 1826, 1828, 1834, 1839, 1856, 1860, 1867 y 1920 no consignaron expresamente un solo artículo en sus textos que hiciera referencia expresa a aquella; mientras que la Constitución de 1933 si recogió en su articulado normas referentes a la forma del Estado Peruano. Así, sus artículos 1º y 2º caracterizaban al Perú como una república democrática y soberana, cuyo Estado era uno e indivisible. En lo que respecta a la forma del gobierno peruano y contrariamente al tratamiento brindado a la forma del Estado, las Constituciones de 1823, 1826, 1828, 1834, 1839, 1856, 1860, 1867 y 1920 si consignaron artículos que la describían con la única excepción de la Constitución de 1933, que guardó un marcado silencio sobre el tema. Ciertamente, las de 1823 (artículo 27º) y de 1826 (artículo 7º) establecieron que era popular y representativo; las de 1828 (artículo 7º) y de 1834 (artículo 7º) le agregaron el carácter de consolidado en la unidad nacional; la de 1839 (artículo 12º) le sumó las características de responsable y alternativo; la de 1856 (artículo 41º) lo describió como democrático, representativo y basado en la unidad; y las de 1860 (artículo 42º), de 1867 (artículo 43º) y de 1920 (artículo 68º) lo tipificaron además como republicano.

Tal constatación significa sin lugar a dudas que, a nivel de normativa constitucional, a partir de la Constitución de 1979 y sin perjuicio de los intentos efectuados en el pasado, se introdujo un cambio inédito y de enorme trascendencia respecto a la tipificación del gobierno peruano, al introducir en la misma su carácter de *descentralizado*, el cual la Carta Constitucional de 1993 ha mantenido en su precitado artículo 43º, que fuera aprobado con el 79% de votos a favor de los señores miembros del Congreso Constituyente Democrático, como lo enfatiza el doctor Carlos Torres y Torres Lara, ex - Presidente de su Comisión de Constitución.[3]

No es del caso detenerse en este punto en la explicación de las razones históricas, sociales y políticas, entre muchas otras, que tuvo el Legislador Constituyente Peruano para adoptar una decisión de tan tremenda envergadura, pero es evidente que se trató de un cambio sustancial en la forma del gobierno, que apostaba

3 TORRES Y TORRES LARA, Carlos. "La Nueva Constitución del Perú 1993: Antecedentes, Fundamentos e Historia Documentada." Desarrollo y Paz. Lima. 1993, p. 466.

por un modelo que, sin perder sus características de unidad y de representatividad, conllevara un ejercicio del poder realmente descentralizado, que permitiera emprender la tarea de un desarrollo integral, armónico y uniforme del país, acabando con el ancestral centralismo, causante, en gran medida, de los males nacionales.

2. La descentralización como proceso de desarrollo integral y armónico del país.

En esta línea, en orden a la implementación del diseño de gobierno unitario, representativo y *descentralizado* concebido por el Legislador Constituyente Peruano, la Constitución de 1993 ha dado importantes avances que es necesario resaltar, a los efectos del presente voto singular.

Ciertamente, en primer término, ha establecido que la *descentralización es un proceso*, que tiene como objetivo fundamental el desarrollo integral del país. Vale decir, un proceso que permita que en todo el territorio nacional se den los elementos que posibiliten a los peruanos un nivel de vida acorde con su condición de seres humanos, dentro de la inspiración humanista ratificada por la Constitución vigente, que entiende que la persona es el fin supremo de la sociedad y del Estado, por lo que de lo que se trata es que en cada lugar de la República exista acceso a la educación, a la cultura, a la salud, al comercio, a la industria, al esparcimiento y, en general, a todos los elementos que trae consigo la modernidad en procura del bienestar y de la realización del hombre.

En segundo lugar, ha establecido que dicho proceso implica *el ejercicio del gobierno de manera descentralizada y desconcentrada*. Esto es, que para el desarrollo integral del país, sin romper el concepto unitario del gobierno peruano, deben reconocerse órganos de gobierno distintos a los que integran la estructura del gobierno central, con poder suficiente para enfrentar en forma autónoma la problemática de cada localidad. Ello, sin perjuicio de la desconcentración, que consiste en la delegación de funciones, atribuciones y decisiones desde el gobierno central (nivel de autoridad superior) hacia niveles de autoridades subordinadas, de menor jerarquía funcional o territorial, dentro del ámbito de la misma persona jurídica, para el mejor cumplimiento de sus fines nacionales. En tal sentido, en la concepción del Legislador Constituyente, la delegación del ejercicio del poder para lograr la ansiada descentralización del país corre por vías paralelas: por la vía de la descentralización propiamente dicha y por la vía de la desconcentración.

En tercer orden, ha establecido que el referido proceso *se da básicamente a través y a partir de los gobiernos regionales y locales*, a los cuales considera *instrumentos de la descentralización del país*. En este punto, es importante resaltar el papel que se asigna a los gobiernos regionales y las municipalidades como órganos del gobierno regional y local, a los que no solamente se concibe como entidades encargadas de enfrentar y atender los requerimientos que se presentan en sus respectivas jurisdicciones, en lo que atañe a las necesidades locales, sino también y, principalmente, como medios de materializar la descentralización del gobierno, en tanto entidades que representan a los vecinos de su respectiva circunscripción territorial, quienes, a través del sufragio directo, eligen a sus autoridades y, por medio de los mecanismos de democracia directa, participan en las tareas de su respectivo gobierno regional y local.

En cuarto lugar, ha establecido que los gobiernos regionales y las municipalidades, para cumplir su papel de ser instrumentos y expresión de la descentralización, tengan *plena autonomía política, económica y administrativa, en los asuntos de su competencia*.

En quinto orden, ha establecido, en armonía con la referida autonomía política, económica y administrativa, que *los gobiernos regionales y las municipalidades mediante sus respectivos Concejos Municipales y Consejos Regionales (equivalentes al Poder Legislativo en el nivel local, en los asuntos de su competencia) tienen la facultad de dictar normas con rango de ley, denominadas Ordenanzas Municipales y Ordenanzas Regionales, respectivamente*.

Estos significativos avances están consagrados en los artículos 188º, 189º, 190º, 191º y 200º, inciso 4), de la Constitución de 1993, que establecen literalmente que "La descentralización es un proceso permanente que tiene como objetivo el desarrollo integral del país.", que "El territorio de la República se divide en regiones, departamentos, provincias y distritos, en cuyas circunscripciones se ejerce el gobierno unitario de manera descentralizada y desconcentrada.", que "Los gobiernos regionales tienen autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia. Coordinan con las municipalidades sin interferir sus funciones y atribuciones.". Y que, al referirse al proceso de inconstitucionalidad, este "…procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general (conocidas como ordenanzas regionales) y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo.", respectivamente.

3. Los gobiernos locales y regionales como principales instrumentos de la descentralización del país. La autonomía regional y el rango de ley de las Ordenanzas Regionales.

Queda claro de lo expuesto hasta esta parte, la gran importancia que atribuye el Legislador Constituyente Peruano a la descentralización, tanto como una de las principales características del gobierno peruano cuanto como proceso necesario e imprescindible para el desarrollo integral del país; y, dentro de este contexto, a los gobiernos regionales y las municipalidades como instrumentos de la descentralización, a los cuales ha dotado de autonomía normativa con rango de ley, en los asuntos de su competencia, por lo que corresponde a continuación detenerse brevemente en el tema relacionado con la autonomía regional y, dentro de este, en el de la facultad normativa del Consejo Regional y en el del rango de ley de las Ordenanzas Regionales.

Siguiendo al constitucionalista español Francisco Fernández Segado[4], puede afirmarse que el concepto de autonomía es de muy dificultosa precisión, si es que éste no se analiza dentro de el aquí y el ahora de cada momento histórico, así como de la cobertura constitucional existente en tal momento histórico. En este orden, el citado autor sostiene, siguiendo al profesor Santiago Muñoz Machado, que "… el concepto de autonomía es difícil de precisar si no se enmarca en coordinadas concretas de tiempo y lugar y se atiende al contexto normativo en que se emplea porque, ciertamente, es polisémico, relativo, históricamente variable y comprendido en forma diferente en los diversos lugares en que se utiliza."[5]

Sin embargo, no obstante este carácter inicial del concepto de autonomía "si se tiene en cuenta la normativa constitucional peruana, así como los ingredientes que el Legislador Constituyente incorpora dentro de la autonomía asignada a las Municipalidades (aplicable también a la autonomía de los gobiernos regionales), resulta patente su voluntad de conformar la autonomía como un principio general de organización territorial del gobierno peruano y, a la par, como el derecho de la comunidad local a participar mediante sus propios órganos en el gobiernos y la administración de cuantos asuntos le atañen", al punto que, como bien apunta el mismo Fernández Segado, siguiendo la más actualizada doctrina que busca la redefinición de la autonomía local basada en el interés respectivo como

4 FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. "La Autonomía Municipal en la Constitución Española de 1978". Citado por BLUME FORTINI, Ernesto, en el libro "El Rango de Ley de las Ordenanzas Municipales en la Constitución de 1993 (colisión normativa entre ley del Congreso y ordenanza municipal)", editado por la Municipalidad Metropolitana de Lima. Stampa Gráfica. Lima. 1997, p. 3.

5 Loc. Cit.

base del principio de autonomía y, en particular a Alfonso Luciano Parejo, el verdadero objeto de la autonomía local "…*radica en el derecho al autogobierno, que significa el derecho a la atribución de potestades (sin precisar cuáles deban ser éstas) en todos aquellos supuestos en que se vean comprometidas o afectadas necesidades de la comunidad local".*[6]

En este orden de ideas, la autonomía debe ser entendida en su más amplio sentido como la capacidad "… *para ejecutar y cumplir todas las tareas de la Administración estatal con propia responsabilidad, y esto sin importar la posible trascendencia supralocal de estas tareas, pues lo que determinaría la capacidad sería la afectación a los intereses de los ciudadanos"*[7]. No cabe por consiguiente, una visión limitativa y restringida de la autonomía tanto local como regional, máxime cuando a esta se asignan caracteres políticos, económicos y administrativos, sino por el contrario una visión amplia que, en el fondo encierra, una redefinición de la autonomía local y regional, que haga posible una interpretación coherente y armónica con lo que podría denominarse el sistema constitucional de distribución de competencias, el cual rompe los esquemas tradicionales e implica una nueva concepción, dentro de la cual, en la medida del nuevo rol de los gobiernos regionales se incrementan las competencias y atribuciones de estos, así como se disminuyen y limitan las de otros entes estatales que antes (en el esquema centralista) las detentaba. Por ello, en opinión del constitucionalista español antes citado, la afirmación de la autonomía "… *ha de ser entendida como un derecho de la comunidad local a participar a través de órganos propios en el gobierno y administración de cuantos asuntos le atañen".*[8]

Con relación a este último aspecto, la intensidad de la participación de la municipalidad o el gobierno regional, en el ejercicio del gobierno, depende de la relación que se pueda dar entre los intereses locales y los supralocales, en el contexto, como es obvio, de la atención a los problemas emergentes de la realidad local; ya que, por su propia naturaleza, el gobierno local y también regional ejerce poder únicamente sobre su respectiva circunscripción territorial.

Recalco que, a la luz de la normativa constitucional vigente, contenida puntualmente en los artículos 43º, 188º, 189º, 190°, 191º, 192º, 193º, 194º, 195º, 196º y 200º, inciso 4, de la Constitución de 1993, el Legislador Constituyente Peruano ha concebido al Gobierno Regional como órgano con autonomía po-

6 Loc. Cit.
7 Loc. Cit.
8 Loc. Cit.

lítica, económica y administrativa en los asuntos de su competencia, encargado de aprobar el plan de desarrollo regional, así como de promover el desarrollo socioeconómico regional y dictar las normas inherentes a la gestión regional, entre otras funciones, que es, junto con la municipalidad, instrumento básico de la descentralización del país, en el marco de un modelo que maximiza, revalúa y repotencia al gobierno regional, al cual para el cabal ejercicio de sus responsabilidades le ha dado funciones normativas, por intermedio de sus Consejos Regionales, dictando ordenanzas, que son leyes regionales, de igual rango que las leyes ordinarias que dicta el Congreso de la República.

Sobre la función normativa debe hacerse hincapié que la autonomía política comprende la autorregulación; razón que llevó a consagrar expresamente en el artículo 191º de la Carta Fundamental de 1993 que el Concejo Regional (que es una suerte de parlamento regional integrado por el Gobernador Regional y los consejeros regionales) tiene la facultad de legislar o normar en materia regional y, adicionalmente, de fiscalizar al Gobernador Regional (que es el órgano ejecutivo regional). Nótese en este punto que el Legislador Constituyente crea al legislador regional o parlamentario regional, a quien se le denomina consejero regional; y que se trata de un legislador para quien se reservan áreas sobre las que deberá ejercer su función normativa: los asuntos de competencia regional. Nótese, igualmente, que tal decisión se cimienta también en la teoría de la reserva constitucional o reserva legal, en cuya virtud la normación en el ámbito competencial regional queda reservada al legislador regional.

A contramano, tal reserva conlleva que el legislador ordinario (que dicta las leyes propiamente dichas: el Poder Legislativo, a través del Congreso de la República), el legislador delegado (que dicta decretos legislativos por delegación del Congreso: el Poder Ejecutivo) y el legislador infralegal (que dicta normas de inferior jerarquía que las leyes: el Poder Ejecutivo, entre otros), han quedado privados de normar en materias propias de las Regiones, ya que esa tarea ha sido entregada al legislador regional, en concordancia con la autonomía política que tienen los gobiernos regionales.

Como está dicho, la función legislativa o normativa regional la realiza el legislador regional vía Ordenanzas Regionales, que son en puridad leyes regionales; dispositivos o normas jurídicas (en el más estricto sentido) que regulan el ámbito competencial regional y, en general, atienden a la necesidad normativa que presenta la problemática regional. Empero, también en concordancia con la autonomía política, que, como quedó enfatizado, conlleva a la autonormación o autorregulación, el Legislador Constituyente Peruano le ha dado a la

Ordenanza Regional el rango de ley, al establecer en el artículo 200º, inciso 4), de la Constitución, al referirse a las normas impugnables por causal de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, que tienen rango de ley, al igual que las leyes propiamente dichas, los decretos legislativos, los decretos de urgencia, los tratados, los reglamentos del Congreso y las Ordenanzas Municipales.

El rango significa "…índole, clase, categoría, calidad…"[9]. Por lo tanto, el rango de ley significa índole, clase, categoría y calidad de ley. En tal sentido, si por disposición constitucional la Ordenanza Regional tiene rango de ley, consecuentemente tiene índole, clase, categoría y calidad de ley; raciocinio que permite arribar a la conclusión que la Ley del Congreso y la Ordenanza Regional (norma regional de carácter general según la Constitución) tienen igual índole, clase, categoría y calidad, diferenciándose únicamente en la materia normativa que corresponde a cada una.

4. La garantía institucional y el bloque de constitucionalidad regional en materia de reconocimiento de pueblos originarios e indígenas.

A esta altura del análisis interesa detenerse en el principio de la garantía institucional que promoviera el constitucionalista Carl Schmitt, a raíz de sus reflexiones en torno a la Constitución de Weimar del 11 de agosto de 1919, cuando señaló que habría que establecer la distinción entre, de una parte, "derechos fundamentales" y, de otra parte, "garantías institucionales", en la idea que el Legislador Constituyente brindara lo que podría denominarse una protección especial a "… *instituciones que no convenía que fueran entregadas a las posibles veleidades del legislador ordinario".*[10]

Ciertamente, el *principio de la garantía institucional* resguarda que el legislador ordinario (que expresa y ejerce el poder constituido), en su tarea normativa no desnaturalice, limite, desconozca o anule aquellas instituciones creadas por el Legislador Constituyente (que expresa y ejerce el poder constituyente, que es el poder originario), al cual debe estar supeditado y subordinado. En buena cuenta, se trata de garantizar que al realizarse la tarea de reglamentación o de implementación normativa de la Constitución no se la contradiga, desnaturalice o desborde, sino, por el contrario, quede garantizada una protección especial a

9 CABANELLAS, Guillermo. "Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual." Editorial Helíasta S.R.L., 1989, Tomo VII, p. 10

10 FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. "El Sistema Constitucional Español." Dykinson, 1992, p. 1019.

ciertas instituciones, para que la normación constitucional impida su supresión en la vía legislativa ordinaria.

En otras palabras, a partir de las reflexiones de Carl Schmitt que, como está dicho apuntaban a la concesión de una protección constitucional especial a las instituciones de rango constitucional, protegiéndolas en su esencia (en su núcleo básico) frente a los peligros que podría significar una normativa infraconstitucional que las desnaturalizara, se fueron introduciendo en las Constituciones ulteriores a la segunda guerra mundial una serie de mecanismos tendientes a hacer efectiva la garantía institucional y recogiendo a nivel doctrinario dicho principio, el cual ha sido fortalecido y complementado por la jurisprudencia constitucional. Con relación a esto último, resulta ilustrativo hacer referencia a la sentencia del Tribunal Constitucional Español 32/1981, del 28 de julio de 1981, que pese a que admite que las Constituciones pueden omitir consagrar una regulación orgánica de las instituciones de rango constitucional, el hecho de su propio reconocimiento y plasmación en el texto constitucional asegura su existencia "…*a las que se considera como componentes esenciales y cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales, estableciendo en ellas un núcleo o reducto indispensable por el legislador. Las instituciones garantizadas son elementos arquitecturales indispensables del orden constitucional y las normaciones que las protegen son, sin duda, normaciones organizativas, pero a diferencia de lo que sucede con las instituciones supremas del Estado, cuya regulación orgánica se hace en el propio texto constitucional, en éstas la configuración institucional concreta se defiere al Legislador Ordinario, al que no se fija mas límite que el del reducto indisponible o núcleo esencial de la institución que la Constitución garantiza".*[11]

Se trata de instituciones básicas, cuya normación o regulación corresponde al legislador ordinario, pero dentro del límite de la indisponibilidad del núcleo o reducto esencial consagrado en la Constitución, por lo que la garantía institucional es desconocida "…*cuando la institución es limitada, de tal modo que se la priva prácticamente de sus posibilidades de existencia real como institución para convertirse en un simple nombre".*[12]

La garantía institucional conlleva una limitación en la facultad normativa del legislador ordinario, quien debe circunscribir su accionar a la aprobación de la correspondiente ley de desarrollo constitucional (ley orgánica), para, como

11 Ibíd. p. 1021.
12 Ibíd. p. 1022.

está dicho, complementar, fortalecer e implementar el modelo, en el marco del núcleo o reducto indisponible. En el caso peruano, de conformidad con el artículo 190º de la Constitución de 1993 el Congreso de la República dicta la correspondiente Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, que no es otra cosa que la ley de desarrollo constitucional de la institución denominada Gobierno Regional, la cual debe complementar, fortalecer e implementar el modelo. Esto es, un Gobierno Regional con plena autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia, con facultad de dictar normas con rango de ley para la regulación de tales asuntos, que es instrumento básico del proceso de descentralización del país, que constituye la expresión del ejercicio descentralizado del poder y que refleja el carácter descentralizado del gobierno peruano.

En tal sentido, *el principio de la garantía institucional* persigue precisamente garantizar que la creación del Legislador Constituyente Peruano denominado Gobierno Regional, sea desarrollado adecuadamente por el legislador ordinario en el plano normativo infraconstitucional, a fin de dotarlo de todos los instrumentos normativos que permitan su cabal desarrollo y el pleno y eficiente cumplimiento de sus fines (esto es, fortalecerlo, complementarlo e implementarlo, normativamente hablando); pues resulta inconcebible, carente de toda lógica elemental y, además, totalmente inconstitucional, que quien ejerce el poder constituido dicte normas para debilitar, maniatar y disminuir la creación del Legislador Constituyente. Es decir, insólitamente, convertir a esa creación denominada Gobierno Regional, que el Legislador Constituyente concibe como un órgano capaz de vencer con éxito las vallas y obstáculos que se le presenten, para cumplir con sus objetivos, en un ente tullido. En un órgano constitucional minusválido.

De otro lado, de acuerdo a la doctrina del Derecho Constitucional contemporáneo, la normativa que regula un determinado órgano, ente, entidad o institución del Estado de rango constitucional, conformada por el conjunto de normas contenidas en la propia Constitución que lo crean, establecen sus características básicas y determinan sus principales competencias, y la respectiva normativa infraconstitucional de primer rango que contiene su regulación complementaria, conformada por el conjunto de normas contenidas en su correspondiente ley de desarrollo constitucional y en las leyes que complementan a esta última, que desarrollan con más detalle sus características y competencias, así como otros aspectos atinentes a su adecuado funcionamiento constituyen el *bloque de constitucionalidad*.

Esto es, un conjunto normativo conformado por los preceptos contenidos en la misma Constitución y los preceptos contenidos en la ley de desarrollo constitucional y sus complementarias, dictados dentro del marco constitucional, que determinan las características, competencias y atribuciones de un determinado órgano constitucional; conjunto normativo que es considerado como un todo o bloque (por ello su denominación), a los efectos del análisis de constitucionalidad. En tal sentido, el bloque de constitucionalidad es una unidad, que comprende la sumatoria de ambas normativas (la constitucional y la infraconstitucional de primer rango), la cual será comparada con la norma cuestionada para determinar su constitucionalidad o su inconstitucionalidad, entendiendo por constitucionalidad de una norma jurídica aquel "…vínculo de armonía y concordancia plena entre la Constitución y las demás normas del sistema jurídico que aquella diseña; tanto en cuanto al fondo como a la forma."[13], o aquella suerte de "…cordón umbilical que conecta o une los postulados constitucionales con sus respectivos correlatos normativos, en sus respectivos niveles de especificidad; siendo consustancial al proceso de implementación constitucional e imprescindible para la compatibilidad y coherencia del sistema jurídico."[14]

En el Perú se ha recogido la figura del bloque de constitucionalidad en el Código Procesal Constitucional, aprobado por Ley Nº 28237, al establecer en su artículo 79º (ubicado dentro del Título VI referido a las disposiciones generales de los procesos de acción popular y de inconstitucionalidad), que el Tribunal Constitucional para apreciar la validez constitucional de las normas "…considerará, además de las normas constitucionales, las leyes que, dentro del marco constitucional, se hayan dictado para determinar la competencia o las atribuciones de los órganos del Estado o el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona.".

Ahora bien, en lo que atañe específicamente a los órganos, entes, entidades o instituciones del Estado Peruano de rango constitucional, consagrados en la Constitución de 1993, el *bloque de constitucionalidad* está conformado únicamente por los preceptos constitucionales que los crean y regulan y por los preceptos infraconstitucionales contenidos en su correspondiente ley de desarrollo constitucional, denominada por el Legislador Constituyente Peruano ley orgánica, por cuanto su artículo 106º establece en sus partes pertinentes que mediante "…leyes orgánicas se regulan la estructura y el funcionamiento de las entidades del Estado previstas

13 BLUME FORTINI, Ernesto. "El Control de la Constitucionalidad (Con especial referencia a Colombia y al Perú). Ersa. Lima. 1996, p. 23.

14 Loc. Cit.

en la Constitución…", y que para "…su aprobación o modificación, se requiere el voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso.".

En el caso concreto de los Gobiernos Regionales, estamos ante órganos de rango constitucional, ya que es la propia Constitución la que las crea, establece sus principales características, su composición básica, las facultades de sus órganos de gobierno, la forma de elección de sus máximas autoridades y sus competencias más importantes, entre otros aspectos, cuya implementación normativa debe darse en la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales. Por consiguiente, el bloque de constitucionalidad regional está integrado en el Perú por las normas sobre gobiernos regionales contenidas en la Constitución de 1993 y los preceptos de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales Nº 27867.

En cuanto al bloque de constitucionalidad regional en materia de reconocimiento de pueblos originarios e indígenas, interesa destacar las siguientes normas:

> "Las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas. Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior. El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas." (Artículo 89° de la Constitución).
>
> "La descentralización es una forma de organización democrática y constituye una política permanente de Estado, de carácter obligatorio, que tiene como objetivo fundamental el desarrollo integral del país. El proceso de descentralización se realiza por etapas, en forma progresiva y ordenada conforme a criterios que permitan una adecuada asignación de competencias y transferencia de recursos del gobierno nacional hacia los gobiernos regionales y locales." (Artículo 188, primer párrafo, de la Constitución).
>
> "El territorio de la República está integrado por regiones, departamentos, provincias y distritos, en cuyas circunscripciones se constituye y organiza el gobierno a nivel nacional, regional y local, en los términos que establece la Constitución y la ley, preservando la unidad e integridad del Estado y de la Nación." (Artículo 189, primer párrafo).
>
> "Los gobiernos regionales tienen autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia…" (Articulo 191, primer párrafo, primera parte).

> "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." (Artículo 192 de la Constitución, primer párrafo).

Se deduce de las cláusulas anteriormente glosadas, que la finalidad descentralista como esquema dentro del que se estructura el Estado peruano, no es un simple desiderátum indicativo sino que representa sin duda alguna uno de los grandes objetivos de nuestro ordenamiento constitucional, el mismo que requiere ser concretizado de manera permanente y armónica.

Siendo las cosas del modo descrito, no es extraño que las normas integrantes de nuestro bloque de constitucionalidad se esfuercen en fortalecer dicha visión de manera tal que la misma pueda resultar verificable en la realidad. Es dentro de dicha lógica que encuentra acogida una norma como la contenida en el artículo 8, numeral 4, de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, de acuerdo con la cual:

> "El Gobierno Regional desarrolla políticas y acciones integrales de gobierno dirigidas a promover la inclusión económica, social, política y cultural, de jóvenes personas con discapacidad o grupos sociales tradicionalmente excluidos y marginados del Estado, principalmente ubicados en el ámbito rural y organizados en comunidades campesinas y nativas, nutriéndose de sus perspectivas y aportes. Estas acciones también buscan promover los derechos de grupos vulnerables, impidiendo la discriminación por razones de etnia, religión o género y toda otra forma de discriminación"

Del mismo modo, resulta de suma importancia el artículo 6, literal c), de la Ley de Bases de la Descentralización, norma concordante con la precitada Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, que lleva por rótulo "Objetivos", en la que, acorde con la Constitución, se establecen los objetivos de la descentralización. A saber:

> "Artículo 6. Objetivos
>
> La descentralización cumplirá, a lo largo de su desarrollo, con los siguientes objetivos:
>
> (…)
>
> OBJETIVOS A NIVEL SOCIAL
>
> (…)

c) Incorporar la participación de las comunidades campesinas y nativas, reconociendo la interculturalidad, y superando toda clase de exclusión y discriminación."

Se observa que, en armonía con el bloque de constitucionalidad regional, los gobiernos regionales tienen competencia para desarrollar acciones integrales de gobierno dirigidas a promover la inclusión económica, social, política y cultural, de grupos sociales tradicionalmente excluidos y marginados del Estado, como los organizados en comunidades campesinas y nativas, reconociendo la interculturalidad e incorporando la participación de estas comunidades para superar toda clase de exclusión.

Esto último es un objetivo de la descentralización, por lo que su materialización pasa primero por reconocer que en la circunscripción de los Gobiernos Regionales habitan pueblos originarios e indígenas y, en segundo orden, por reconocer la personería jurídica que el propio Legislador Constituyente le ha otorgado a estos pueblos o comunidades, promoviendo así su inclusión social, económica, política y cultural en la región.

5. El resumen de los fundamentos de mi posición.

A la luz de los fundamentos hasta aquí expuestos, si el Gobierno Regional de Loreto ha optado por reconocer que en la Región Loreto conviven diversos pueblos originarios e indígenas que preexisten a la formación del Estado y por reconocer la personería jurídica de la que están investidos, no es porque haya asumido funciones o competencias que no le corresponden, sino exactamente al revés: como parte de las obligaciones que inevitablemente le corresponden a partir de lo dispuesto en la Constitución y los precitados dispositivos de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales y la Ley de Bases de la Descentralización. No proceder con sujeción a ello o pretender desconocer una facultad como la descrita, sería vaciar de contenido la fórmula del Estado Constitucional Unitario Descentralizado.

Ahora bien, la participación del Tribunal Constitucional, como supremo órgano de control de la constitucionalidad, resulta sumamente importante en el estudio y en el análisis de las competencias constitucionalmente asignadas a las entidades de gobierno en todos sus niveles, en cuanto garante de la primacía normativa de la Constitución, tarea que conlleva garantizar la plena vigencia del Estado Constitucional Unitario Descentralizado al que todos aspiramos.

En el presente caso, se han sometido a juicio de constitucionalidad los artículos 1, 2, 3 y 4 de la Ordenanza Regional 014-2017-GRL-CR, emitida por el Con-

sejo Regional de Loreto, por aparentemente colisionar la Constitución, alegándose una aparente indebida intervención en el ejercicio de competencias que son exclusivas del Poder Ejecutivo.

A este respecto, dejo constancia de mi radical oposición con la fórmula que utiliza la sentencia de mayoría para resolver casos como el presente, aplicando el llamado "principio de taxatividad" en virtud al cual "…en nuestro ordenamiento jurídico las competencias no asignadas a un ente estatal de forma expresa le corresponden al Poder Ejecutivo por defecto." (ver su fundamento 38); fórmula que colisiona frontalmente con el modelo de Estado Constitucional Unitario Descentralizado al que antes me he referido y que propugna de modo claro, expreso e indubitable nuestra Carta Constitucional, la que, vale recalcarlo, es expresión normativa de la voluntad del Legislador Constituyente.

Por tal motivo, el último párrafo del artículo 4° de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, que señala "Toda función, actividad, competencia, proyecto, empresa o activo que no hubiera sido asignado expresamente a otros niveles de gobierno corresponde al Poder Ejecutivo.", resulta totalmente inconstitucional, correspondiendo desaplicarlo en ejercicio del control difuso.

Una fórmula que se condice con la descentralización es la que atiende al principio de subsidiariedad previsto en el artículo 4, literal f, de la ya aludida Ley de Bases de la Descentralización, que señala:

> "Las actividades de gobierno en sus distintos niveles alcanzan mayor eficiencia, efectividad y control de la población si se efectúan descentralizadamente. La subsidiariedad supone y exige que la asignación de competencias y funciones a cada nivel de gobierno, sea equilibrada y adecuada a la mejor prestación de los servicios del Estado a la comunidad."

En ese sentido, ante la falta de norma expresa que regule la competencia en determinado asunto, corresponde que la asuma el ente descentralizado que pueda realizar la actividad de gobierno de modo más efectivo, directo y eficiente. En el presente caso, para el reconocimiento de pueblos originarios e indígenas dentro de determinada circunscripción territorial, es evidente que los Gobiernos Regionales se encuentran mejor posicionados para ejercer la competencia.

Por las razones expuestas, a mi juicio la ordenanza regional cuestionada no resulta inconstitucional por cuanto, por un lado, el Gobierno Regional emplazado, en el ejercicio de su autonomía política y de sus antes mencionadas competen-

cias, ha decidido cumplir con un objetivo de la descentralización y, por otro, con la loable finalidad de generar la inclusión de los pueblos originarios e indígenas de su región, norma que de manera directa beneficia a la población que integra estos grupos y materializa una política descentralizadora e inclusiva dentro del ámbito de su jurisdicción.

6. El sentido de mi voto.

Por las razones precedentemente expuestas y explicadas, voto en contra de la sentencia de mayoría, que adopta una posición jurisprudencial notoriamente centralista, lesionando la competencia regional de la Región Loreto para reconocer los pueblos originarios e indígenas en su región. Ello, en mi concepto, lejos de ser coherente, compatible y armónico con la Constitución, se distancia de ella, pues se aparta de los postulados constitucionales que informan al proceso de descentralización en el Perú.

S.

BLUME FORTINI

EXP. N.° 00004-2018-PI/TC
LIMA
PODER EJECUTIVO

VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

Pasarán decenas de años y seguirá siendo indiferente para el Gobierno nacional el RECONOCIMIENTO formal de los pueblos indígenas u originarios

Este caso no encierra un simple conflicto de competencias. Este es un caso en el que se decidía la suerte del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas u originarios en el Perú y el resultado ha sido un claro debilitamiento de tal derecho. Esto debido a que la mayoría del Tribunal Constitucional ha declarado que sólo el Poder Ejecutivo puede encargarse de "identificar" y "reconocer" a los pueblos indígenas u originarios que existen en el Perú.

En otras palabras, sólo el Poder Ejecutivo deberá reconocer, **una a una**, si en más de 6000 localidades (caserío, centro poblado, anexos, ampliaciones, comunidad campesina, comunidad nativa, entre otros) habita o no alguno de los 55 pueblos indígenas u originarios declarados hasta ahora en el Perú. Sin dicho reconocimiento formal del Poder Ejecutivo es difícil, sino casi inviable, que se realice la consulta previa en tales localidades.

Ciertamente se podría alegar que la consulta previa a una determinada localidad se puede desarrollar sin que ésta se encuentre en la denominada Base de Datos de los Pueblos Indígenas (BPDI) o incluso sin tal reconocimiento formal del Poder Ejecutivo; sin embargo, en la práctica estos pasos son trascendentales para iniciar efectivamente el proceso de consulta previa. Una localidad que cuente con el reconocimiento formal de que allí habita un pueblo indígena, evidentemente tendrá más posibilidades de exigir la realización de un proceso de consulta previa. ¿Cuántos reconocimientos de localidades en las que habitan pueblos indígenas ha realizado hasta la fecha el Poder Ejecutivo, con base en el Decreto Legislativo 1360? Respuesta: ninguno.

Por ello, considero que es inadmisible, desde todo punto de vista, que, en casi 200 años de vida republicana, existan aún peruanos y peruanas, integrantes de los pueblos indígenas (quechuas, aymaras o ashaninkas, entre otros), que no logran un efectivo reconocimiento e identificación formal por parte del Gobierno nacional y, como consecuencia de ello, ven afectado su derecho a la consulta previa, a la identidad étnica, a las tierras y al territorio, entre otros.

Aunque nuestra Constitución establece en su primer artículo que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado, es claro, de lo actuado en el presente caso, que, por el contrario, un Gobierno nacional centralista siempre funciona con un manifiesto desdén, indiferencia y casi siempre postergada protección de los derechos fundamentales de aquellas personas que integran los denominados pueblos indígenas u originarios.

No existe igual reconocimiento de derechos para todos en la sociedad peruana y menos para quienes integran los pueblos indígenas y originarios. En los tiempos actuales, en que las sociedades y sus sistemas jurídicos tienen mayor apertura para examinar y reconocer el pluralismo y la diversidad cultural, el Estado peruano va en sentido contrario, atribuyendo más poder al Gobierno nacional y quitando o "desmantelando" competencias de aquellos Gobiernos regionales y municipales que están en mejores condiciones de proteger, aunque sea en un primer nivel, los derechos de los pueblos indígenas y nativos que se encuentran en su circunscripción.

¿Por qué es importante el reconocimiento de los pueblos indígenas y nativos? Porque el reconocimiento posibilita a su vez la defensa de otros derechos (a la no discriminación e igualdad ante la ley, a la libre determinación, a la identidad e integridad cultural, a la propiedad de la tierra, el territorio y los recursos naturales, a la participación y a la consulta, al consentimiento, a sus propios sistemas de justicia, a la reparación, etc.)[15]. Es más, el reconocimiento tiene un nexo importante con la identidad. Como refiere Taylor: "nuestra identidad se moldea en parte por el reconocimiento o por la falta de éste; a menudo también, por el *falso* reconocimiento de otros, y así, un individuo o un grupo de personas puede sufrir un verdadero daño, una auténtica deformación si la gente o la sociedad que lo rodean le muestran como reflejo un cuadro limitativo, o degradante o despreciable de si mismo... el falso reconocimiento o la falta de reconocimiento puede causar daño, puede ser una forma de opresión que aprisione a alguien en un modo de ser falso,

15 DUE PROCESS OF LAW FUNDATION. Manual para defender los derechos de los pueblos indígenas. Washington, 2011.

deformado y reducido"[16]. Queda clara así la materialización de binomio reconocimiento-identidad.

Pero además, como sostiene la Organización Internacional del Trabajo (OIT), "el reconocimiento y la identificación de los pueblos indígenas tienen repercusiones en su visibilidad en las estadísticas nacionales y en los sistemas de información, como así también en la capacidad de los Estados para responder a sus necesidades y prioridades específicas y para monitorear el impacto de las intervenciones".[17]

En ese sentido, el Estado tiene la obligación de invertir mayores esfuerzos en posibilitar la protección de los derechos de los pueblos indígenas u originarios. Si el principio de igualdad exige tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, es justamente el caso de los pueblos indígenas y originarios, cuyos integrantes carecen del reconocimiento formal de sus derechos, el que requiere mayores decisiones estatales que se orienten a remover las históricas situaciones de desigualdad que aún continúan afrontando.

¿Cuáles serían esas decisiones estatales?, ¿cómo se podría lograr la visibilidad de los pueblos indígenas y nativos?, ¿cómo lograr su reconocimiento? En general, es cierto que la cuota nativa en diversos procesos electorales (municipales, regionales y nacionales) podría ayudar, aunque no siempre sea el mecanismo decisivo para lograr una representación política indígena sustantiva[18]. Paredes sostiene que "la condición de la organización social indígena de base parece ser más importante en este resultado" y que "la existencia de un significativo nivel de organización indígena garantiza una menor oportunidad de instrumentalizar a los candidatos indígenas en un contexto como el peruano, de baja institucionalización de los partidos"[19].

También se podría fomentar cuotas de empleo en entidades públicas o privadas para trabajadores que pertenezcan a pueblos indígenas, con especial énfasis en las regiones con mayor presencia de población indígena. Deberíamos contar con un relevante número de trabajadores estatales indígenas o origen indígena, sobre todo en las regiones antes mencionadas y en el Ministerio de Cultura. En el ámbito público sobre la justicia, en proporción a la población que protegen, se debería contar con mayores

16 TAYLOR, Charles. "La política del reconocimiento". En: El multiculturalismo y la política del reconocimiento. México, Fondo de Cultura Económica,1993, p.44.

17 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica: una guía sobre el Convenio 169 de la OIT, Ginebra, 2009, p.10.

18 PAREDES, Maritza. Representación política indígena. Un análisis comparativo subnacional. Lima, Jurado Nacional de Elecciones, 2015, p.113.

19 Ibid.

operadores (servidores, defensores públicos, policías, fiscales y jueces) que dominen lenguas indígenas u originarias.

Otra medida podría ser la implementación de la figura del *juez ad hoc* en aquellos casos judiciales que versen sobre derechos de los pueblos indígenas y originarios. Dicho juez sería un miembro de alguna comunidad indígena o nativa y su función sería ilustrar al tribunal sobre el contexto, las costumbres y la cultura de la comunidad o las comunidades que se encuentran en conflicto o controversia, teniendo derecho a votar en dicho caso. Asimismo, considero que dicha figura del *juez ad hoc* debería ser incorporada en la normativa del Tribunal Constitucional, más aún si se trata del Órgano de Control de la Constitución.

Otro de esos mecanismos tendría que ser el reparto razonable de competencias entre los Gobiernos nacional, regional o municipal, en cuanto al reconocimiento de la existencia de los pueblos indígenas u originarios. Tales Gobiernos, apoyados por organizaciones indígenas representativas, son los que, en diferentes niveles, pueden articular mejor dicho reconocimiento. Se ha verificado la existencia de casos en los que algunas de las representaciones más activas han sido las del nivel regional. Así, la mencionada investigadora ha sostenido que "para el caso de Consulta Previa, son las organizaciones indígenas regionales las que tienen mayor protagonismo, articulan mejor la representación"[20].

Si miramos cómo ha venido actuando el Poder Ejecutivo en dicha labor de reconocimiento, sólo hace falta destacar que en la actualidad el Gobierno nacional no ha completado la Base de Datos de Pueblos Indígenas (BDPI) y no ha identificado si la referencial lista de miles de localidades y comunidades que aparecen en la BDPI corresponde o no a la lista de los 55 pueblos indígenas u originarios que habitan en aquellas. ¿Y así pretenden que esa competencia de reconocimiento sólo sea nacional? Si se espera que, **uno por uno**, el Gobierno nacional reconozca como pueblo indígena u originario a las más de 6000 localidades o comunidades existentes en el Perú, seguro que pasarán decenas de años, o quizás más. Esta actitud evidencia una clara afectación de los derechos fundamentales de tales pueblos indígenas u originarios, la obstaculización del derecho a la consulta previa y un manifiesto desinterés en el reconocimiento formal de tales pueblos. Se dirá que la consulta previa puede desarrollarse sin el reconocimiento, pero es evidente que el punto de partida de la consulta previa siempre será su reconocimiento formal.

20 Entrevista al diario *El Comercio* del 26 de noviembre de 2015. https://elcomercio.pe/luces/libros/representacion-politica-indigena-peru-246717

Creo que esto va en contra de una interpretación armonizante y equilibrada de las disposiciones constitucionales que se encuentran comprometidas en la tarea de reconocimiento de los pueblos indígenas y nativos. En efecto, si bien el legislador nacional tiene la competencia para determinar al órgano que debe encargarse de la identificación y el reconocimiento de los pueblos indígenas u originarios, esta competencia debe ser delimitada tomando en cuenta otros bienes constitucionales que resultan relevantes. Uno de ellos es precisamente la «efectiva» protección de los derechos de los pueblos indígenas u originarios. Definitivamente será más efectivo para los mencionados pueblos que un primer nivel de dicha identificación y reconocimiento lo realicen los Gobiernos regionales y un último nivel lo sea el Gobierno nacional, pero de ninguna forma que sea únicamente el Gobierno nacional el competente para ello.

Por lo expuesto, estimo que en el presente caso debe declararse **INFUNDADA** la demanda presentada contra la Ordenanza Regional 014-2017-GRL-CR del Gobierno Regional de Loreto e interpretarse que el "reconocimiento" y "determinación" que ésta pretende constituye un primer nivel de reconocimiento, quedando el Ministerio de Cultura como órgano final que define tales competencias.

Seguidamente expondré mis argumentos respecto de los siguientes apartados: i) la justificación, al momento de expedirse la Ordenanza Regional 014-2017-GRL-CR, sobre la existencia de una competencia compartida entre el Gobierno nacional y los Gobiernos regionales en cuanto al reconocimiento de los pueblos indígenas u originarios; ii) la insuficiente e ineficaz labor de reconocimiento de los pueblos indígenas u originarios por parte del Poder Ejecutivo; y iii) la nula actividad del Poder Ejecutivo, generadora de un estado de cosas inconstitucional, en cuanto al reconocimiento efectivo de las localidades y comunidades en las que habitan los pueblos indígenas u originarios.

I. La competencia compartida entre el Gobierno nacional y los Gobiernos regionales en materia de reconocimiento de los pueblos indígenas u originarios

1. La Ordenanza Regional 014-2017-GRL-CR, expedida por el Gobierno Regional de Loreto, fue publicada en el diario oficial *El Peruano* con fecha 15 de diciembre de 2017.

2. En dicha fecha no existía ninguna ley que de modo expreso haya establecido que la competencia de identificación y reconocimiento de pueblos indígenas u originarios es desarrollada por el Gobierno Nacional.

3. La demanda de inconstitucionalidad del Poder Ejecutivo contra la Ordenanza Regional 014-2017-GRL-CR fue presentada el 2 de febrero de 2018.

4. Con posterioridad a la interposición de la demanda, la Procuraduría Pública Especializada en Materia Constitucional informa al Tribunal Constitucional que con fecha **22 de julio de 2018** se publicó en el diario oficial *El Peruano* el Decreto Legislativo 1360, que "precisa" las funciones exclusivas del Ministerio de Cultura en materia de identificación y reconocimiento de pueblos indígenas u originarios. En efecto, el mencionado decreto lleva la denominación: "Decreto Legislativo que precisa funciones exclusivas del Ministerio de Cultura" y en su artículo 2 establece lo siguiente:

> 2.1 Precísese, en el marco de desarrollo de las funciones exclusivas del Ministerio de Cultura y de su área programática de acción sobre pluralidad étnica y cultural de la Nación, que la identificación y reconocimiento de pueblos indígenas u originarios es desarrollada por el Viceministerio de Interculturalidad, a través de sus órganos técnicos.
>
> 2.2 Asimismo, precísese que en el marco de los procedimientos administrativos de reconocimiento de comunidades campesinas y comunidades nativas por parte de los gobiernos regionales, de corresponder, el Ministerio de Cultura emitirá los lineamientos que coadyuven al reconocimiento de comunidades pertenecientes a pueblos indígenas u originarios.

5. Lo expuesto mínimamente acredita que recién el 22 de julio de 2018, con la publicación del Decreto Legislativo 1360, quedó claro en el ordenamiento jurídico peruano que la competencia para identificar y reconocer pueblos indígenas u originarios le corresponde del modo "exclusivo" al Gobierno Nacional, de modo tal que el 15 de diciembre de 2017, cuando se expidió la cuestionada Ordenanza Regional 014-2017-GRL-CR, no existía la prohibición para ejercer tal competencia.

6. Ahora, cabe preguntarse si el marco competencial vigente al momento de dictarse la cuestionada Ordenanza Regional 014-2017-GRL-CR le permitía regular la competencia para reconocer pueblos originarios o indígenas. Sobre el particular, considero que la respuesta es afirmativa, que la identificación y reconocimiento de los pueblos indígenas era una competencia compartida entre el Poder Ejecutivo y los Gobiernos Regionales.

7. Como ha indicado este Tribunal en el Expediente 00042-2004-AI/TC, "la Constitución de 1993 ha reconocido a la persona humana como miembro de un Estado multicultural y poliétnico; de ahí que no desconozca la existencia de pueblos y culturas originarios y ancestrales del Perú" (FJ 1). Asimismo, en el Expediente 00022-2009-AI/TC, se estableció que "no solo no desconoce, sino

que la Constitución obliga a su tutela y protección. Así, lo específico y complejo de la protección de los grupos minoritarios étnicos ha significado que se planteen medidas constitucionales específicas para su defensa" (FJ 3).

8. Bajo dicha premisa, estimo que la determinación de a qué nivel de gobierno le corresponde la competencia de identificación y reconocimiento de los pueblos indígenas en el territorio nacional debe responder también al conjunto de principios, reglas y valores constitucionales establecidos en materia de protección de los grupos minoritarios étnicos de la que previamente se ha hecho mención.

9. En el presente caso, la conclusión de la mayoría de mis colegas Magistrados, plasmada básicamente en el FJ 47 de la sentencia, refiere que:

> Si bien es cierto que de lo expuesto hasta aquí no se advierte que la competencia materia de controversia se reconozca expresamente a ningún ente, incluido el Poder Ejecutivo (…), **en nuestro ordenamiento jurídico las competencias no asignadas a un ente estatal de forma expresa le corresponden al Poder Ejecutivo por defecto**. Así, tal competencia complementa las demás que este ente ya tiene en materia indígena.

10. Sin embargo, la conclusión anterior tendría asidero constitucional siempre y cuando, de conformidad con el artículo 79 del Código Procesal Constitucional, este Tribunal, además de las normas constitucionales, en el análisis de la validez de las disposiciones sometidas a control constitucional, hubiese considerado en el presente caso todas las leyes que, dentro del marco constitucional se hubieran dictado para determinar la competencia objeto de controversia.

11. En mi opinión ello no ha ocurrido por cuanto la mayoría de mis colegas Magistrados ha obviado analizar lo dispuesto en la Ley 29565, de creación del Ministerio de Cultura, en cuyo capítulo III se detallan las funciones exclusivas y compartidas del citado ministerio, las cuales, leídas en consonancia con lo dispuesto en el artículo 8, inciso 4, de la Ley 27867, Orgánica de Gobiernos Regionales, llevarían a concluir que la identificación y reconocimiento de los pueblos indígenas era una competencia compartida entre el Poder Ejecutivo y los Gobiernos Regionales.

12. En efecto, en el artículo 8, inciso 1, literal "F", de la Ley 29565, se establece que "en el marco de sus competencias, el Ministerio de Cultura cumple las siguientes funciones compartidas con los Gobiernos regionales: f) Fomentar la afirmación de la identidad nacional y promover el desarrollo cultural a través del diálogo intercultural y *el reconocimiento de la diversidad cultural entre los peruanos*".

13. Al respecto, me pregunto lo siguiente: ¿acaso la identificación y reconocimiento de los pueblos originarios no forma parte del más general reconocimiento de la diversidad cultural entre los peruanos? La respuesta es evidentemente afirmativa. Es más, para reforzar esta conclusión, considero pertinente hacer mención de lo dispuesto en el artículo 8, inciso 4, de la Ley 27867, Orgánica de Gobiernos Regionales:

> El Gobierno Regional desarrolla políticas y *acciones integrales* de gobierno dirigidas a promover la inclusión (…) política y cultural, de (…) grupos sociales tradicionalmente excluidos y marginados del Estado, principalmente ubicados en el ámbito rural y organizados en comunidades campesinas y nativas, nutriéndose de sus perspectivas y aportes. Estas acciones también buscan promover los derechos de grupos vulnerables, impidiendo la discriminación por razones de etnia (…) y toda otra forma de discriminación.

14. La identificación y reconocimiento de los pueblos indígenas constituye una de estas acciones integrales a las que alude el citado artículo 8, inciso 4, de la Ley 27867, Orgánica de los Gobiernos Regionales, que, en principio, pueden ser catalogadas como una de las más básicas e importantes con miras al ejercicio de los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

15. Pero la mayoría de mis colegas Magistrados, lejos de compartir esta lectura integradora del texto constitucional con las citadas disposiciones legales, afirma en el fundamento 34 de la sentencia, sin mayor justificación, que este "principio" de inclusión, recogido en el artículo 8, inciso 4, de la Ley 27867 solo rige al momento en que los Gobiernos regionales ejercen sus atribuciones, sin llegar por ello a asignar competencias.

16. No obstante, discrepo de dicha afirmación porque, a mi criterio, comprenderlo así anula en la práctica dicho principio. ¿Acaso los principios se interpretan en función de las reglas, sean estas competenciales o del tipo que fueren? Claro que no. Antes bien, sabido es que son las reglas las que se aplican e, incluso, interpretan y reinterpretan a la luz de los principios que les sirven de fundamento.

17. Siendo ello así, no tiene sentido que un Gobierno regional pueda realizar acciones integrales sobre la inclusión de pueblos indígenas, como lo dispone el artículo 8, inciso 4, de la Ley 27867, Orgánica de Gobiernos Regionales, si le está completamente vedado desempeñar un rol directo y tangible en la identificación y el reconocimiento de los pueblos indígenas, como lo establece la sentencia de la mayoría al señalar que ésta es una competencia exclusiva del Ejecutivo.

18. Debo ser enfática en sostener que no se puede aplicar, sin más, la cláusula de residualidad a favor del Ejecutivo en el presente caso, porque ello implica desconocer lo establecido en el artículo 8, inciso 1, literal "F", de la Ley 29565, de creación del Ministerio de Cultura, leído en consonancia con el artículo 8 de la Ley 27867, Orgánica de Gobiernos Regionales.

19. Del análisis de las normas constitucionales pertinentes así como de las normas conformantes del bloque de constitucionalidad en el presente caso (la Ley de creación del Ministerio de Cultura y la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales) se infiere que la materia sobre la que versan las disposiciones impugnadas, es decir, la identificación y reconocimiento de los pueblos indígenas era una competencia de **naturaleza compartida**; a saber, una competencia cuyo ejercicio debe ser realizado de manera coordinada entre el Gobierno Nacional y los Gobiernos Regionales.

20. Al respecto, tal y como se indicó en el Expediente 00024-2007-PI/TC, fundamento 19:

> (…) en una competencia compartida se le encarga a dos o más niveles de gobierno la regulación de una materia; se trata esta competencia entonces del ámbito de la realidad sobre el cual recaerá la facultad normativa conjunta de ambos niveles de gobierno, pero asignándose a cada uno de ellos una función constitucional específica. Por ejemplo, mientras que al Gobierno Nacional se suele encargar la función de planificación de la política sobre un determinado sector, a los Gobiernos Regionales y Locales les corresponde la ejecución de tal política, debiendo además fiscalizar su cumplimiento.

21. En virtud de lo anterior, considero que este Tribunal, en lugar de concluir, como lo ha hecho en la sentencia, que el reconocimiento e identificación de los pueblos indígenas es una competencia exclusiva del Poder Ejecutivo -independientemente de lo previsto en el aludido Decreto Legislativo 1360- debió tener en consideración las disposiciones del bloque de constitucionalidad que resultaban pertinentes, tal y como se ha indicado *supra*, determinando que se trataba de una competencia compartida. Por ello, la Ordenanza Regional 014-2017-GRL-CR, al momento de ser expedida, resultaba conforme a la Norma Fundamental, por lo que no correspondía expulsarla del ordenamiento jurídico.

22. No me son ajenos los efectos que genera el mencionado Decreto Legislativo 1360, que, a partir del 22 de julio de 2018, recién ha establecido como competencia "exclusiva" del Gobierno nacional la identificación y reconocimiento

de pueblos indígenas y originarios, de modo tal que recién a partir de dicha fecha tal competencia debe ser ejercida exclusivamente por el Gobierno nacional, no pudiendo desconocerse los efectos producidos por la Ordenanza Regional 014-2017-GRL-CR hasta dicha fecha.

23. Finalmente, estimo que más allá de lo establecido en el Decreto Legislativo 1360, existe en el bloque de constitucionalidad del presente caso (Constitución, Ley de creación del Ministerio de Cultura y la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales) una indudable obligación de los Gobiernos Regionales de coadyuvar en la protección de los derechos fundamentales de las comunidades indígenas y nativas, más aún cuando, como es de público conocimiento, el Gobierno nacional no es el órgano que tiene mayor proximidad con tales comunidades.

II. La insuficiente e ineficaz labor de reconocimiento de los pueblos indígenas u originarios por parte del Poder Ejecutivo

24. Históricamente los pueblos indígenas han sido víctimas de **discriminación**, hecho que no ha permitido el ejercicio efectivo de todos sus derechos o el reconocimiento pleno de su ciudadanía[21]. Desde nuestra independencia se expidieron normas como el decreto supremo del 27 de agosto de 1821, dictado por el general San Martín, que si bien abolía el tributo indígena y declaraba a los indios ciudadanos del Perú, no lo hacía "desde un diálogo intercultural, sino desde una perspectiva asimilacionista y en desmedro de la identidad, respecto de la cultura y, en general, de los derechos de los pueblos indígenas"[22].

25. Precisamente, un **diálogo intercultural**, en el marco de un Estado democrático y social de Derecho, presupone la deliberación, con igual libertad, entre participantes de diferentes e igualmente valiosas culturas, situación que claramente no se ha producido a lo largo de nuestra historia respecto de los pueblos indígenas que forman parte del Perú republicano, a diferencia de las interesantes experiencias de otros países de la región como Ecuador, Bolivia, México o Colombia, cada uno con diferentes matices y grados de desarrollo.

26. Dicho diálogo intercultural no se ha producido en el Perú porque, ya sea en el ámbito del poder constituyente o en el ámbito legislativo, entre otros, los pueblos indígenas no han podido materializar con efectividad su **derecho a la igual**

21 SALMÓN, Elizabeth (Coord.) *La consulta previa, libre e informada en el Perú. La inclusión del interés indígena en el mundo de los derechos humanos*. PUCP, IDEHPUCP y Konrad Adenauer Stiftung, Lima, 2012, p.83.

22 Ibíd.

participación en la formulación de las políticas públicas que inciden en sus derechos fundamentales, como tampoco han contado con un nivel significativo de representatividad, pese a su numeroso componente poblacional y necesidad de tutela especial.

27. Un procedimiento democrático es el que fundamenta la **legitimidad del Derecho**[23]. Si en el procedimiento democrático que conduce a la expedición de normas sobre pueblos indígenas no participan de modo efectivo sus principales destinatarios, ni se produce un diálogo intercultural, son evidentes los problemas de legitimidad que hasta ahora se puede apreciar. Sobre la importancia de la participación individual y grupal para el reconocimiento de su identidad, Habermas sostiene lo siguiente:

> La identidad de un grupo se refiere a las situaciones en las que los miembros pueden decir enfáticamente «nosotros», no es una identidad del yo en formato ampliado, sino que constituye el complemento de la identidad del yo. Pues según nos apropiemos de las tradiciones y formas de vida en las que hemos crecido, prosiguiéndolas de forma selectiva, de ello dependerá el cómo quiénes nos reconocemos en esas tradiciones culturales, el quiénes somos y quiénes queremos ser como ciudadanos.[24]

28. En el caso de los pueblos indígenas u originarios se presenta un supuesto anómalo pues si revisamos la Constitución resulta que formalmente todos -incluso ellos- tenemos reconocidos nuestros derechos fundamentales, pero si apreciamos la realidad peruana, ya sea en el ámbito político, social y cultural, resulta que dichos pueblos indígenas u originarios tienen los derechos que el Gobierno nacional o la mayoría dominante dice o permite que tengan. Visto este panorama, más que derechos fundamentales pareciera que dichos pueblos, o sólo algunos de ellos, tienen unas volubles e inestables concesiones fundamentales.

29. En tal sentido, es importante diferenciar el **reconocimiento** de otras culturas -como aquellas de los pueblos indígenas y originarios- respecto de lo que puedan significar las **políticas de asimilación**. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha sostenido que el "concepto de asimilación está construido sobre percepciones que observan que otras culturas minoritarias son 'menos avanzadas', y como consecuencia de ello estarían irremediablemente destinadas a perder su identidad en un proceso de 'superación cultural', al ser absorbidas por la socie-

23 HABERMAS, Jurgen. *Facticidad y validez*. Madrid, Trotta, 4ª edición, 2005, p.218.
24 Ibíd.p.228.

dad dominante" y que, "por el contrario, una visión que pretenda la integración considerando las diferencias culturales o que plantee estrategias de tolerancia por ciudadanías diferenciadas, es más respetuosa de las realidades e identidad cultural y étnica de los pueblos indígenas". En consecuencia, "la premisa de la que se parte es que deben dejarse atrás perspectivas que situaban a los pueblos indígenas como culturas de menor desarrollo y valía y pasar a reconocerlas como iguales, con el mismo valor y legitimidad que la llamada cultura dominante"[25].

30. Para que los derechos fundamentales de los pueblos indígenas u originarios, o de sus integrantes, se puedan proteger efectivamente, y para que estos pueblos o personas pueden identificarse o autoidentificarse como tales es indispensable su reconocimiento. Ciertamente la Norma Fundamental contiene importante normas para reconocer los derechos. Así, cabe resaltar "el artículo 2, inciso 19, de la Constitución, que establece el derecho a la identidad étnica y cultural, el artículo 89, que establece que, además del castellano, también son idiomas oficiales el quechua, el aimara y las demás lenguas aborígenes en las zonas donde predominen. Por su parte, el artículo 89 reconoce la autonomía organizativa, económica y administrativa a las comunidades nativas, así como la libre disposición de sus tierras, reiterándose de igual forma la obligación del Estado de respetar su identidad cultural. A su vez, el artículo 149, permite que las comunidades nativas y campesinas puedan aplicar su derecho consuetudinario, ejercitando funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, siempre que no vulneren derechos fundamentales. De otro lado, se ha determinado que las tierras de las comunidades no son materia de prescripción, salvo que sean abandonadas. Y si bien se reconoce el respeto de la diversidad y el pluralismo cultural, ello se efectuará siempre que se materialicen 'dentro del marco de respeto a los derechos fundamentales, los principios constitucionales y los valores superiores que la Constitución incorpora, tales como la dignidad de la persona humana (artículo 1 de la Constitución), la forma democrática de Gobierno (artículo 43) y la economía social de mercado (artículo 58)'. Es relevante mencionar también que el artículo 191 de la Constitución prescribe que la ley establecerá porcentajes mínimos para hacer accesible la representación de género, comunidades campesinas y nativas, y pueblos originarios en los Consejos Regionales y Concejos Municipales. Con ello, los pueblos indígenas -término utilizado en el Derecho internacional- han sido proveídos con herramientas legales que buscan proteger su existencia y su cosmovisión..."[26].

25 Expediente 01126-2011-PHC/TC FJ 15.

26 Expediente 00022-2009-AI/TC FJ 4.

31. En dicha labor de reconocimiento, más allá del ámbito normativo antes referido, es imperativa la identificación formal por parte del Gobierno nacional (Ministerio de Cultura), no sólo de los pueblos indígenas u originarios, sino también de las localidades o comunidades donde habitan tales pueblos.

32. Sobre la identificación formal de los pueblos indígenas y nativos, la Base de Datos Oficial de Pueblos Indígenas u Originarios (BDPI) a cargo del Viceministerio de Interculturalidad ha elaborado la siguiente lista de 55 pueblos indígenas u originarios que existen en el Perú (Ver Cuadro 1),[27] los cuales habitan en diferentes localidades o comunidades. Esta lista es transcrita a continuación para efectos de una mayor visibilidad sobre su existencia:

Anexo 1

Lista de pueblos indígenas u originarios					
N°	**Pueblo**	**Otras denominaciones**	**Lengua**	**Tipo de pueblo**	**Regiones**
1	Achuar	Achual, Achuare, Achuale	Achuar	Amazónico	Loreto
2	Aimara	Aymara,	Aru	Aimara	Andino
3	Amahuaca	Amunvaka,	Yora	Amahuaca	Amazónico
4	Arabela	Tapueyocuaca, Chiripuno	Arabela	Amazónico	Loreto
5	Ashaninka	Campa ashaninka	Ashaninka	Amazónico	Ayacucho, Cusco, Huánuco, Junín, Loreto, Pasco, Ucayali, Madre de Dios
6	Asheninka	Ashaninka del Gran Pajonal	Asheninka	Amazónico	Pasco, Ucayali
7	Awajún	Aguaruna, Aents	Awajún	Amazónico	Amazonas, Cajamarca, Loreto, San Martín, Ucayali
8	Bora	Booraa, Miamuna, Miranha,	Miranya	Bora	Amazónico
9	Kapanawa	Nuquencaibo, Buskipani	Kapanawa	Amazónico	Loreto

27 http://bdpi.cultura.gob.pe/pueblos-indigenas

10	Cashinahua	Huni kuin, caxinahua, kachinahua	Cashinahua	Amazónico	Ucayali
11	Chamicuro	Camikódlo, Chamicolos	Chamicuro	Amazónico	Loreto
12	Chapra	Shapra	Kandozi-chapra	Amazónico	Loreto
13	Chitonahua	Yora, Murunahua	Yaminahua	Amazónico	Ucayali
14	Ese Eja	Ese'ejja, Huarayo, Tiatinagua	Ese eja	Amazónico	Madre de Dios
15	Harakbut	Amarakaeri, wachipaeri, arasaeri, Kisamberi, Pukirieri, Toyoeri, sapiteri	Harakbut	Amazónico	Cusco, Madre de Dios
16	Ikitu	Ikito, iquito, Amacacore, Quiturran	Ikitu	Amazónico	Loreto
17	Iñapari	Inapari, Inamari, kushitireni	Iñapari	Amazónico	Madre de Dios
18	Isconahua	Isconawa, iskobakebo	Iskonawa	Amazónico	Ucayali
19	Jaqaru	Aimara tupino, aimara central, Aru	Jaqaru	Andino	Lima
20	Jíbaro	Jibaro del río Corrientes, Shiwiar, Siwaro	Achuar	Amazónico	Loreto
21	Kakataibo	Uni, unibo	Kakataibo	Amazónico	Huánuco,
22	Kakinte	Poyenisati	Kakinte	Amazónico	Cusco, Junín
23	Kandozi	Candoshi, Chapra, Chapara, Murato	Kandozi-Chapra	Amazónico	Loreto
24	Kichwa	Quichua, Inga, Lamas, Santarrosinos	Quechua	Amazónico	Loreto, Madre de Dios, San Martín
25	Kukama Kukamiria	Cocama cocamilla, Xibitaona	Kukama kukamiria	Amazónico	Loreto
26	Madija	Culina, Madiha, Kolina	Madija	Amazónico	Ucayali
27	Maijuna	Orejón, Maijiki	Maijiki	Amazónico	Loreto
28	Marinahua	Onocoin, Yora	Sharanahua	Amazónico	Ucayali
29	Mashco Piro	Mashco, Piro Mashco	Yine	Amazónico	Madre de Dios, Ucayali
30	Mastanahua	Matsanahua, Yora	Sharanahua	Amazónico	Ucayali
31	Matsés	Mayoruna	Matsés	Amazónico	Loreto

32	Matsigenka	Machiguenga, Matsiguenga, Machiganga, Matsiganga	Matsigenka	Amazónico	Cusco, Madre de Dios, Ucayali
33	Muniche	Munichi	Muniche	Amazónico	Loreto
34	Murui-muinani	Huitoto	Murui-muinani	Amazónico	Loreto
35	Nahua	Yora	Nahua	Amazónico	Ucayali
36	Nanti	Matsigenka	Nanti	Amazónico	Cusco
37	Nomatsigenga	Nomachiguenga, Atiri	Nomatsigenga	Amazónico	Junín
38	Ocaina	Dukaiya, Dyo'xaiya	Ocaina	Amazónico	Loreto
39	Omagua	Omagua yeté, ariana, pariana, umawa	Omagua	Amazónico	Loreto
40	Quechuas	Los pueblos quechuas no tienen otras denominaciones, más si un conjunto de identidades, entre las que se encuentran: Chopccas, Huancas, Chankas, Huaylas, q'eros, Cañaris, Kana	Quechua	Andino	Áncash, Apurímac, Arequipa, Ayacucho, Cajamarca, Cusco, Huancavelica, Huánuco, Junín, Lambayeque, Lima, Moquegua, Pasco, Puno
41	Resígaro	Resigero	Resígaro	Amazónico	Loreto
42	Secoya	Aido pai	Secoya	Amazónico	Loreto
43	Sharanahua	Oicoin, Yora	Sharanahua	Amazónico	Ucayali
44	Shawi	Chayawita, Campo-piyapi, Tshahui	Shawi	Amazónico	Loreto, San Martín
45	Shipibo-konibo	Shipibo, Joni, Chioeo-conivo	Shipibo-konibo	Amazónico	Huánuco, Loreto, Madre de Dios, Ucayali
46	Shiwilu	Jebero, Xebero, Shiwila	Shiwilu	Amazónico	Loreto
47	Tikuna	Ticuna, Duuxugu	Ticuna	Amazónico	Loreto
48	Urarina	Itucali, kacha edze, Itukale	Urarina	Amazónico	Loreto
49	Uro	Uru	Uro (lengua extinta)	Andino	Puno

50	Vacacoha	Aushiri, a'éwa, awshira, abijira, abishira	Awshira (lengua extinta)	Amazónico	Loreto
51	Wampis	Huambiza, Shuar-Huampis	Wampis	Amazónico	Amazonas, Loreto
52	Yagua	Yihamwo, Nihamwo	Yagua	Amazónico	Loreto
53	Yaminahua	Yuminahua, Jjamimawa, Yora	Yaminahua	Amazónico	Ucayali
54	Yanesha	Amuesha, Amage, Amuexia	Yanesha	Amazónico	Huánuco, Junín, Pasco
55	Yine	Piro, Pira, Simirinche, Chotaquiro	Yine	Amazónico	Cusco, Loreto, Madre de Dios, Ucayali

Fuente: BDPI. Viceministerio de Interculturalidad. Ministerio de Cultura

33. Si bien dicha lista constituye un avance del Gobierno nacional, aunque pueda resultar incompleta, cabe precisar, tal como lo reconoce la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos en el Informe sobre cumplimiento de las obligaciones del Estado peruano del Convenio 169 de la OIT, elaborado en octubre de 2018, que "hasta el día de hoy, no existe información oficial, actualizada sobre cuántas son, con exactitud, las comunidades campesinas y nativas en el Perú"[28].

34. En dicho informe se refiere también que "no existe información pública sobre la frecuencia y la forma en que se hace la actualización de la BDPI [Base de Datos de los Pueblos Indígenas] por parte del Viceministerio de Interculturalidad", por lo que se carece de certeza del contenido, y además que existen "tres fuentes de registro de comunidades [BDPI, Dirección General de Saneamiento de la Propiedad Agraria y Catastro Rural, y Direcciones Regionales Agrarias] que no cuentan con una fluida coordinación, generando información deficiente"[29].

35. Asimismo, en este informe se sostiene que "de acuerdo con la información estatal, dentro de la BDPI existen aproximadamente más de 3000 comunidades campesinas y nativas; pero si revisamos otras fuentes como la del Instituto de

28 GRUPO DE TRABAJO SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS DE LA COORDINADORA NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. Informe Alternativo 2018, Cumplimiento de las obligaciones del Estado peruano del Convenio 169 de la OIT. Lima, octubre de 2019, p. 7.

29 Ibíd.

Bien Común (IBC) y del Centro Peruano de Estudios Sociales (CEPES), encontramos que los datos oficiales no coinciden, y que hay comunidades que no figuran en la BDPI (aproximadamente 3500)". lo que supone "excluir a las comunidades de sus derechos comunes, como el derecho de consulta previa, pues pese a que la propia Resolución Ministerial 202-2012-MC que regula la BDPI, indica que esta no tiene carácter constitutivo de derechos y es referencial", "en la práctica, se trata de la primera fuente de verificación pública para ser identificado y reconocido o no como pueblo indígena"[30].

36. Por otra parte, en autos obra el escrito presentado con fecha 11 de febrero de 2019 por la Procuraduría Pública especializada en materia constitucional, al cual se adjunta información proporcionada por el Ministerio de Cultura a través del Informe 004-2019-DLL/DGPI/VMI/MC.

37. En dicho informe aparece un cuadro (Ver Anexo 2) en el que se consigna expresamente que existen 230 localidades "sin tipo identificado" en Loreto:

Anexo 2

526

N° de localidades pertenecientes a pueblos indígenas u originarios en Loreto	**1,362**
N° de comunidades nativas	1128
N° de comunidades campesinas pertenecientes a pueblos indígenas u originarios	4
N° de localidades sin tipo identificado por las DRA	230
N° de centros poblados censales en Loreto	**2,648**
Ubicados dentro del ámbito de localidades identificadas como parte de un pueblo indígena u originario en Loreto	1,564

38. También se aprecia que de un total de 1362 localidades pertenecientes a pueblos indígenas u originarios en Loreto han sido "reconocidas" 1132 localidades, mientras que 230 localidades aún no han sido reconocidas (Ver Anexo 3):

30 Ibíd. pp. 7-8.

Anexo 3

N° de localidades pertenecientes a pueblos indígenas u originarios en Loreto	**1362**
N° de localidades reconocidas	1132
N° de localidades no reconocidas	230
N° de localidades tituladas	593
N° de localidades no tituladas	769
N° de localidades georeferenciadas	678
N° de localidades no georeferenciadas	684
N° de localidades que cuentan con centro poblado censal identificado	1305
N° de localidades que no cuentan con centro poblado censal identificado	57

39. Finalmente, conviene mencionar que en un estudio sobre la consulta previa en el Perú se sostiene que "el VI [Viceministerio de Interculturalidad] y su pequeña oficina de la DCP [Dirección de Consulta Previa] siguen siendo relativamente débiles frente a poderosas contrapartes tales como los ministerios de Economía y Finanzas, y de Energía y Minas"[31], y que dicho Viceministerio tiene una "limitada capacidad de negociación"[32]. También se refiere que "los críticos al proceso, asociados a organizaciones indígenas y a ONG de derechos humanos, han abogado por la creación de un ministerio separado dedicado a asuntos indígenas, dado que el Ministerio de Cultura destina la mayor parte de sus recursos a otros temas" y se evidencia "la ausencia casi total de profesionales y personal de origen indígena dentro de este organismo".[33]

40. En suma, es evidente la falta de reconocimiento formal de todas las comunidades o localidades en las que habitan los pueblos indígenas u originarios en el Perú, como también lo es la responsabilidad funcional del Estado peruano y en especial el Poder Ejecutivo en la vulneración sistemática y generalizada de los derechos de tales pueblos y de sus integrantes, en tanto se mantenga la referida

31 SANBORN, Cynthia, HURTADO, Verónica y RAMÍREZ, Tania. La Consulta Previa en el Perú. Avances y retos. Documento de Investigación 6, Lima, Universidad del Pacífico, 2016, p.52.

32 Ibíd.

33 Ibíd. pp. 52-53.

falta de reconocimiento. Con tal actuación deficiente en algunos casos o falta de actuación en otros, se acredita que el Poder Ejecutivo vulnera el Convenio 169 de la OIT, así como los artículos 2.19, 89, 149, 191, entre otros, de la Constitución.

III. La nula actividad del Poder Ejecutivo generadora de un estado de cosas inconstitucional en cuanto a la falta de un reconocimiento efectivo de las localidades y comunidades en las que habitan los pueblos indígenas u originarios

41. Corresponde ahora evaluar la posibilidad de declarar un estado de cosas inconstitucional respecto de la falta de un reconocimiento efectivo de los pueblos indígenas u originarios. Dicha técnica busca extender los alcances de un específico supuesto a todos aquellos casos en los que de la realización de un acto u omisión se haya derivado o generado una violación generalizada de derechos fundamentales de distintas personas.

42. Con lo expuesto en los parágrafos anteriores del presente voto, se ha identificado una actuación pasiva, ineficaz y de injustificada concentración de competencias del Poder Ejecutivo que deviene en una falta de formalización del reconocimiento e identificación de las localidades (caserío, centro poblado, anexos, ampliaciones, comunidad campesina, comunidad nativa, entre otros) en las que habitan los pueblos indígenas u originarios en el Perú.

43. Si bien se aprecian algunos avances en la labor del Viceministerio de Interculturalidad en cuanto al reconocimiento de las mencionadas localidades y comunidades, este trabajo es aún demasiado insuficiente y además se ha convertido en una especie de "cuello de botella" que obstaculiza y hace casi imposible el reconocimiento formal de tales localidades y comunidades.

44. Una muestra de la situación caótica que genera el Poder Ejecutivo es el caso del pueblo Achuar del Pastaza, representado por la Federación de la Nacionalidad Achuar del Perú (FENAP), que en documentación que aparece en el cuaderno del Tribunal Constitucional refiere lo siguiente: el Ministerio de Cultura "ha negado que tiene competencia para reconocer la personalidad jurídica de pueblos, en el proceso de amparo. Esto mediante Oficio 406-201-VMI/MC. El Ministerio de Cultura cuando el Pueblo Achuar del Pastaza le solicitó emitir un informe favorable para que se le reconozca como pueblo originario y se le titule su territorio integral, la entonces Viceministra de Interculturalidad..., actual Ministra de Cultura, refiere que 'Los gobiernos Regionales son los encargados de reconocer a las comunidades nativas y campesinas, mientras que el Ministerio

de Cultura reconoce la existencia de Pueblos Indígenas en aislamiento o contacto inicial, por tanto no está dentro de sus competencias conocer ni resolver lo planteado por la Federación de la Nacionalidad Achuar del Perú (FENAP) '".

45. Hoy, existe el Decreto Legislativo 1360, publicado el 22 de julio de 2018, que "precisa" las funciones exclusivas del Ministerio de Cultura en materia de identificación y reconocimiento de pueblos indígenas u originarios. Si consideramos que existen más de 6000 localidades pertenecientes a pueblos indígenas y que al día de hoy el Poder Ejecutivo no ha reconocido a ninguna localidad como pueblo indígena u originario con base en el Decreto Legislativo 1360, entonces es seguro, al paso que vamos, que pasarán decenas de años para lograr tal reconocimiento formal. Ello definitivamente debilitará el ejercicio de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, en especial el derecho a la consulta previa.

46. Por tanto, estimo que corresponde declarar un estado de cosas inconstitucional en cuanto a la falta de un reconocimiento efectivo del Poder Ejecutivo respecto de las localidades y comunidades en las que habitan los pueblos indígenas u originarios. Consiguientemente, se debe ordenar a dicho poder del Estado que adopte las medidas necesarias para corregir tal estado de cosas en el plazo de 3 años, entendiéndose que un primer nivel de reconocimiento lo constituyen los Gobiernos Regionales y que el reconocimiento final lo realiza el Ministerio de Cultura. De no hacerlo en dicho plazo, se podrían adoptar las medidas que se estime necesarias para tal efecto en la etapa de supervisión de cumplimiento de sentencias del Tribunal Constitucional.

Por todo lo expuesto, considero que se debe declarar **INFUNDADA** la demanda interpuesta por el Poder Ejecutivo contra la Ordenanza Regional 014-2017-GRL-CR y que esta deba interpretarse en el sentido de que el "reconocimiento" y "determinación" que se pretende constituye un primer nivel de reconocimiento, quedando habilitado el Ministerio de Cultura para actuar como órgano final que define tales competencias.

S.

LEDESMA NARVÁEZ

PLENO JURISDICCIONAL

Expediente 0003-2019-PI/TC

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

27 de agosto de 2019

Caso de la fiscalización de velocidad del tránsito en vías nacionales 2

Poder Ejecutivo
c.
Municipalidad Provincial de Huaral

Asunto

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra la ordenanza municipal 031-2014-MPH mediante la cual se aprueba la facultad legal para desarrollar fiscalización de normas de tránsito en vías urbanas y avenidas de la provincia de Huaral.

Magistrados firmantes:

SS.

BLUME FORTINI
MIRANDA CANALES
RAMOS NUÑEZ
SARDÓN DE TABOADA
LEDESMA NARVÁEZ
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA
FERRERO COSTA

TABLA DE CONTENIDOS

I. ANTECEDENTES

A. Demanda

B. Contestación de la demanda

II. FUNDAMENTOS

§1. Parámetro de control a emplearse en este caso

§2. Inconstitucionalidad por la forma

2.1. Publicidad de las ordenanzas municipales

2.2. Publicación de la ordenanza 031-2014-MPH

§3. Inconstitucionalidad por el fondo

3.1. Distribución específica de la competencia objeto de controversia

III. FALLO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 27 días del mes de agosto de 2019, el Tribunal Constitucional, en sesión del Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Miranda Canales, Ramos Núñez, Sardón de Taboada, Espinosa-Saldaña Barrera y Ferrero Costa, pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento de los magistrados Blume Fortini y Ledesma Narváez, conforme al artículo 30-A del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional. Asimismo, se agregan los fundamentos de voto de los magistrados Blume Fortini y Espinosa-Saldaña Barrera.

1. ANTECEDENTES

A. Demanda

Mediante escrito presentado el 29 de enero de 20197, el Poder Ejecutivo, a través de su procurador público especializado en materia constitucional, interpone demanda de inconstitucionalidad contra la Ordenanza 031-2014-MPH, emitida por la Municipalidad Provincial de Huaral. Los argumentos que sustentan dicha demanda son, fundamentalmente, los siguientes:

- La Ordenanza impugnada resulta inconstitucional por la forma puesto que no ha sido publicada en el Diario Oficial El Peruano conforme al entonces vigente numeral 1 del artículo 44 de la Ley Orgánica de Municipalidades (en adelante LOM), en concordancia con los artículos 51, 103 y 109 de la Constitución.
- Señala que las normas deben ser aprobadas y entrar en vigencia de acuerdo con las reglas establecidas en la Constitución y las leyes que desarrollan los procedimientos de producción normativa.
- El Procurador de la parte demandante alega que hasta el 23 de mayo de 2017 las municipalidades provinciales y distritales del departamento de Lima y de la Provincia Constitucional del Callao tenían la obligación legal de publicar en el Diario Oficial *El Peruano* las ordenanzas municipales que expidieran. Con posterioridad a dicha fecha la obligación de publicar en el diario oficial solo se circunscribe a las ordenanzas expedidas por las municipalidades de la provincia de Lima y de la Provincia Constitucional del Callao.

- Destaca que la misma ordenanza impugnada dispuso en su artículo cuarto que debía procederse a su publicación en el diario oficial pero no se cumplió con dicha disposición.
- Por último señala que el artículo 44 de la LOM establece que las ordenanzas que no cumplan con las reglas de publicidad y difusión no surtirán efectos.
- En cuanto a la inconstitucionalidad por el fondo alega que las competencias asignadas por la Constitución y el bloque de constitucionalidad a los diferentes órganos constitucionales constituye un elemento esencial del Estado Constitucional por lo que ante situaciones que dan lugar a un conflicto competencial de índole constitucional se hace imperativo buscar una solución jurídica definitiva.
- Señala el procurador del Poder Ejecutivo que si bien el Estado es unitario, el tercer párrafo del artículo 43 de la Constitución reconoce a la vez su carácter descentralizado, entendiendo por tal, como señala el artículo 188 del mismo texto constitucional "una forma de organización democrática y una política permanente de Estado, de carácter obligatorio, que tiene como objetivo fundamental el desarrollo integral del país".

- En esta misma línea alega que si bien los gobiernos regionales y locales cuentan con un amplio margen de autonomía en el ámbito de sus competencias, éstas deben ejercerse "preservando la unidad e integridad del Estado y de la Nación" conforme a lo establecido en el artículo 189 de la Constitución. En ese sentido, el Tribunal Constitucional tiene el deber de garantizar que las actuaciones de dichos niveles de gobierno sean respetuosas de la Constitución y de las leyes orgánicas así como de las competencias que corresponden al Gobierno Nacional y a los organismos constitucionales autónomos.
- En efecto, el principio de lealtad regional y local se deriva de los artículos 189, 191, 192, 194 y 195 de la Constitución y tiene por finalidad asegurar que el proceso de descentralización no degenere en uno de desintegración. Ello porque, si bien el gobierno del Perú es descentralizado, su Estado es "uno e indivisible" conforme al artículo 43 de la Constitución.
- Para determinar si un gobierno regional o local ha emitido una ordenanza que excede el ámbito de sus competencias, es necesario aplicar *el test de competencia*, que ha sido desarrollado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, y consta de los siguientes principios: (i) unidad (que comprende, los subprincipios de cooperación y lealtad regional y local; taxatividad y clausula de residuali-

dad; y, control y tutela); (ii) competencia (que comprende los subprincipios de distribución de competencias; y, bloque de constitucionalidad); (iii) efecto útil y poderes implícitos; y, (iv) progresividad en la asignación de competencias y transferencias de recursos. Empero, basta con que no se cumpla con uno de esos principios o subprincipios para que la norma impugnada sea declarada inconstitucional.

- Sostiene que la Ordenanza 031-2014-MPH, emitida por la Municipalidad Provincial de Huaral, no ha observado ni respetado los principios que conforman el test de competencia, tal como ha sido definido por el Tribunal Constitucional.

- En tal sentido señala que el fundamento constitucional de la competencia que el Ministerio de Transportes y Comunicaciones ejerce como parte del Poder Ejecutivo, se encuentra en el artículo 119 de la Constitución, el cual establece 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". En concordancia con ello, el artículo 2 de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo (en adelante LOPE) establece que los ministerios forman parte del Poder Ejecutivo y asumen las funciones respecto de la dirección y la gestión de los servicios públicos en los asuntos que competen a cada cartera.

- Subraya que el literal h) correspondiente al inciso 2 del artículo 4 de la LOPE establece que son competencias exclusivas del Poder Ejecutivo las funciones relativas a la regulación de los servicios públicos y añade que uno de ellos es el servicio de transporte público terrestre urbano, provincial, regional y nacional.

- Según el demandante la norma impugnada desconoce la competencia normativa del Poder Ejecutivo respecto de la regulación de la red vial y su competencia de fiscalización en relación con la red vial nacional. Afirma que existe un amplio marco legal que reconoce la potestad normativa del Poder Ejecutivo en materia de transporte terrestre, a partir del cual se ha expedido una regulación específica en tomo a las redes viales y que debe ser respetada por todos los órganos del Estado y los diferentes niveles de gobierno.

- Si bien los gobiernos locales tienen competencia para regular actividades y/o servicios en materia de tránsito, vialidad y transporte público, éstas son compartidas con el Poder Ejecutivo conforme a lo establecido en el artículo 43, literal g, de la Ley 27783, de Bases de la Descentralización. Por esa razón, las municipalidades están obligadas a acatar los reglamentos emitidos por el Poder Ejecutivo en materia de tránsito y transporte limitándose a emitir normas complementa-

rias que tengan por objeto establecer la forma en que dichos reglamentos deben aplicarse en su respectivo ámbito territorial, conforme dispone el artículo 11 de la Ley 27181.

- El Poder Ejecutivo alega que los gobiernos locales tienen competencia para fiscalizar el cumplimiento de las normas de tránsito y transporte pero éstas no se extienden a las carreteras que forman parte de la red vial nacional pues, si ello ocurriera, estarían desconociéndose las competencias que el Poder Ejecutivo ejerce de manera exclusiva sobre dichas vías.
- Añade que en el marco de las competencias normativas reconocidas al Poder Ejecutivo, y en concreto al Ministerio de Transportes y Comunicaciones —en particular al amparo de lo dispuesto por el artículo 23, literal f) de la Ley General de Administración de Transporte y Tránsito Terrestre (en adelante LGATTT)— se expidió el Decreto Supremo 017-2007-MTC que aprobó el Reglamento de Jerarquización Vial (en adelante RJV), en el cual se establecen, entre otras disposiciones, los ámbitos territoriales de la red vial de carreteras respecto de los cuales las distintas instancias estatales tienen competencia.

- Subraya que el artículo 6 del RJV establece que la competencia sobre la red vial nacional le corresponde al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, excluyendo de forma expresa a los gobiernos regionales y locales.
- De otra parte la demanda destaca que la competencia de fiscalizar los vehículos que transitan sobre las carreteras que comprenden la red vial nacional, que crucen o no zonas urbanas (Segunda Disposición Complementaria Final del RJV), corresponde a la SUTRAN, entidad adscrita al Ministerio de Transportes y Comunicaciones y no a los gobiernos regionales o locales.
- Por otra parte se señala que este Tribunal debe declarar la inconstitucionalidad de los artículos segundo, tercero y cuarto atendiendo a la conexidad que guardan con lo establecido en el artículo primero de la Ordenanza Municipal impugnada, considerando que se trata de disposiciones que permiten la aplicación de la facultad legal de fiscalizar carreteras que forman parte de la red vial nacional.
- El Procurador del Poder Ejecutivo concluye afirmando que debe declararse la inconstitucionalidad total de la Ordenanza 031-2014-MPH pues, a través de ella, la emplazada se ha atribuido competencias normativas y de fiscalización sobre una carretera que forma parte de la Red Vial Nacional desconociendo las competencias que ejerce el Poder Ejecutivo sobre dicha vía.

B. Contestación de la demanda

Mediante escrito de 24 de mayo de 2019, la Municipalidad Provincial de Huaral contesta la demanda allanándose tanto respecto del alegato de inconstitucionalidad por la forma como en relación con la inconstitucionalidad sustantiva. Sus argumentos son, fundamentalmente, los siguientes:

- Hasta el día 23 de mayo de 2017 las municipalidades (provinciales y distritales) del departamento de Lima y de la Provincia constitucional del Callao tenían la obligación legal de publicar en el diario oficial "El Peruano" las ordenanzas municipales que expidieran. Con posterioridad a dicha fecha, la obligación de publicar en el diario oficial solo se circunscribe a las ordenanzas expedidas por las municipalidades de la provincia de Lima y de la provincia constitucional del Callao.

- La Ordenanza Municipal 031-2014-MPH cuestionada data del 14 de noviembre de 2014 la cual ha debido de ser publicada en el diario *El peruano* en el modo indicado, sin embargo se ha omitido tal publicación conforme se señala en el informe realizado mediante Memorandum 213-2019-MPH-SG del 12 de abril de 2019.

- En relación con el fondo del asunto se señala que la administración del tránsito se ejerce a través del Ministerio de Transportes y Comunicaciones como parte del Poder Ejecutivo toda vez que de acuerdo con el artículo 119 de la Constitución "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".

- Concordante con el anterior, el artículo segundo de la Ley orgánica del Poder Ejecutivo establece que los ministerios forman parte del Poder Ejecutivo y asumen las funciones respecto de la dirección y la gestión de los servicios públicos en los asuntos que competen a cada cartera.

- En lo concerniente al marco de las competencias normativas reconocidas al Poder ejecutivo y en concreto al Ministerio de Transportes y Comunicaciones en materia de redes viales a que se refiere el artículo 23 de la Ley General de Administración de Transporte y Tránsito Terrestre, Ley 27181, se expidió el Decreto Supremo 017-2007-MTC que aprobó el Reglamento de Jerarquización Vial, en el cual se establecen, ente otras disposiciones, los ámbitos territoriales de la red vial de carreteras respecto de los cuales las distintas instancias estatales tienen competencia.

– Concluye que el Ministerio de Transportes y Comunicaciones es el órgano rector a nivel nacional en materia de transporte y tránsito terrestre, asumiendo, entre otras, las competencias sobre fiscalización.

II. FUNDAMENTOS

§1. Parámetro de control a emplearse en este caso

1. Conforme al artículo 75 del Código Procesal Constitucional, una infracción contra la jerarquía normativa de la Constitución puede ser: i) directa o indirecta; ii) de carácter total o parcial; y, iii) tanto por la forma como por el fondo. Una infracción directa se produce cuando una norma con rango de ley contraviene una norma contenida en la Constitución.

2. Por el contrario, una infracción indirecta se produce cuando el parámetro de control está integrado también por normas con rango de ley, a las que haya que acudir por remisión de la Constitución, así como aquellas que regulan la estructura y el funcionamiento de los niveles de gobierno y entidades del Estado conforme a su artículo 106. La jurisprudencia constitucional ha señalado lo siguiente:

> [El parámetro de control] puede comprender a otras fuentes distintas de la Constitución y, en concreto, a determinadas fuentes con rango de ley, siempre que esa condición sea reclamada directamente por una disposición constitucional (v. g., la ley autoritativa en relación con el decreto legislativo) (Sentencias recaídas en los expedientes 00007-2002-Al/TC, 00017-2006-AI/TC, 00022-2010-AI/TC, entre otras).

3. Tomando en cuenta que el Poder Ejecutivo ha denunciado la existencia de infracciones indirectas a la Constitución tanto por la forma como por el fondo, el parámetro de control a emplearse en este caso debe estar integrado también por las normas a las que haya que acudir por remisión y por aquellas que regulan la estructura y el funcionamiento de los niveles de gobierno involucrados en la controversia.

§2. Inconstitucionalidad por la forma

2.1. Publicidad de las ordenanzas municipales

4. El artículo 51 de La Constitución establece que la publicidad es esencial para la vigencia de las normas en el Estado, asimismo en el artículo 109 estipula 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.

5. Se desprende de una interpretación sistemática de los artículos señalados, que la norma debe ser aprobada por el órgano que ejerce la potestad legislativa y la publicación determina su eficacia, vigencia y obligatoriedad.

6. En ese sentido, la exigencia de publicidad de las leyes como de las normas con rango ley tiene por objeto la difusión de su contenido, de manera que todos los ciudadanos, a nivel nacional o en un determinado territorio, tengan conocimiento de ellas y, por lo tanto, sea exigible su cumplimiento.

7. Por ello, los cuestionamientos que pueden surgir en torno a la publicación de una norma, no deben resolverse en clave de validez o invalidez, sino de eficacia o ineficacia.

8. En relación a los criterios de eficacia y vigencia de las normas jurídicas, este Tribunal ha señalado en su jurisprudencia que:

> La vigencia de una norma jurídica depende, prima facie, de que haya sido aprobada y promulgada por los órganos competentes, y además de que haya sido publicada conforme lo establece el último extremo del artículo 51 de la Constitución. Cumplido este procedimiento, se podrá considerar que la norma es eficaz. De este modo, el efecto práctico de la vigencia de una norma es su eficacia. "Que una norma sea eficaz quiere decir que es de cumplimiento exigible (Sentencia 0017-2005-PI/TC, fundamento 5).

9. Las ordenanzas municipales son aprobadas por el Concejo Municipal, y adquieren eficacia y obligatoriedad al ser publicadas. Al respecto el artículo 44 de la LOM establece que:

> No surten efecto las normas de gobierno municipal que no hayan cumplido con el requisito de la publicación y difusión.

10. Asimismo, el artículo en mención, a la época de publicación de la ordenanza impugnada exigía que dicho tipo de normas emitidas por municipalidades pertenecientes al departamento de Lima y la provincia del Callao, sean publicadas en el Diario Oficial *El Peruano*.

11. En consecuencia, el análisis de constitucionalidad de las ordenanzas cuestionadas deberá desarrollarse a continuación tomando en cuenta los requisitos indicados.

2.2. Publicación de la ordenanza 031-2014-MPH

12. La parte demandante señala que la Ordenanza impugnada resulta inconstitucional por la forma puesto que no ha sido publicada en el Diario Oficial *El Peruano* conforme al texto entonces vigente del numeral 1 del artículo 44 de la LOM, en concordancia con los artículos 51, 103 y 109 de la Constitución.

13. La disposición aludida establecía que las ordenanzas, los decretos de alcaldía y los acuerdos sobre remuneración del alcalde y dietas de los regidores deben ser publicados:

> 1. En el Diario Oficial El Peruano en el caso de las municipalidades distritales y provinciales del departamento de Lima y la Provincia Constitucional del Callao.

14. Dicho texto normativo se encontró vigente desde la publicación de la LOM el 27 de mayo de 2003 hasta el 24 de mayo de 2018, fecha en la que entró en vigencia la modificatoria introducida por el artículo único de la ley 30773 que pasó a establecer que la publicación en el Diario Oficial alcanzaba a las ordenanzas de "todas las municipalidades de la provincia de Lima y de la Provincia Constitucional del Callao".

15. Es decir que a partir del 2018 las Ordenanzas de la municipalidad demandante podrían publicarse por medio de los demás mecanismos previstos por el artículo 44 de la LOM.

16. Sin embargo, al momento de expedirse la Ordenanza cuestionada esta no fue publicada en el Diario Oficial *El Peruano* como reconoce expresamente la municipalidad demandada en su escrito de contestación.

17. Al respecto, la Municipalidad Provincial de Huaral ha sostenido que

> la demanda incoada en el extremo de la falta de publicación de la ordenanza cuestionada resulta cierta; no teniendo argumentos para refutar tales imputaciones que desde luego tornan ineficaz a dicha ordenanza.

18. El allanamiento presentado por el procurador se respalda en el informe realizado mediante Memorandum 213-2019-MPH-SG en el que el Secretario General de la Municipalidad informa que:

> la mencionada ordenanza no ha sido publicada en el Diario Oficial El Peruano por lo que carece de eficacia.

19. Estando a lo expuesto, y habiéndose verificado que la Ordenanza 031-2014-MPH no ha sido publicada en el Diario Oficial *El Peruano* la demanda debe ser declarada fundada en este extremo.

§3. Inconstitucionalidad por el fondo

20. La declaración de inconstitucionalidad total por la forma que se acaba de disponer no impide que este Tribunal reitere su jurisprudencia respecto de la competencia para la fiscalización del tránsito en el ámbito específico de las vías nacionales.

21. En la Sentencia correspondiente a los expedientes 0002-2017-PI/TC, 0005-2017-PI/TC y 0025-2018-PI/TC (acumulados) se señaló que, si bien los gobiernos locales tienen competencia para regular el tránsito, ésta debe ejercerse conforme a ley. Ello concuerda con el artículo VIII del Título Preliminar de la Ley 27972, Orgánica de Municipalidades, en cuya parte pertinente se señala:

> Los gobiernos locales están sujetos a las leyes y disposiciones que, de manera general y de conformidad con la Constitución Política del Perú, regulan las actividades y funcionamiento del Sector Público; así como a las normas técnicas referidas a los servicios y bienes públicos, y a los sistemas administrativos del Estado que por su |naturaleza son de observancia y cumplimiento obligatorio.
>
> Las competencias y funciones específicas municipales se cumplen en armonía con las políticas y planes nacionales, regionales y locales de desarrollo.

22. Así, el hecho de que la Constitución otorgue a los gobiernos locales competencias normativas en materia de tránsito, no significa que éstas sean exclusivas o puedan ejercerse de cualquier manera. Por el contrario, por remisión de la propia Constitución, tales competencias deben ejercerse sin contravenir las normas con rango de ley.

23. A mayor abundamiento, el artículo 43, inciso 6, de la Ley 27783, de Bases de la Descentralización, establece como una de las competencias compartidas que corresponden a los gobiernos locales:

> Transporte colectivo, circulación y tránsito urbano.

24. A su vez, el artículo 81, inciso 2.1, de la Ley Orgánica de Municipalidades establece como una de las funciones específicas compartidas de las municipalidades provinciales:

> Controlar, con el apoyo de la Policía Nacional, el cumplimiento de las normas de tránsito y de transporte colectivo; sin perjuicio de las funciones sectoriales de nivel nacional que se deriven de esta competencia compartida, conforme a la Ley de Bases de la Descentralización.

25. Si bien las municipalidades provinciales tienen competencia para fiscalizar el cumplimiento de las normas de tránsito en su ámbito territorial, dicha competencia no es, pues, exclusiva sino compartida. Al respecto, el artículo 13, inciso 2, de la Ley de Bases de la Descentralización dice que las competencias compartidas:

> Son aquellas en las que intervienen dos o más niveles de gobierno, que comparten fases sucesivas de los procesos implicados. La ley indica la función específica y responsabilidad que corresponde a cada nivel.

26. La competencia de las municipalidades provinciales para fiscalizar el cumplimiento de las normas de tránsito debe ejercerse en forma conjunta con otros niveles de gobierno. A fin de determinar la forma específica en que dichas competencias se distribuyen, es necesario remitirse a las leyes que regulan el sector, entre las cuáles se encuentra la Ley 29380, de Creación de la Sutran, y la Ley 27181, General de Transporte y Tránsito Terrestre.

3.1 Distribución específica de la competencia objeto de controversia

27. La Municipalidad Provincial de Huaral, en su escrito de contestación manifiesta que:

> El Ministerio de Transportes y Comunicaciones es el órgano rector a nivel nacional en materia de transporte y tránsito terrestre, asumiendo, entre otras, las competencias sobre fiscalización.

28. Sin perjuicio de ello, se debe recordar que en la ya aludida Sentencia correspondiente a los expedientes 0002-2017-PI/TC, 0005-2017-PI/TC y 0025-2018-PI/TC (acumulados) se resolvió que en el artículo 2 de la Ley 29380 se deja establecido que la Sutran es competente para:

> supervisar y fiscalizar el cumplimiento de las normas relacionadas con el tránsito y las establecidas en el Reglamento Nacional de Vehículos.

29. Desarrollando dicha disposición, el artículo 5, literal a, del Reglamento de la Sutran, aprobado mediante Decreto Supremo 33-2009-MTC, señala que ésta es competente para:

> Supervisar el cumplimiento de la normatividad que regula las condiciones de acceso y permanencia y la prestación del servicio de transporte terrestre en sus diversas modalidades, el tránsito de vehículos en la red vial de su competencia, los servicios complementarios y lo dispuesto en el Reglamento Nacional de Vehículos.

30. Por su parte, los artículos 11, 13 y 14 de la Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre disponen lo siguiente sobre el particular:

> Artículo 11. - De la competencia normativa
>
> 11.1 La competencia normativa consiste en la potestad de dictar los reglamentos que rigen en los distintos niveles de la organización administrativa nacional. Aquellos 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 y locales, serán de competencia exclusiva del Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción.
>
> 11.2 Los gobiernos locales emiten las normas complementarias para la aplicación de los reglamentos nacionales dentro de su respectivo ámbito territorial y de sus competencias, sin transgredir ni desnaturalizar la presente Ley ni los reglamentos nacionales.
>
> Artículo 13. - De la competencia de fiscalización
>
> La competencia en esta materia comprende la supervisión, detección de infracciones y la imposición de sanciones por incumplimiento de los dispositivos legales vinculados al transporte y al tránsito terrestre, de tal forma que se promueva un funcionamiento transparente del mercado y una mayor información a los usuarios.
>
> Artículo 14.- De la asignación de las competencias
>
> 14.1 Las competencias en materia de transporte y tránsito terrestre se asignan de acuerdo a lo establecido en la presente Ley y se ejercen con observancia de los Reglamentos Nacionales.
>
> 14.2 Las competencias que no sean expresamente asignadas por la presente Ley a ninguna autoridad corresponden exclusivamente al Ministerio de Transportes, Vivienda y Construcción.

31. De todo lo anterior, se deduce que el Poder Ejecutivo está facultado para emitir reglamentos en materia de tránsito, los cuáles son de obligatorio cumplimiento para todos los niveles de gobierno. Las competencias normativas de las municipalidades con relación al tránsito están limitadas a la emisión de normas que coadyuven a la aplicación de los reglamentos nacionales. La distribución específica de las competencias materia de la controversia es la establecida en la Ley 27181 y en los reglamentos nacionales emitidos bajo su amparo.

32. En ese sentido, el artículo 5, inciso 3, del Código de Tránsito -que constituye uno de los reglamentos nacionales mencionados *supra*- establece que las municipalidades provinciales ejercen las siguientes competencias en materia de fiscalización:

    a) Supervisar, detectar infracciones, imponer sanciones y aplicar las medidas preventivas que correspondan por el incumplimiento de las disposiciones del presente Reglamento y sus normas complementarias.

    b) Inscribir en el Registro Nacional de Sanciones, las papeletas de infracción impuestas en el ámbito de su competencia; así como las medidas preventivas y sanciones que imponga en la red vial (vecinal, rural y urbana)

    c) Aplicar las sanciones por acumulación de puntos cuando la última infracción que originó la acumulación de puntos se haya cometido en el ámbito de su jurisdicción.

    d) Mantener actualizado el Registro Nacional de Sanciones en el ámbito de su competencia, conforme a lo dispuesto en el presente Reglamento.

33. Así, se evidencia que las municipalidades provinciales no tienen competencia para fiscalizar el cumplimiento de las normas de tránsito en todas las vías públicas ubicadas en su circunscripción sino solo en las vías urbanas y en las carreteras que forman parte de las redes viales vecinal o rural. Las municipalidades provinciales carecen de competencia para realizar acciones de fiscalización en la Red Vial Nacional o las redes viales regionales o departamentales.

34. A fin de definir con precisión el contenido de estos términos, corresponde remitirse al Reglamento de Jerarquización Vial, aprobado mediante Decreto Supremo 017-2007-MTC, al que hace referencia la Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre, en cuyo artículo 4 se señala lo siguiente:

    El Sistema Nacional de Carreteras (SINAC) se jerarquiza en las siguientes tres redes viales: Red Vial Nacional, Red Vial Departamental o Regional y Red Vial Vecinal o Rural, según los criterios señalados en el artículo 8 del presente Reglamento.

    a. Red Vial Nacional.- Corresponde a las carreteras de interés nacional conformada por los principales ejes longitudinales y transversales, que constituyen la base del Sistema Nacional de Carreteras (SINAC). Sirve como elemento receptor de las carreteras Departamentales o Regionales y de las carreteras Vecinales o Rurales.

> b. Red Vial Departamental o Regional.- Conformada por las carreteras que constituyen la red vial circunscrita al ámbito de un gobierno regional. Articula básicamente a la Red Vial Nacional con la Red Vial Vecinal o Rural.
>
> c. Red Vial Vecinal o Rural.- Conformada por las carreteras que constituyen la red vial circunscrita al ámbito local, cuya función es articular las capitales de provincia con capitales de distrito, éstos entre sí, con centros poblados o zonas de influencia local y con las redes viales nacional y departamental o regional.

35. Así, las competencias de fiscalización en materia de tránsito de las municipalidades provinciales se circunscriben a las vías urbanas —que no forman parte del SINAC— y a las carreteras que forman parte de la Red Vial Vecinal o Rural. En las demás carreteras, ello corresponde al Poder Ejecutivo, en atención al artículo 2 de la Ley de Creación de la Sutran; el artículo 14, inciso 2, de la Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre; y, el artículo 4-A del Código de Tránsito.

36. Por cierto, este Tribunal ha señalado lo siguiente respecto del *principio de taxatividad* y la *cláusula de residualidad*:

> Si bien esta cláusula no ha sido expresamente reconocida en la Constitución, se entiende que lo está tácitamente [en el inciso 10 del artículo 195] (…). Por tanto, las competencias municipales sólo serán aquellas que explícitamente estén consagradas en la Constitución y en las leyes de desarrollo constitucional, de modo que lo que no esté expresamente señalado en ellas, será de competencia exclusiva del Gobierno Nacional (fundamento jurídico 16 de la sentencia emitida en el Expediente 00006-2010-PI/TC).

37. A mayor abundamiento, debe tomarse en cuenta que, cuando una carretera de la Red Vial Nacional atraviesa zonas urbanas, el Poder Ejecutivo mantiene su competencia para fiscalizar el cumplimiento de las normas de tránsito en dicha vía, conforme a lo establecido en la segunda disposición complementaria final del Reglamento de Jerarquización Vial en cuya parte pertinente se señala:

> El Ministerio de Transportes y Comunicaciones ejerce competencia cuando una carretera de la Red Vial Nacional atraviesa zonas urbanas. (...)

38. En conclusión, la Ordenanza 031-2014-MPH incurre también en una infracción indirecta del artículo 195, inciso 8, de la Constitución, que otorga competencias a los gobiernos locales en materia de tránsito, pero señala que éstas deben ejercerse conforme a ley.

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; en consecuencia, inconstitucional en su totalidad la ordenanza 031-2014-MPH, emitida por la Municipalidad Provincial de Huaral.

Publíquese y notifíquese.

SS.

BLUME FORTINI
MIRANDA CANALES
RAMOS NUÑEZ
SARDÓN DE TABOADA
LEDESMA NARVÁEZ
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA
FERRERO COSTA

PONENTE SARDÓN DE TABOADA

EXP. N° 0003-2019-PI/TC
Caso de la fiscalización del tránsito en vías nacionales 2

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI

Si bien concuerdo con la sentencia, que declara FUNDADA la demanda de inconstitucionalidad y, en consecuencia, inconstitucional en su totalidad la Ordenanza 031-2014-MPH, emitida por la Municipalidad Provincial de Huaral, debo dejar sentada mi posición sobre el proceso de descentralización que regula nuestra Constitución y el rol que tienen las municipalidades, así como de su importancia para el desarrollo integral y armónico del país.

En consecuencia, me aparto de cualquier fundamento de la sentencia que colisione con mi posición; en especial, de la interpretación que da al denominado "principio de taxatividad", entendiéndolo en el sentido que las competencias no asignadas al gobierno local le corresponden al gobierno nacional.

Mi punto de vista lo desarrollo de acuerdo al siguiente esquema:

1. El carácter descentralizado del gobierno peruano y el rol de las municipalidades en el proceso de descentralización del país.
2. La descentralización como proceso de desarrollo integral y armónico del país.
3. Los gobiernos locales y regionales como principales instrumentos de la descentralización del país. La autonomía municipal y el rango de ley de las Ordenanzas Municipales.
4. La taxatividad.

A continuación, desarrollo dicho esquema, siguiendo la misma numeración temática:

1. El carácter descentralizado del gobierno peruano y el rol de las municipalidades en el proceso de descentralización del país.

Como ya lo tengo manifestado en oportunidades anteriores[1], el artículo 43º de la Constitución de 1993, reproduciendo el numeral 79º de la Carta de 1979, establece que el Perú es una república democrática, social, independiente y soberana, que conforma un Estado único e indivisible, cuyo gobierno es unitario, representativo y *descentralizado*, el cual se organiza en base a la separación de poderes.

Esta tipificación de la forma del Estado Peruano y, especialmente de su forma de gobierno, en cuanto a su carácter descentralizado, a la vez que unitario y representativo, no se encuentra en ninguna de las diez constituciones anteriores a la de 1979 que rigieron en el Perú. En efecto, en lo que atañe a la forma del Estado Peruano, las Constituciones de 1823, 1826, 1828, 1834, 1839, 1856, 1860, 1867 y 1920 no consignaron expresamente un solo artículo en sus textos que hiciera referencia expresa a aquella; mientras que la Constitución de 1933 si recogió en su articulado normas referentes a la forma del Estado Peruano. Así, sus artículos 1º y 2º caracterizaban al Perú como una república democrática y soberana, cuyo Estado era uno e indivisible. En lo que respecta a la forma del gobierno peruano y contrariamente al tratamiento brindado a la forma del Estado, las Constituciones de 1823, 1826, 1828, 1834, 1839, 1856, 1860, 1867 y 1920 si consignaron artículos que la describían con la única excepción de la Constitución de 1933, que guardó un marcado silencio sobre el tema. Ciertamente, las de 1823 (artículo 27º) y de 1826 (artículo 7º) establecieron que era popular y representativo; las de 1828 (artículo 7º) y de 1834 (artículo 7º) le agregaron el carácter de consolidado en la unidad nacional; la de 1839 (artículo 12º) le sumó las características de responsable y alternativo; la de 1856 (artículo 41º) lo describió como democrático, representativo y basado en la unidad; y las de 1860 (artículo 42º), de 1867 (artículo 43º) y de 1920 (artículo 68º) lo tipificaron además como republicano.

Tal constatación significa sin lugar a dudas que, a nivel de normativa constitucional, a partir de la Constitución de 1979 y sin perjuicio de los intentos efectuados en el pasado, se introdujo un cambio inédito y de enorme trascendencia respecto a la tipificación del gobierno peruano, al introducir en la misma su

1 Véase, entre otros, mis comentarios contenidos en el libro colectivo "El rango de ley de las ordenanzas municipales en la Constitución de 1993 (colisión normativa entre ley del Congreso y ordenanza municipal)", editado por la Municipalidad Metropolitana de Lima. Stampa Gráfica. Lima. 1997, pp. 2 – 63.

carácter de *descentralizado*, el cual la Carta Constitucional de 1993 ha mantenido en su precitado artículo 43º, que fuera aprobado con el 79% de votos a favor de los señores miembros del Congreso Constituyente Democrático, como lo enfatizó el doctor Carlos Torres y Torres Lara, ex - Presidente de su Comisión de Constitución.[2]

No es del caso detenerse en este punto en la explicación de las razones históricas, sociales y políticas, entre muchas otras, que tuvo el Legislador Constituyente Peruano para adoptar una decisión de tan tremenda envergadura, pero es evidente que se trató de un cambio sustancial en la forma del gobierno, que apostaba por un modelo que, sin perder sus características de unidad y de representatividad, conllevara un ejercicio del poder realmente descentralizado, que permitiera emprender la tarea de un desarrollo integral, armónico y uniforme del país, acabando con el ancestral centralismo, causante, en gran medida, de los males nacionales.

2. La descentralización como proceso de desarrollo integral y armónico del país.

En esta línea, en orden a la implementación del diseño de gobierno unitario, representativo y *descentralizado* concebido por el Legislador Constituyente Peruano, la Constitución de 1993 ha dado importantes avances que es necesario resaltar, a los efectos del presente voto singular.

Ciertamente, en primer término, ha establecido que la *descentralización es un proceso*, que tiene como objetivo fundamental el desarrollo integral del país. Vale decir, un proceso que permita que en todo el territorio nacional se den los elementos que posibiliten a los peruanos un nivel de vida acorde con su condición de seres humanos, dentro de la inspiración humanista ratificada por la Constitución vigente, que entiende que la persona es el fin supremo de la sociedad y del Estado, por lo que de lo que se trata es que en cada lugar de la República exista acceso a la educación, a la cultura, a la salud, al comercio, a la industria, al esparcimiento y, en general, a todos los elementos que trae consigo la modernidad en procura del bienestar y de la realización del hombre.

En segundo lugar, ha establecido que dicho proceso implica *el ejercicio del gobierno de manera descentralizada y desconcentrada*. Esto es, que para el desarrollo integral del país, sin romper el concepto unitario del gobierno peruano, de-

2 TORRES Y TORRES LARA, Carlos. "La Nueva Constitución del Perú 1993: Antecedentes, Fundamentos e Historia Documentada." Desarrollo y Paz. Lima. 1993, p. 466.

ben reconocerse órganos de gobierno distintos a los que integran la estructura del gobierno central, con poder suficiente para enfrentar en forma autónoma la problemática de cada localidad. Ello, sin perjuicio de la desconcentración, que consiste en la delegación de funciones, atribuciones y decisiones desde el gobierno central (nivel de autoridad superior) hacia niveles de autoridades subordinadas, de menor jerarquía funcional o territorial, dentro del ámbito de la misma persona jurídica, para el mejor cumplimiento de sus fines nacionales. En tal sentido, en la concepción del Legislador Constituyente, la delegación del ejercicio del poder para lograr la ansiada descentralización del país corre por vías paralelas: por la vía de la descentralización propiamente dicha y por la vía de la desconcentración.

En tercer orden, ha establecido que el referido proceso *se da básicamente a través y a partir de las municipalidades*, a las cuales considera *instrumentos de la descentralización del país*. En este punto, es importante resaltar el papel que se asigna a las municipalidades como órganos del gobierno local, a las que no solamente se concibe como entidades encargadas de enfrentar y atender los requerimientos que se presentan en sus respectivas jurisdicciones, en lo que atañe a las necesidades locales, sino también y, principalmente, como medios de materializar la descentralización del gobierno, en tanto entidades que representan a los vecinos de su respectiva circunscripción territorial, quienes, a través del sufragio directo, eligen a sus autoridades y, por medio de los mecanismos de democracia directa, participan en las tareas de su respectivo gobierno local.

En cuarto lugar, ha establecido que las municipalidades, para cumplir su papel de ser instrumentos y expresión de la descentralización, tengan *plena autonomía política, económica y administrativa, en los asuntos de su competencia*.

En quinto orden, ha establecido, en armonía con la referida autonomía política, económica y administrativa, que *las municipalidades mediante sus respectivos Concejos Municipales (equivalentes al Poder Legislativo en el nivel local, en los asuntos de su competencia) tienen la facultad de dictar normas con rango de ley, denominadas Ordenanzas Municipales*.

Estos significativos avances están consagrados en los artículos 188º, 189º, 191º, primer y segundo párrafo y 200º, inciso 4), de la Constitución de 1993, que fueron aprobados en sus textos originales por el 85, 83, 78 y 93% de los votos emitidos por los miembros del ex Congreso Constituyente Democrático[3], que

3 Ibíd. pp. 478-479.

establecen literalmente que "La descentralización es un proceso permanente que tiene como objetivo el desarrollo integral del país.", que "El territorio de la República se divide en regiones, departamentos, provincias y distritos, en cuyas circunscripciones se ejerce el gobierno unitario de manera descentralizada y desconcentrada.", que "Las municipalidades provinciales y distritales, y las delegadas conforme a ley, son los órganos de gobierno local. Tienen autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia. Corresponde al Concejo las funciones normativas y fiscalizadoras; y a la alcaldía, las funciones ejecutivas." Y que, al referirse a la acción de inconstitucionalidad, esta "… procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo.", respectivamente.

3. Los gobiernos locales y regionales como principales instrumentos de la descentralización del país. La autonomía municipal y el rango de ley de las Ordenanzas Municipales

Queda claro de lo expuesto hasta esta parte, la gran importancia que atribuye el Legislador Constituyente Peruano a la descentralización, tanto como una de las principales características del gobierno peruano cuanto como proceso necesario e imprescindible para el desarrollo integral del país; y, dentro de este contexto, a las municipalidades como instrumentos de la descentralización, a las cuales ha dotado de autonomía normativa con rango de ley, en los asuntos de su competencia, por lo que corresponde a continuación detenerse brevemente en el tema relacionado con la autonomía municipal y, dentro de este, en el de la facultad normativa del Concejo Municipal y en el del rango de ley de las Ordenanzas Municipales.

Siguiendo al constitucionalista español Francisco Fernández Segado[4], puede afirmarse que el concepto de autonomía es de muy dificultosa precisión, si es que éste no se analiza dentro de el aquí y el ahora de cada momento histórico, así como de la cobertura constitucional existente en tal momento histórico. En este orden, el citado autor sostiene, siguiendo al profesor Santiago Muñoz Machado que "… el concepto de autonomía es difícil de precisar si no se enmarca

4 FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. "La Autonomía Municipal en la Constitución Española de 1978". Citado por BLUME FORTINI, Ernesto, en el libro "El Rango de Ley de las Ordenanzas Municipales en la Constitución de 1993 (colisión normativa entre ley del Congreso y ordenanza municipal)", editado por la Municipalidad Metropolitana de Lima. Stampa Gráfica. Lima. 1997, p. 3.

en coordinadas concretas de tiempo y lugar y se atiende al contexto normativo en que se emplea porque, ciertamente, es polisémico, relativo, históricamente variable y comprendido en forma diferente en los diversos lugares en que se utiliza."[5]

Sin embargo, no obstante este carácter inicial del concepto de autonomía "si se tiene en cuenta la normativa constitucional peruana, así como los ingredientes que el Legislador Constituyente incorpora dentro de la autonomía asignada a las Municipalidades, resulta patente su voluntad de conformar la autonomía como un principio general de organización territorial del gobierno peruano y, a la par, como el derecho de la comunidad local a participar mediante sus propios órganos en el gobiernos y la administración de cuantos asuntos le atañen", al punto que, como bien apunta el mismo Fernández Segado, siguiendo la más actualizada doctrina que busca la redefinición de la autonomía local basada en el interés respectivo como base del principio de autonomía y, en particular a Alfonso Luciano Parejo, el verdadero objeto de la autonomía local "…*radica en el derecho al autogobierno, que significa el derecho a la atribución de potestades (sin precisar cuáles deban ser éstas) en todos aquellos supuestos en que se vean comprometidas o afectadas necesidades de la comunidad local".*[6]

En este orden de ideas, la autonomía municipal debe ser entendida en su más amplio sentido como la capacidad de la municipalidad "… *para ejecutar y cumplir todas las tareas de la Administración estatal con propia responsabilidad, y esto sin importar la posible trascendencia supralocal de estas tareas, pues lo que determinaría la capacidad sería la afectación a los intereses de los ciudadanos"*[7]. No cabe por consiguiente, una visión limitativa y restringida de la autonomía municipal, máxime cuando a esta se asignan caracteres políticos, económicos y administrativos, sino por el contrario una visión amplia que, en el fondo encierra, una redefinición de la autonomía local, que haga posible una interpretación coherente y armónica con lo que podría denominarse el sistema constitucional de distribución de competencias, el cual rompe los esquemas tradicionales e implica una nueva concepción, dentro de la cual, en la medida del nuevo rol de las municipalidades se incrementan las competencias y atribuciones de estas, así como se disminuyen y limitan las de otros entes estatales que antes (en el esquema centralista) las detentaba. Por ello, en opinión del constitucionalista español antes citado, la afirmación de la autonomía local "… *ha de ser entendida como un*

5 Loc. Cit.
6 Loc. Cit.
7 Loc. Cit.

derecho de la comunidad local a participar a través de órganos propios en el gobierno y administración de cuantos asuntos le atañen".[8]

Con relación a este último aspecto, la intensidad de la participación de la municipalidad, en el ejercicio del gobierno, depende de la relación que se pueda dar entre los intereses locales y los supralocales, en el contexto, como es obvio, de la atención a los problemas emergentes de la realidad local; ya que, por su propia naturaleza, el gobierno local ejerce poder únicamente sobre su respectiva circunscripción territorial.

Recalco que, a la luz de la normativa constitucional vigente, contenida puntualmente en los artículos 43º, 188º, 189º, 191º, 192º, 193º, 194º, 195º, 196º y 200º, inciso 4, de la Constitución de 1993, el Legislador Constituyente Peruano ha concebido a la municipalidad como el órgano del gobierno local, con autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia, encargado de organizar, reglamentar y administrar los servicios públicos locales, así como planificar el desarrollo urbano y rural de sus circunscripciones y ejecutar los planes y programas correspondientes, entre otras funciones, que es instrumento básico de la descentralización del país, en el marco de un modelo que maximiza, revalúa y repotencia al gobierno local, al cual para el cabal ejercicio de sus responsabilidades le ha dado funciones normativas, por intermedio de sus Concejos Municipales, dictando Ordenanzas, que son leyes municipales, de igual rango que las leyes ordinarias que dicta el Congreso de la República.

Sobre la función normativa debe hacerse hincapié que la autonomía política comprende la autorregulación; razón que llevó a consagrar expresamente en el artículo 191º de la Carta Fundamental de 1993 que el Concejo Municipal (que es una suerte de parlamento municipal integrado por el Alcalde y los Regidores) tiene la facultad de legislar o normar en materia municipal y, adicionalmente, de fiscalizar a la Alcaldía (que es el órgano ejecutivo municipal). Nótese en este punto que el Legislador Constituyente crea al legislador municipal o parlamentario municipal, a quien denomina Regidor; y que se trata de un legislador para quien se reservan áreas sobre las que deberá ejercer su función normativa: los asuntos de competencia municipal. Nótese, igualmente, que tal decisión se cimienta también en la teoría de la reserva constitucional o reserva legal, en cuya virtud la normación en el ámbito competencial municipal queda reservada al legislador municipal.

8 Loc. Cit.

A contramano, tal reserva conlleva que el legislador ordinario (que dicta las leyes propiamente dichas: el Poder Legislativo, a través del Congreso de la República), el legislador delegado (que dicta decretos legislativos por delegación del Congreso: el Poder Ejecutivo) y el legislador infralegal (que dicta normas de inferior jerarquía que las leyes: el Poder Ejecutivo, entre otros), han quedado privados de normar en materias propias de las municipalidades, ya que esa tarea ha sido entregada al legislador municipal, en concordancia con la autonomía política que tienen las municipalidades.

Como está dicho la función legislativa o normativa municipal la realiza el legislador municipal vía Ordenanzas, que son en puridad leyes municipales; dispositivos o normas jurídicas (en el más estricto sentido) que regulan el ámbito competencial municipal y, en general, atienden a la necesidad normativa que presenta la problemática local o municipal. Empero, también en concordancia con la autonomía política, que, como quedó enfatizado, conlleva a la autonormación o autorregulación, el Legislador Constituyente Peruano le ha dado a la Ordenanza Municipal el rango de ley, al establecer en el artículo 200º, inciso 4), de la Constitución, al referirse a las normas impugnables por causal de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, que tienen rango de ley, al igual que las leyes propiamente dichas, los decretos legislativos, los decretos de urgencia, los tratados, los reglamentos del Congreso y las normas regionales de carácter general.

El rango significa "…índole, clase, categoría, calidad…"[9]. Por lo tanto, el rango de ley significa índole, clase, categoría y calidad de ley. En tal sentido, si por disposición constitucional la Ordenanza Municipal tiene rango de ley, consecuentemente tiene índole, clase, categoría y calidad de ley; raciocinio que permite arribar a la conclusión que la Ley del Congreso y la Ordenanza Municipal tienen igual índole, clase, categoría y calidad, diferenciándose únicamente en la materia normativa que corresponde a cada una.

4. La taxatividad

En el presente caso, existe norma expresa que delimita las competencias municipales para fiscalizar el cumplimiento de las normas de tránsito en su jurisdicción, precisando que estas comprenden actos de fiscalización en las vías urbanas y en las redes viales vecinales o rurales, mientras que la fiscalización de la red vial

9 CABANELLAS, Guillermo. "Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual." Editorial Helíasta S.R.L., 1989, Tomo VII, p. 10

nacional y las redes viales regionales o departamentales corresponde al gobierno nacional.

En tal sentido, la ordenanza cuestionada, al desconocer estas competencias en relación con la red vial nacional, ha sobrepasado el límite impuesto por el bloque de constitucionalidad competencial nacional.

De otro lado, dejo constancia, una vez más, de mi discrepancia con la interpretación del llamado "principio de taxatividad" (residualidad en favor del gobierno nacional) (ver su fundamento 36); fórmula que, estimo, colisiona frontalmente con la interpretación que corresponde al modelo de Estado Constitucional Unitario Descentralizado consagrado en la Constitución y que propugna una residualidad a favor del gobierno local.

Es más, en abono de la fórmula constitucional de residualidad a favor del gobierno local y, en su caso, del gobierno regional, la Ley de Bases de la Descentralización, que hace bloque de constitucionalidad con la Constitución, establece:

> "Las actividades de gobierno en sus distintos niveles alcanzan mayor eficiencia, efectividad y control de la población si se efectúan descentralizadamente. La subsidiariedad supone y exige que la asignación de competencias y funciones a cada nivel de gobierno, sea equilibrada y adecuada a la mejor prestación de los servicios del Estado a la comunidad."

Por consiguiente, a mi modo de ver, de no haber norma expresa que regule la competencia en determinado asunto (lo que no ha ocurrido en este caso), corresponde que la asuma el ente descentralizado que pueda realizar la actividad de gobierno de modo más efectivo, directo y eficiente.

S.

BLUME FORTINI

Caso de la fiscalización de velocidad del tránsito en vías nacionales 2

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Coincido con el sentido de lo resuelto por mis colegas magistrados. Sin embargo, deseo hacer algunas precisiones sobre nuestra forma de Estado y el proceso de descentralización territorial, a la luz de lo prescrito en nuestra Constitución y lo precisado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional al respecto:

1. A lo largo de nuestra historia la descentralización territorial en el Perú, más que una práctica concreta seguida de manera consecuente, muchas veces ha sido, ante todo, un discurso bien intencionado, o inclusive, aunque sea duro decirlo, una promesa objeto de manipulación por diversos sectores. En dicho escenario, se aprecia cómo hasta la fecha continúa existiendo una serie de imprecisiones y problemas no resueltos en torno a la descentralización territorial, tanto es así que aun no existen posiciones bien definidas en diversos asuntos cuya relevancia es insoslayable. De esta manera, y como cuestión principal, ha sido difícil esclarecer con precisión cuál es la forma de Estado peruano, forma que, por lo demás, ha ido mutando en el tiempo, hasta llegar al modelo previsto en nuestra Constitución de 1993 (el cual, por cierto, ha sido objeto también de algunas importantes reformas).

2. En relación con el proceso de descentralización territorial, este ha sido una preocupación constante para el Tribunal Constitucional, a la cual ha debido atender de manera recurrente, por ejemplo, con ocasión de resolver conflictos de competencias que se presentan entre los diversos niveles de gobierno (nacional, regional y local), fricciones que, en nuestro modelo de jurisdicción constitucional, deben ser canalizados a través de los procesos competenciales y los procesos de inconstitucionalidad (estos últimos, cuando el conflicto de competencias se sustenta en normas con rango de ley).

3. Respecto al contenido de la pretensión alegada, tenemos que, y muy a despecho de ciertos esfuerzos históricamente seguidos en otro sentido, lamentablemente

en el Perú el ejercicio del poder a nivel territorial se ha encontrado concentrado y centralizado en Lima, con indudables consecuencias a nivel social, político y económico. Esto, ciertamente, es de lamentar, pues los ciudadanos y las autoridades de gran parte del país en muchas ocasiones se han encontrado (y se encuentran) alejados de muchas decisiones importantes que les involucran directamente, y respecto a las cuales tienen importantes consideraciones que aportar, tanto a nivel social, político y técnico.

4. En ese marco, es claro que la descentralización territorial implica un redimensionamiento completo respecto del ejercicio del poder político. De este modo, la descentralización constituye una importante opción para acercar el gobierno a los ciudadanos, democratizando la toma de aquellas decisiones que, en líneas generales, pueden ser consideradas como la de mayor relevancia en nuestra sociedad, o también aquellas que tienden a apuntalar modelos alternativos de desarrollo social y económico. Así, y manteniéndonos en el contexto propio de la forma de Estado unitario, la descentralización territorial se presenta entonces en el Perú como una necesidad estrechamente vinculada con la democracia y el desarrollo social, que merece una atención y materialización impostergable.

5. Ya en el ámbito normativo, vemos que, de una lectura conjunta de los artículos 43 (el gobierno peruano es unitario y descentralizado) y 188 (sobre el proceso de descentralización) de la Constitución, la forma del Estado peruano puede ser calificada, como también lo ha señalado el Tribunal Constitucional, de *Estado unitario y descentralizado*, o, dicho con otras palabras, de un Estado que se encuentra incursa en un *proceso de descentralización territorial*, el cual es una política permanente del Estado y cuyo objetivo fundamental es el desarrollo integral del país.

6. Ahora bien, nuestra forma de Estado *unitario y descentralizado* implica entender que, a despecho de estas importantes cuotas de descentralización, en el Perú la interpretación a aplicar parte de los parámetros propios de un Estado unitario, tal como pasaré a explicar. Al respecto, y en primer lugar, respecto a la noción de Estado unitario, se trata de aquella forma estatal que cuenta con un centro de gobierno único o principal, desde el cual se toman las decisiones más importantes dentro de un Estado. En este, eventualmente, buscándose tal vez una mejor distribución de competencias, alguna cuota de democratización del ejercicio del poder estatal o quizá el apuntalamiento de modelos de desarrollo alternativo en alguna comunidad en especial, puede ocurrir que se concedan o transfieran determinadas de competencias a entes descentralizados, con ciertas, aunque usualmente acotadas, cuotas de autonomía.

7. La desconcentración, por su parte, fue descrita por Hauriou en su momento como una técnica administrativa, la cual es sin duda diferente de la descentralización. Y es que si bien la desconcentración tiene en común con la descentralización que en ambas existe una tendencia centrífuga, que aproxima la Administración al administrado, sin embargo, la desconcentración se encuentra tan solo limitada a delegar ciertas competencias administrativas, en lo que se constituye antes bien una "técnica de autoridad" y no una "técnica de libertad"[10]. De este modo, la desconcentración mantiene el centralismo, y si bien no supone que toda la actividad pública se realice en el centro político estatal, únicamente otorga potestades administrativas y, en algunos casos testimoniales, a los niveles subnacionales de gobierno. De esta manera, en un *Estado unitario con desconcentración* no se transfieren competencias ni recursos, pues las dinámicas de reparto y transferencia de competencias, con vocación permanente además, es patrimonio de los procesos de descentralización.

8. Ya respecto a la *descentralización territorial*, que caracteriza a nuestro *Estado unitario y descentralizado*, antes que ser una técnica administrativa para trasladar los beneficios del centro político hacia las poblaciones periféricas expectantes, es principalmente una forma de distribución el poder del Estado dentro del territorio. Más específicamente, la descentralización territorial implica la transferencia (y no solo la delegación) de competencias, que pasan del tradicional centro político a las entidades subnacionales (gobiernos regionales y locales en el caso peruano). Así considerado, las regiones y los municipios se erigen como ejes propios de desarrollo, y cuentan con plena autonomía y con espacios propios de participación y de decisión política.

9. En este sentido, el actual artículo 188 de nuestra Constitución es muy claro cuando señala que "la descentralización es una forma de organización democrática y constituye una política permanente de Estado, de carácter obligatorio que tiene como objetivo fundamental el desarrollo integral del país. El proceso de descentralización se realiza por etapas, en forma progresiva y ordenada conforme a criterios que permitan una adecuada asignación de competencias y transferencia de recursos del gobierno nacional hacia los gobiernos regionales y locales".

10. En este orden de ideas, el desarrollo integral del país –objetivo constitucionalmente consagrado– implica que cada espacio subnacional cuente con las garantías suficientes para plantear sus propias líneas de desarrollo. Con ese propósito,

10 HAURIOU, André. Derecho Constitucional e Instituciones Políticas. Segunda edición, Ariel, Barcelona, 1980, p. 185.

cabe recordar que este Tribunal ha señalado que "(...) nuestra Constitución no sólo ha conferido a los gobiernos descentralizados (regional y local) autonomía administrativa, sino también económica, y, lo que es más importante, autonomía política. Esta última se traduce, de un lado, en la elección de sus órganos por sufragio directo (artículo 191 de la Constitución), y, de otro, en la capacidad de dictar normas con rango de ley (artículos 192.6 y 200.4 de la Constitución)" (STC Exp. n.° 00020-2005-PI, f. j. 38; STC Exp. n.° 00034-2009-PI, f. j. 7).

11. Así considerado, los gobiernos regionales y locales deben contar con condiciones que les permitan decidir y generar su propio desarrollo, tanto a partir de las políticas que adopten de manera autónoma, como también de las relaciones que entablen con el centro y también entre ellas. La descentralización territorial, entonces, queda vinculada a la posibilidad de que cada localidad pueda gozar de autonomía, así como de generar sus propias dinámicas de desarrollo de acuerdo a sus propias decisiones, en un marco de subsidiariedad.

12. Ahora, lo que he anotado hasta el momento sobre nuestra forma de Estado y sobre el proceso de descentralización debe tenerse en cuenta al momento de enfrentar conflictos competenciales como el presente. De manera más específica, en lo que se refiere al llamado "test de competencia", por ejemplo, al cual suele hacer referencia el Tribunal Constitucional para resolver este tipo de controversias, debemos indicar que este no puede entenderse como un test que arrojará, indubitablemente, una respuesta correcta para cada caso. Por el contrario, el uso de criterios como los de *unidad*, *cooperación y lealtad* (nacional y regional), o *taxatividad y cláusula de residualidad*, deberán ser entendidos y aplicados siempre respetando nuestra forma de Estado *unitario y descentralizado*. Dicho con otros términos: y es que si bien el nuestro es un Estado unitario (por lo cual opera a favor del gobierno nacional la cláusula de residualidad de las competencias), está inmerso en un proceso de descentralización en el cual existen verdaderas autonomías (que en ningún caso deben ser minimizadas o soslayadas).

13. Así considerado, las respuestas que brinde el Tribunal Constitucional a estas cuestiones no pueden partir de asumir que el gobierno nacional detenta, prima facie, algo así como una jerarquía superior frente a los demás niveles de gobierno, y que ello se traduzca, por ejemplo, en la primacía de las decisiones del gobierno central, al margen o en perjuicio de las competencias constitucionales y legales establecidas para los diversos niveles de gobierno; o que debe entenderse que es mayor la lealtad constitucional en dirección hacia el gobierno nacional, que hacia los gobiernos regionales o locales; o, finalmente, que todas las decisiones importantes para nuestra comunidad deben ser de competencia del gobierno nacional.

14. Por el contrario, debe tenerse en cuenta que lo que manda en las relaciones entre los diversos niveles de gobierno territorial más bien son las competencias establecidas (expresas, aunque a veces tácitas o implícitas), la residualidad en los supuestos en los que las competencias que no hayan sido reguladas, así como el deber de colaboración y lealtad mutua entre diversos los gobiernos, siempre, claro está, respetando el parámetro de última ratio para la decisión de conflictos propia de un Estado unitario, independientemente de eventuales matices de descentralización territorial.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

PLENO JURISDICCIONAL

Expediente 00023-2014-PI/TC

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Del 6 de diciembre de 2018

Caso Ley Universitaria II

8411 Ciudadanos c. Congreso de la República

Asunto

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra diversos artículos de la Ley Universitaria número 30220

Magistrados firmantes:

SS.

MIRANDA CANALES
RAMOS NÚÑEZ
LEDESMA NARVÁEZ
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA
FERRERO COSTA

TABLA DE CONTENIDOS

I. ANTECEDENTES

A. Petitorio constitucional

B. Argumentos de las partes

B.1. Demanda

B.2. Contestación de demanda

II. FUNDAMENTOS

§ 1. Implicaciones de la Sentencia 0014-2014-PI/TC y acumulados

§ 2. Procesos de inconstitucionalidad y cosa juzgada

§ 3. Sentencia 0014-2014-PI/TC y acumulados

§3.1. Supuesta contravención de la autonomía universitaria

§3.2. Supuesta vulneración de la libertad de empresa

§3.3. Supuesta vulneración de la irrenunciabilidad de los derechos laborales

§3.4. Supuesta vulneración de incisos del artículo 2 y el 31 de la Constitución

§3.5. Materia del pronunciamiento a expedir

§ 4. La autonomía universitaria en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

§ 5. La elección de rectores y vicerrectores de universidades públicas

§ 6. La obligación de destinar 2 % del presupuesto a la responsabilidad social, deporte, seguros y lucha contra el cáncer

§ 7. Reglamentación de la Sunedu y contratación de su personal

§ 8. Reglas de transparencia y libertad de empresa

§ 9. La finalidad de la Sunedu y la libertad de empresa

§ 10. Irrenunciabilidad de los derechos laborales

§ 11. Vacancia y revocatoria de autoridades universitarias

§ 12. Exigencias para ser rector y el principio de igualdad

III. FALLO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 26 días del mes de febrero de 2019, el Tribunal Constitucional, en sesión del Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Blume Fortini, presidente; Miranda Canales, vicepresidente; Ramos Núñez; Sardón de Taboada; Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento del magistrado Ferrero Costa, aprobado en la sesión de Pleno de fecha 5 de setiembre de 2017, con el fundamento de voto del magistrado Ferrero Costa y los votos singulares de los magistrados Blume Fortini y Sardón de Taboada que se agregan.

I. ANTECEDENTES

A. Petitorio constitucional

La demanda fue interpuesta por ocho mil once cuatrocientos ciudadanos, con fecha 31 de octubre de 2014, contra diversos artículos de la Ley Universitaria, Ley 30220, publicada con fecha 9 de julio de 2014 en el diario oficial *El Peruano*.

Se alega la violación de la autonomía universitaria y de los derechos a la libertad de empresa; a la igualdad; a la libertad de asociación; a la participación en la vida política, social y cultural de la Nación, a la presunción de inocencia, a elegir y ser elegido, y a la irrenunciabilidad de los derechos laborales.

B. Argumentos de las partes

Los accionantes y el demandado postulan una serie de razones o tesis interpretativas sobre la constitucionalidad de las normas objetadas, las cuales se presentan a continuación.

B.1. Demanda

La demanda se sustenta en los siguientes argumentos:

– Mediante el artículo 1 de la ley impugnada se permite que la Superintendencia Nacional de Educación Superior Universitaria (Sunedu) pueda, a través de resoluciones administrativas, disolver universidades, lo cual es contrario al artículo 2, inciso 13, de la Constitución.

- Se señala que el artículo 8 de la ley impugnada vulnera la autonomía universitaria, puesto que permite que esta se ejerza conforme a normas con rango infralegal. En ese sentido, el ejercicio de esta garantía constitucional estará condicionada a lo establecido en normas como los decretos supremos, las resoluciones supremas, entre otras.
- En cuanto al artículo 9, los demandantes sostienen que las "recomendaciones" que emite la Sunedu trasgreden la autonomía universitaria, puesto que se impone su cumplimiento y se sanciona el desacato, lo cual, en su opinión, es una coacción al ejercicio de las libertades democráticas al interior de las universidades.
- Por otro lado, el artículo 11 obliga a las universidades privadas constituidas como empresas a que publiquen en sus portales electrónicos información que para ellas tiene carácter reservado por ley, lo cual es inconstitucional y contario a la Ley 27806, de Transparencia y Acceso a la Información Pública.
- El artículo 12 crea la Sunedu. Sin embargo, contrario a lo que prescribiera el Tribunal Constitucional en su momento, este no es un órgano altamente especializado ni objetivamente imparcial. Ello se debe a que, al estar adscrito al Ministerio de Educación, hace que reciba influencia directa del gobierno de turno.
- El artículo 13 atenta contra los principios generales del régimen económico, debido a que limita las licencias de funcionamiento de universidades a un plazo de seis años. Ello, además, limita la libertad de trabajo y la inversión privada.
- Asimismo, se aduce que el artículo 17 es inconstitucional, toda vez que, a pesar de que el Tribunal Constitucional prescribiera en su momento la necesidad de que la Sunedu sea un organismo altamente especializado, a través de esta disposición se establece que solo tres de los siete integrantes de este organismo pertenecerán a la universidad. Asimismo, los demandantes cuestionan que dichos miembros deban ostentar el grado de "doctor" o "maestro", ya que ello, en su opinión, no implica ser especialista en educación superior universitaria.
- El artículo 19 vulnera la autonomía universitaria, dado que dispone que la Sunedu sea la única instancia administrativa que, ante el conocimiento de casos particulares de universidades, interprete la Ley Universitaria y su reglamento a fin de expedir resoluciones, las cuales incluso deberán ser acatadas obligatoriamente por todas las universidades.
- Por otro lado, el artículo 27 pretende que las universidades cambien sus lineamientos educacionales, planes de estudio y mallas curriculares, para adaptarse a

las políticas nacionales y regionales. En ese sentido, entraña una vulneración a la autonomía universitaria. Y además de ello, los demandantes consideran inconstitucional que la creación de las universidades dependa de la oferta laboral del momento.

- El artículo 39 también vulnera la autonomía universitaria, ya que impide que cada universidad opte, en su estatuto, por el régimen de estudios y la modalidad de su oferta académica.
- El artículo 40 se contradice con el artículo 39 y, además, vulnera la autonomía universitaria.
- En torno a los artículos 57 y 76, los demandantes señalan que estas disposiciones permiten que normas con una jerarquía menor, como los estatutos universitarios, contemplen causales no prescritas en la ley para la revocatoria de las autoridades y, además, establecen causales adicionales para la declaración de vacancia, lo cual puede dar lugar a arbitrariedades, trasgrediendo de este modo los derechos a la defensa y a la presunción de inocencia.
- El inciso 11 del artículo 59 faculta al Consejo Universitario para la fijación de las remuneraciones y todo concepto de ingresos de las autoridades, docentes y trabajadores en clara contradicción con el artículo 96, vulnerando de este modo el principio de irrenunciabilidad de derechos en materia laboral preceptuado en el artículo 26, inciso 2, de la Constitución, ya que la anterior regulación disponía la homologación de los sueldos de los docentes de las universidades públicas con los de los magistrados del Poder Judicial.

- El artículo 61 menoscaba el derecho a la igualdad, ya que exige que para ser rector se deba tener el grado de doctor, el cual debió haberse obtenido presencialmente. De este modo, se excluye a aquellos cuyo grado de doctor haya sido alcanzado bajo las modalidades semipresencial o a distancia, cuya validez se ampara paradójicamente en el artículo 39 de la misma ley.
- El artículo 66 establece que la elección de rectores y vicerrectores de las universidades públicas debe hacerse por votación universal, personal, obligatoria, directa, secreta y ponderada. No obstante, en virtud de la autonomía universitaria, las universidades públicas deberían tener la misma libertad que las universidades privadas para decidir en sus estatutos la forma de elección de autoridades.
- El inciso 1 del artículo 115 vulnera las libertades económicas establecidas en los artículos 58, 59, 60, 61 y 62 de la Constitución.

- El artículo 121 atenta contra las libertades económicas, tales como la libre iniciativa privada, la libertad de empresa y el pluralismo económico, contempladas en los artículos 58, 59 y 60 de la Constitución.
- Los artículos 125, 126 y 131 disponen exigencias extra académicas que involucran gastos económicos para las universidades, que menoscaba el régimen económico de la autonomía universitaria.
- La Primera Disposición Complementaria Transitoria decreta el cese inmediato de las funciones de los miembros de la Asamblea Universitaria, atentando de esta forma contra los derechos de acceso a la función pública; a elegir y a ser elegido; y a la planificación en la vida política, social y cultural de la Nación.

Las Disposiciones Complementarias Transitorias Cuarta, Sexta y Décima menoscaban la autonomía universitaria, ya que, al haberse dispuesto que el Poder Ejecutivo (Gobierno), mediante el Ministerio de Educación, participe en la constitución de la Comisión Organizadora de un ente como la Sunedu, apruebe su Reglamento y, además, contrate personal, bienes y servicios necesarios para su funcionamiento, interviene de manera indirecta a las universidades.

B.2. Contestación de demanda

La defensa de la constitucionalidad de la ley fue presentada por el Congreso de la República, como se indica a continuación:

- En cuanto al artículo 1, el demandado señala que este extremo resulta improcedente, dado que ya se ha planteado una controversia constitucional sustancialmente igual en la sentencia emitida por este Tribunal en la Sentencia 0014-2014-PI/TC, caso Ley Universitaria, la cual fue desestimada.
- Al igual que el artículo anterior, el artículo 8 resulta improcedente, dado que ya se ha planteado una controversia constitucional sustancialmente igual en la sentencia emitida por este Tribunal en el caso de la Ley Universitaria, la cual fue desestimada.
- En referencia al artículo 9, el demandado alega que, al haberse desestimado una controversia constitucional sustancialmente igual en la sentencia emitida por este Tribunal en el caso de la Ley Universitaria, este extremo resulta improcedente.
- Acerca del artículo 11, la parte demandada considera que, al haberse desestimado una controversia constitucional sustancialmente igual en la sentencia emitida por este Tribunal en el caso de la Ley Universitaria, este extremo resulta improcedente.

- Respecto al artículo 12, el Congreso señala que este extremo resulta improcedente dado que ya se ha planteado una controversia constitucional sustancialmente igual en la sentencia emitida por este Tribunal en el caso de la Ley Universitaria, la cual fue desestimada.
- Para defender la constitucionalidad del artículo 13, el Congreso cita la sentencia emitida por este Tribunal en el caso de la Ley Universitaria, con la finalidad de argumentar que el plazo de licenciamiento de seis años es una expresión más del ejercicio de una potestad discrecional del legislador, y que, en todo caso, no se ha demostrado su desproporcionalidad. Por ende, en su opinión, este extremo deviene en infundado.
- En cuanto al artículo 17, se alega que también resulta improcedente, puesto que plantea una controversia constitucional sustancialmente igual a la que fue desestimada por la sentencia de este Tribunal emitida en el caso de la Ley Universitaria.
- Respecto al artículo 19, el demandado señala que este extremo resulta improcedente, dado que ya se ha planteado una controversia constitucional sustancialmente igual a la resuelta en la sentencia emitida por este Tribunal en el caso de la Ley Universitaria, la cual fue desestimada.

- En torno al artículo 27, el Congreso señala que este extremo también resulta improcedente, dado que la controversia constitucional planteada es sustancialmente igual a la abordada en la sentencia emitida por este Tribunal en el caso de la Ley Universitaria, la cual fue desestimada.
- En cuanto a los artículos 39 y 40, se alega que estos extremos resultan improcedentes en tanto que ya se ha planteado una controversia constitucional sustancialmente igual en la sentencia emitida por este Tribunal en el caso de la Ley Universitaria, la cual fue desestimada.
- En referencia a los artículos 57 y 76 impugnados, la parte demandada afirma que en la ley no se señalan las causales para la revocatoria de autoridades, por lo que no se vulnera la autonomía universitaria. De otro lado, y respecto a la afirmación de que estos dispositivos trasgreden los derechos a la defensa y a la presunción de inocencia, el Congreso estima que no se han detallado argumentos jurídico-constitucionales que fundamenten dicha aseveración.
- Según el demandado, se debe declarar infundada la demanda en el extremo que impugna los artículos 59 y 96 de la Ley 30220, debido a que no configuran algún supuesto de renuncia de derechos laborales que se encuentren reconocidos por la Constitución, la ley o en normas laborales taxativas.

- A favor de la constitucionalidad del artículo 61, el Congreso alega que no se ha propuesto un término de comparación que permita verificar la posible diferenciación jurídica. De este modo, no es posible sostener una vulneración del derecho a la igualdad.

- Acerca del cuestionamiento al artículo 66, el Congreso considera que la regulación de la elección de los rectores y vicerrectores no atenta contra la autonomía universitaria, ya que, en la sentencia recaída en el Expediente 0025-2006-PI/TC, el Tribunal Constitucional ha reconocido la constitucionalidad de que el legislador disponga mediante una ley los requisitos para acceder a los órganos directivos de las universidades. Por ende, considera que este extremo debe declararse infundado.

- Respecto al artículo 115, el demandado señala que este extremo resulta improcedente, dado que ya se ha planteado una controversia constitucional sustancialmente igual a la resuelta en la sentencia emitida por este Tribunal en el caso de la Ley Universitaria, la cual fue desestimada.

- En torno al artículo 121, el demandado alega que este extremo es improcedente, puesto que refiere a una controversia constitucional sustancialmente igual a la planteada en la sentencia emitida por este Tribunal en el caso de la Ley Universitaria, la cual fue desestimada.

- Respecto a los artículos 125, 126 y 131 de la ley impugnada, el Congreso sostiene que la función institucional de la universidad se complementa con las actividades cuyos contenidos son de naturaleza cultural, científica y técnica, los cuales tienen relación directa con el derecho a la libertad de cátedra. Asimismo, tampoco vulnera la facultad de expresar las ideas o creencias vinculadas con el desarrollo de una asignatura en el ejercicio de la docencia. Por ende, y con base en estas razones, estos extremos deben declararse infundados.

- Sobre la Primera Disposición Complementaria Transitoria, el demandado alega que este extremo es improcedente, puesto que refiere a una controversia constitucional sustancialmente igual a la planteada en la sentencia emitida por este Tribunal en el caso de la Ley Universitaria, la cual fue desestimada.

- Finalmente, y en opinión del Congreso, las Disposiciones Complementarias Transitorias Cuarta, Sexta y Décima resultan improcedentes, dado que, en la sentencia emitida por este Tribunal en el caso de la Ley Universitaria, ya se ha planteado una controversia constitucional sustancialmente igual, la cual fue desestimada.

II. FUNDAMENTOS

§ 1. Implicancias de la Sentencia 0014-2014-PI/TC y acumulados

1. Para decidir la presente controversia resulta indispensable tener en cuenta la sentencia recaída en el Expediente 0014-2014-PI/TC y acumulados, caso de la Ley Universitaria**,** publicada en el diario oficial *El Peruano*, el 14 de noviembre de 2015. En dicho caso, el Tribunal analizó cuatro demandas de inconstitucionalidad, previamente acumuladas, que cuestionaban diversos artículos de la Ley 30220, Ley Universitaria.

2. En la sentencia aludida, el Tribunal Constitucional declaró infundada las demandas interpuestas contra los artículos 1, 8, 9, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 19, 20, 21, 22, 23, 27, 28, 35, 39, 40, 56, 59, 78, 84, 109, 115, 116.3, 120 y 121, así como las Disposiciones Complementarias Transitorias Primera, Segunda, Tercera, Cuarta y Decimoprimera, las Disposiciones Complementarias Finales Sexta y la Disposición Complementaria Única. Es decir, determinó que tales dispositivos eran constitucionales.

3. Este órgano de interpretación vinculante de la Constitución, además, decidió que el plazo establecido en la Tercera Disposición Complementaria Transitoria —sobre la adecuación de docentes universitarios a los nuevos requisitos— se debe computar desde la publicación de tal sentencia en el diario oficial *El Peruano*.

4. Esta información es relevante porque este Tribunal ya ha confirmado la constitucionalidad de varios de los artículos cuestionado en la presente demanda. Por ello, en virtud de las reglas de la cosa juzgada aplicables a los procesos de inconstitucionalidad, debe determinarse previamente qué artículos de la Ley 30220 ya no pueden ser materia de un nuevo análisis por parte de este Tribunal.

§ 2. Procesos de inconstitucionalidad y cosa juzgada

5. El artículo 82 del Código Procesal Constitucional (CPCo) establece, en la parte pertinente, que las sentencias de este Tribunal recaídas 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.

6. En efecto, las sentencias dictadas en un proceso de inconstitucionalidad tienen efectos *erga omnes,* fuerza vinculante y calidad de cosa juzgada. Dicho atributo de *res iudicata* recae tanto sobre las sentencias estimatorias como sobre las sentencias desestimatorias.

7. Es relevante observar que la presente demanda fue admitida a trámite antes de la publicación de la Sentencia 0014-2014-PI/TC y acumulados. En efecto, mediante el Auto-1 del presente expediente, de fecha 01 de diciembre de 2014, este Tribunal estableció que la demanda debía ser declarada inadmisible únicamente respecto de los artículos 14, 15, 20 y 22 de la Ley 30220, brindado un plazo para subsanar las omisiones indicadas.

8. Mediante el Auto 2, de fecha 26 de enero de 2016, el Tribunal determinó que las omisiones no habían sido subsanadas. Por ende, la demanda debía declarase improcedente respecto a tales artículos, teniéndose por admitida, en cambio, respecto los artículos que se detallarán en la siguiente sección.

9. El hecho de que la demanda contra dichas disposiciones haya sido admitida antes de la publicación de la Sentencia 0014-2014-PI/TC y acumulados es relevante, porque no procedería aplicar el artículo 104, inciso 2, del CPCo. Y es que tal artículo establece que el Tribunal Constitucional declara la improcedencia *liminar* cuando "se hubiere desestimado una demanda de inconstitucionalidad sustancialmente igual en cuanto al fondo."

10. Como ya se advirtió, no estamos ante este supuesto, porque el Tribunal ya había establecido la procedencia de la demanda de inconstitucionalidad de diversos artículos de la Ley Universitaria. Es más, en el considerando 8 del Auto 1, el Tribunal indicó expresamente que no se había incurrido en la causal "prevista en el artículo 104.2" del CPCo.

11. Sin embargo, esta situación no impide que pueda declararse la improcedencia de la demanda respecto de los artículos de la Ley Universitaria sobre los artículos que ya han sido materia de pronunciamiento por parte de este Tribunal en la Sentencia 0014-2014-PI/TC y acumulados, la que tiene la calidad de cosa juzgada.

12. El Tribunal ya afrontó una situación similar. En la Sentencia 0010-2015-PI/TC, el Tribunal declaró la improcedencia de la demanda contra varios artículos sobre los cuales ya existía de pronunciamiento del Tribunal Constitucional (Sentencia 0025-2013-PI/TC).

13. Al igual que en el presente caso, la demanda había sido admitida a trámite cuando el Tribunal aún no había emitido un pronunciamiento sobre la materia en cuestión, pero al momento de resolver el caso ya existía un pronunciamiento sobre el fondo. En tal sentido, y al observarse que se estaba ante controversias constitucionales que resultaban sustancialmente iguales en cuanto al fondo, la demanda fue declarada improcedente.

14. Queda por analizar cuándo se está ante una controversia constitucional sustancialmente igual. Los elementos que la configuran son la norma impugnada, el parámetro del juicio (el ordenamiento jurídico) y el principio interpretativo.

15. El Tribunal ha explicitado que se deben observar ciertos aspectos de la controversia a fin de establecer si es que una nueva demanda de inconstitucionalidad afectaría o no el límite objetivo de la cosa juzgada de las sentencias desestimatorias de inconstitucionalidad. En tal sentido, tales aspectos a revisar son los siguientes:

    a) si la *cláusula constitucional* que ha sido empleada como parámetro de juicio es la misma o es otra distinta;

    b) si la *norma constitucional* parámetro de juicio ha variado en su sentido;

    c) si la *norma legal impugnada*, objeto de control, ha variado en el sentido por el cual se dictó la sentencia desestimatoria; y

    d) si la conclusión a que conduce la aplicación de un principio interpretativo distinto es sustancialmente diferente a la que se aplicó en la sentencia desestimatoria (Auto Exp. 0025-2005-PI/TC, considerando 9).

16. El Tribunal ha advertido también que, para analizar ello, se debe tomar en cuenta la distinción entre disposición y norma, siendo la primera el enunciado lingüístico y la segunda el significado de dicho enunciado. De esta manera, se debe concebir que los enunciados lingüísticos constitucionales y legales pueden contener más de una norma.

17. En tal sentido, si es que el objeto de control (misma disposición y norma legal), el parámetro de juicio (misma disposición y norma constitucional) y el carácter metodológico utilizado (principio interpretativo) son los mismos, la nueva demanda estaría afectando el límite objetivo de la cosa juzgada, por lo que debería declarase su improcedencia.

§ 3. Determinación de los artículos sobre los que existe pronunciamiento sustantivo en la Sentencia 0014-2014-PI/TC y acumulados

18. Corresponde ahora a este Tribunal precisar qué artículos de la Ley Universitaria ya no pueden ser cuestionados en virtud del principio de cosa juzgada. En la presente demanda se dividen los cuestionamientos en cuatro rubros, dependiendo de las cláusulas constitucionales supuestamente vulneradas. Un primer grupo de artículos es cuestionado por vulnerar la autonomía universitaria (artículo 18

de la Constitución), otro grupo es cuestionado por contravenir la libertad de empresa (artículos 58 al 62 de la Constitución).

19. Un tercer grupo de artículos de la Ley Universitaria son cuestionados por vulnerar la irrenunciabilidad de los derechos laborales (artículo 26 de la Constitución). Y por último, un cuarto grupo estaría siendo cuestionado por contravenir los derechos a la igualdad (artículo 2.2); de asociación (artículo 2.13); a la participación en la vida política, social y cultural (artículo 2.17), a la presunción de inocencia (artículo 2.24.e); y a elegir y a ser elegido (artículo 31 de la Constitución).

§ 3.1. Supuesta contravención de la autonomía universitaria

20. En el presente caso, los demandantes sostienen que los artículos 8, 9, 12, 17, 19 (inciso 3, 27, 39, 40, 66, 125, 126, 131) y las Disposiciones Complementarias Transitorias Cuarta, Sexta y la Décima Disposición Complementaria Final contravienen la autonomía universitaria (fojas 2).

21. Por su parte, puesto que en la Sentencia 0014-2014-PI/TC y acumulados se determinó que los artículos 8, 9, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 19, 20, 21, 22, 23, 27, 28, 35, 39, 40, 56, 57, 59.3, 115, 116, 120, 121, la Primera, Cuarta, Decimoprimera y Disposición Única Transitoria no contravienen la autonomía universitaria, estos ya no pueden ser nuevamente cuestionados en virtud de una supuesta vulneración de dicho principio.

22. Por consiguiente, en lo concerniente a los artículos 8, 9, 12, 17, 19, 27, 39, 40 y la Cuarta Disposición Complementaria Transitoria, la demanda debe ser declarada improcedente, puesto que ya se resolvió una controversia constitucional sustancialmente igual.

23. Por ello, solo se analizará por el fondo los alegatos de inconstitucionalidad contra los artículos 66, 125, 126, 131 y las Disposiciones Complementarias Transitorias Sexta y Décima, por supuestamente vulnerar el principio de autonomía universitaria.

§ 3.2. Supuesta vulneración de la libertad de empresa

24. Los demandantes cuestionan que los artículos 11, 13, 115 y 121 son contrarios a la libertad de empresa. El Tribunal ya se pronunció sobre su constitucionalidad. Sin embargo, se requiere analizar con mayor detalle la Sentencia 0014-2014-PI/TC y acumulados a fin de determinar si es que se está frente a una controversia constitucional sustancialmente igual.

25. Y es que, si bien el Tribunal ya se pronunció sobre los artículos 11 y 13, lo ha hecho en virtud de un parámetro constitucional diferente, como lo fue la autonomía universitaria y la reserva tributaria. En contraste, ahora se cuestiona que tales artículos contravienen la libertad de empresa. Por consiguiente, no se configura una controversia constitucional sustancialmente igual, y debe emitirse un pronunciamiento sobre el fondo.

26. No ocurre lo mismo respecto al artículo 115, inciso 1, y el artículo 121 de la Ley Universitaria. Respecto del primero, en la Sentencia 0014-2014-PI/TC y acumulados, fundamentos 282 al 291, se estableció que la limitación de la cantidad de universidades que pueden ser promovidas por una persona jurídica es una medida proporcional. En tal sentido, sobre el artículo 115, la demanda debe ser declarada improcedente por ser una controversia constitucional sustancialmente igual.

27. De otro lado, en la Sentencia 0014-2014-PI/TC se estableció que el artículo 121 no contravenía el derecho a la inversión privada en el sector educación, a la libertad de empresa y el derecho al trabajo (fundamento 304). En tal sentido, puesto que en la presente demanda se cuestiona que dicho artículo es contrario a la libertad de empresa, se está ante una controversia constitucional sustancialmente igual, por lo que debe declarase improcedente la demanda sobre este artículo.

28. En suma, sobre este punto, solo podrá revisarse la constitucionalidad de los artículos 11 y 13 de la Ley Universitaria, en virtud de la presunta vulneración de la libertad de empresa.

§ 3.3. Supuesta vulneración de la irrenunciabilidad de los derechos laborales

29. Los demandantes cuestionan los artículos 59, inciso 11, y 96 de la Ley Universitaria, por cuanto vulnerarían el artículo 26 de la Constitución. Debe advertirse que no han sido objeto de análisis en la Sentencia 0014-2014-PI/TC y acumulados. El Tribunal únicamente se pronunció sobre el artículo 59, inciso 3, de la Ley Universitaria, y determinó que no contraviene la autonomía universitaria (fundamentos 229-236), en tal sentido no habría una controversia constitucional sustancialmente igual.

30. Por consiguiente, el Tribunal analizará la constitucionalidad de los artículos 59, inciso 11 y 96 de la Ley Universitaria, a la luz del artículo 26 de la Constitución.

§ 3.4. Supuesta vulneración de incisos del artículo 2 y el 31 de la Constitución

31. Los demandantes cuestionan los artículos 1, 57, 61, 76 y Primera Disposición Complementaria Transitoria de la Ley Universitaria. No obstante, se aprecia

que el Tribunal ya emitió pronunciamiento sobre los artículos 1, 57 y la Primera Disposición Complementaria Transitoria.

32. Este órgano de control de interpretación vinculante de la Constitución ya determinó que el artículo 1 de la Ley Universitaria no contraviene el artículo 2, inciso 13 de la Constitución. El Tribunal Constitucional, en los fundamentos 57-61 de la Sentencia 0014-2014PI/TC y acumulados, dejó establecido que la decisión administrativa de suspender la licencia para prestar un servicio de educación universitaria no supone la disolución de la persona jurídica. Por consiguiente, se observa una controversia constitucional sustancialmente igual, por lo que respecto a este artículo la demanda debe ser declarada improcedente.

33. Acerca de la Primera Disposición Complementaria Transitoria, en la presente demanda se cuestiona que se estaría contraviniendo el derecho a elegir y ser elegido (artículo 31 de la Constitución) y el derecho a participar en la vida cultural de la Nación (artículo 2, inciso 17, de la Constitución).

34. No obstante, este Tribunal sostuvo en la Sentencia 0014-2014-PI/TC y acumulados que no se contravenía el artículo 2, inciso 17, ni el artículo 31 de la Constitución (fundamentos 311-320). En tal sentido, se está claramente ante una controversia constitucional sustancialmente igual, por lo que la demanda debe ser declarada improcedente en relación con este artículo.

35. En lo que al artículo 57, inciso 4, respecta, la situación es diferente. Si bien la Sentencia 0014-2014-PI/TC y acumulados se pronunció sobre el artículo 57 en general, lo hizo en virtud del artículo 18 de la Constitución (autonomía universitaria). En la presente demanda se cuestiona en realidad el artículo 57, inciso 4, y el artículo 76, debido a que contravendrían el artículo 2, inciso 24.e), de la Constitución. En tal sentido, al no observarse una controversia constitucional sustancialmente igual respecto de estos artículos, el Tribunal debe pronunciarse sobre el fondo.

36. En suma, existe una controversia constitucional sustancialmente igual en los casos de los artículos 1 y la Primera Disposición Complementaria Transitoria de la Ley 30220; por ello, tales cuestionamientos deben ser declarados improcedentes.

37. En contraste, el Tribunal analizará la constitucionalidad de los artículos 57, inciso 4, 61 y 76, declarando la improcedencia de la Ley 30220, Ley Universitaria.

§ 3.5- Materia del pronunciamiento a expedir

38. Al haberse detectado que se está ante una controversia constitucional sustancialmente igual en lo que respecta a los 1, 8, 9, 12, 17, 19, 27, 39, 40, y las Disposiciones Complementarias Transitorias Primera y Cuarta, tales extremos deben ser declarados improcedentes por plantear una controversia constitucional sustancialmente igual a la ya resuelta con la Sentencia 0014-2014-PI/TC y acumulados.

39. Por el contrario, al no existir pronunciamiento anterior, el Tribunal debe evaluar el fondo de los cuestionamientos contra los siguientes artículos:

- los artículos 66, 125, 126, 131, la Sexta y Décima Disposición Complementarias Transitorias por contravenir la autonomía universitaria;
- los artículos 11 y 13 por contravenir la libertad de empresa;
- el artículo 59, inciso 11, y el artículo 96 por contravenir la irrenunciabilidad de los derechos laborales; y
- el artículo 57, inciso 4, y los artículos 61 y 76 de Ley 30220 por contravenir diversos incisos del artículo 2 y el artículo 31 de la Constitución.

§ 4. La autonomía universitaria en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

40. Los artículos 17, 18 y 19 la Constitución establecen el parámetro constitucional de la educación superior universitaria, dentro del cual el legislador debe desenvolverse al momento de regular la creación y funcionamiento de universidades, así como para la cancelación de licencias para el ejercicio de tal actividad.

41. Por su parte, los fines del proceso educativo, según los artículos 13 y 14 de la Constitución, 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.

42. En dicho contexto, el artículo 18 de la Constitución de 1993, referido específicamente a la educación universitaria, establece que la finalidad de la educación universitaria incluye lo siguiente:

a. la formación profesional;
b. la difusión cultural;
c. la creación intelectual y artística; y
d. la investigación científica y tecnológica.

43. 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.

44. Y establece a continuación que la ley "fija las condiciones para autorizar" el funcionamiento de las universidades, que pueden ser promovidas por entidades públicas o privadas. Así, el legislador tiene la potestad de regular las condiciones para que el Estado autorice el funcionamiento de las universidades, sin que ello implique una intervención desproporcionada en la autonomía universitaria.

45. Es importante anotar que si al regular aspectos relativos a la función de la universidad se amenaza vulnera la misión que la Constitución le ha otorgado a las universidades, se estaría restringiendo ilegítimamente la autonomía universitaria (Sentencia 0014-2014-PI/TC, fundamento 44).

46. 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 solo por el Estado, sino por el ordenamiento jurídico que lo rige (Sentencia 00012-1996-Al/TC, Fundamento Jurídico Único).

47. 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" (Sentencia 00025-2006-AI/TC, fundamento 7).

48. La propia norma fundamental es explícita en ello al disponer que los estatutos de las universidades se regirán 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 (Sentencia 00025-2006-AI/TC, fundamento 7).

49. Se trata, sin duda, de atender la exigencia de una educación universitaria de calidad basada en un cabal ejercicio de las libertades aquí aludidas, pero sin que de ello se desprenda una ausencia total del Estado en la supervisión y control

de esta. Todo ello en un contexto donde confluyen gestores públicos y privados (Sentencia 00023-2007-AI/TC, fundamento 36).

50. 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 del conocimiento y en la evolución del pensamiento, protegida frente a cualquier injerencia de carácter político (Sentencia 0017-2008-PI/TC, fundamento 177).

51. El Tribunal ya estableció que la autonomía no supone autarquía y, por ende, las universidades no pueden estar al margen del ordenamiento jurídico del Estado. Por el contrario, es dentro de este marco que las universidades pueden desempeñar su labor sin controles ideológicos (Sentencia 0014-2014-PI/TC y acumulados, fundamento 46).

52. Por último, corresponde concluir, como ya se lo hizo en la Sentencia 0014-2014-PI/TC y acumulados, que no se amenaza o vulnera la autonomía universitaria cuando el legislador regula aspectos sobre la autonomía universitaria de manera proporcional (fundamento 50), inclusive si es que ello incide en ciertos aspectos propios de la misión que la Constitución ha otorgado a dichas instituciones públicas o privadas.

§ 5. La elección de rectores y vicerrectores de universidades públicas

53. Los ciudadanos demandantes cuestionan el primer párrafo del artículo 66 de la Ley Universitaria. Esta disposición establece:

> El Rector y los Vicerrectores de las universidades públicas son elegidos por lista única para un periodo de cinco (5) años, por votación universal, personal, obligatoria, directa, secreta y ponderada por todos los docentes ordinarios y estudiantes matriculados […].

54. Alegan que, al igual que las universidades privadas, las universidades públicas tienen la libertad de decidir en sus estatutos, y dentro del marco de su autonomía de gobierno, normativa y administrativa, la forma de elección de sus autoridades.

55. En tal sentido, lo que realmente se alega es que la elección de rectores y vicerrectores de las universidades públicas debería ser regulada de la misma manera en que se regula tal materia para el caso de las universidades privadas: mediante sus estatutos y no por la Ley Universitaria.

56. En tal sentido, se deprende que frente a ese artículo se alega que supuestamente se estaría transgrediendo el principio de igualdad, al estar reconociendo la autonomía universitaria de manera diferenciada a las universidades públicas y a las privadas, dando más libertades a estas últimas.

57. El principio-derecho de igualdad distingue dos manifestaciones relevantes: la igualdad *en la ley* y la igualdad *en la aplicación* de la ley. La primera manifestación constituye un límite para el legislador, encontrándose este vedado de establecer distinciones basadas en criterios irrazonables y desproporcionados. Es decir, el principio de igualdad exige al legislador que las situaciones jurídicas que vaya a determinar deban garantizar un trato igual y sin discriminaciones.

58. El principio de igualdad no supone un idéntico tratamiento. Si bien las personas deben estar sujetas a la misma regulación si se encuentran en una misma condición (Sentencia 0048-2004-PI/TC, fundamento 59), la desigualdad de trato está legitimada si es que la situaciones jurídicas son lo suficientemente diferenciadas.

59. Así, si la desigualdad de trato no está basada en un criterio razonable o proporcional, se estará ante una discriminación, Esto es, frente a una desigualdad de trato constitucionalmente intolerable (Sentencia 0048-2004-PI/TC, fundamento 62) por razonable. La diferenciación, en cambio, está constitucionalmente permitida siempre y cuando el trato desigual se funde en causas objetivas y razonables.

60. En virtud de ello, y en relación con este extremo, el Tribunal Constitucional debe precisar lo siguiente:

    i. Pueden existir diferencias entre el régimen docente de la universidad pública y la universidad privada, por ejemplo, en lo relacionado con el acceso a ella; y

    ii. La autonomía de las universidades públicas se desenvuelve en el marco del ordenamiento legal, siempre que esta no incurra en arbitrariedades y que no sea desnaturalizada la garantía institucional que le corresponde.

61. Más aún, en la Sentencia 0025-2006-PI/TC, el Tribunal determinó la constitucionalidad de la regulación diferenciada sobre la reelección de rectores de universidades públicas y privadas. En dicha sentencia se estableció que el legislador ordinario estaba constitucionalmente legitimado para imponer una prohibición de reelección inmediata a los rectores de universidades públicas, pero no a los de las universidades privadas, en virtud a diferencias justificables entre ambos tipos de universidades.

62. Por su parte, el legislador es competente para regular lo relacionado con la función pública y el nombramiento de autoridades del Estado, tal como precisamente ocurre en este caso, con la forma en que son elegidos los rectores y vicerrectores de las universidades públicas.

63. Debe tenerse en cuenta que, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito privado, la función pública es un bien jurídico de especial relevancia constitucional. Por ello, el constituyente ha creado, por ejemplo, un régimen específico de servidores y funcionarios públicos, quienes se encuentran al servicio de la Nación; ha previsto una carrera administrativa con formas especificas de ingreso, derechos y deberes; ha establecido obligaciones y responsabilidades especiales que deben ser desarrolladas legalmente; además de fijar ciertas limitaciones al ejercicio de derechos (prohibición de doble percepción de ingresos públicos, restricción de los derechos de sindicación y huelga en algunos supuestos, publicación de la declaración jurada de bienes y rentas en otros casos, etc.), que se encuentran justificadas por el ejercicio del cargo y las funciones públicas desempeñadas (Sentencia 5057-2013-PA, fundamento jurídico 8).

64. Como puede apreciarse, la finalidad y la lógica subyacente en el ámbito público no es extensible a las instituciones privadas. En consecuencia, no pueden equipararse, sin más, las reglas referidas a los servidores públicos que ejercen actividad docente en universidades públicas con las que rigen a quienes laboran o prestan servicios en el ámbito privado (Sentencia 0014-2014-PI y acumulados, fundamento 258).

65. En el sentido indicado, no es posible equiparar la elección de los rectores y vicerrectores de las universidades públicas con los de las universidades privadas. Por lo indicado, en el presente caso no se ha ofrecido un *tertium comparationis* válido.

66. Asimismo, este Tribunal Constitucional ha explicado ya, en varias oportunidades, que 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" (Sentencia 0014-2014-PI y otros, fundamento jurídico 251; Sentencia 00037-2009-AI, fundamento 21; Sentencia 04232-2004-AA, fundamento 23).

67. En conclusión, y por las razones expuestas, corresponde desestimar la demanda en dicho extremo por no afectar la autonomía universitaria.

§ 6. La obligación de destinar 2 % del presupuesto a la responsabilidad social, deporte, seguros y lucha contra el cáncer

68. Los demandantes cuestionan los artículos 125, 126 y 131 de la Ley Universitaria, alegando que al imponer exigencias extra académicas se vulnera la autonomía universitaria. Indican que estos artículos vulneran "el régimen económico de la autonomía universitaria", así como los regímenes normativo, administrativo y de gobierno, tal como han sido desarrollados por el Tribunal Constitucional peruano en la Sentencia 0019-2011-PI/TC.

69. Cuestionan que mediante el artículo 125 de la Ley Universitaria se establece que las universidades deben disponer del 2 % de su presupuesto como mínimo para promover la responsabilidad social. Cuestionan también que mediante el artículo 126 se obliga a las universidades públicas a inscribir a los estudiantes en el Seguro Integral de Salud o cualquier otro seguro que la universidad provea.

70. Por último, cuestiona también el artículo 131, que coacciona a las universidades a formar equipos de disciplinas olímpicas, establecer Programas Olímpicos de Alta Competencia con no menos de tres disciplinas deportivas en sus distintas categorías y a la participación de olimpiadas que desarrollará el Instituto Peruano del Deporte, estableciendo que el incumplimiento de lo establecido constituye una infracción susceptible de ser sancionada por parte de la Sunedu.

71. Específicamente, afirman que de este modo se vulnera el "régimen económico de la autonomía universitaria", por cuanto las universidades tienen autodeterminación para administrar y disponer del patrimonio institucional y fijar criterios de generación y aplicación de los recursos financieros.

72. El Tribunal tiene establecido en su la Sentencia 04232-2004-AA/TC (fundamento 28) que la autonomía universitaria se manifiesta en 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 enseñanzaaprendizaje 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.

73. Como ya se ha señalado el reconocimiento de la autonomía universitaria no significa que las universidades no puedan ser reguladas. Cuando el legislador regula aspectos que incluso inciden en ciertos aspectos de la autonomía universitaria, ello no implica necesariamente amenaza o vulneración de la autonomía universitaria. Ello solo se configuraría si es que el legislador ordinario interviene desproporcionada o arbitrariamente en las competencias conferidas a las universidades, despojándolas de sus atribuciones o limitándolas en forma irrazonable.

74. Al respecto, no puede dejar de tomarse en cuenta la función social de la universidad. Este Tribunal ya ha expresado en la Sentencia 0019-2011-PI/TC que la universidad brinda un servicio público educativo y como tal, tiene una función social (fundamento 16, *in fine*). Cabe destacar, además, que la universidad, en su condición de centro de transmisión de conocimientos y formación de ciudadanos profesionales, cumple con los requerimientos de la sociedad de contar con personas capacitadas para la colaboración en la conducción del país desde diversos ámbitos (Sentencia 0025-2006-PI/TC, fundamento 2).

75. Ahora bien, el artículo 13 de la Constitución establece que la educación tiene como finalidad el desarrollo integral de la persona humana. Es este mandato constitucional es el que legitima lo ordenando por el artículo 125 de la Ley Universitaria en cuanto exige destinar un porcentaje de su presupuesto a la inversión en responsabilidad social. Cabe advertir, sin embargo, que cada universidad podrá decidir específicamente qué aspectos de esta serán enfatizados. Por ende, no se evidencia que exista una intervención desproporcionada.

76. De igual forma, lo ordenando por el artículo 126 no implica una intervención en la autonomía universitaria, puesto que el aseguramiento médico podría considerarse como parte de la integralidad que la educación universitaria debe garantizar.

77. Por último, el mandato establecido en el artículo 131 busca apuntalar la dimensión deportiva y brindar espacios en donde la educación integral pueda plasmarse efectivamente. Y es que el espacio universitario no se reduce a la mera transmisión de datos técnicos, sino que hay también una dimensión formativa cultural y deportiva.

78. Así, al margen de que este Tribunal estima que los demandantes no han argumentado por qué o cómo es que estas intervenciones deberían ser consideradas desproporcionadas. Por el contrario, este Tribunal entiende que los mandatos legislativos cuestionados que delimitan la autonomía universitaria no lo hacen irrazonablemente.

§ 7. Reglamentación de la Sunedu y contratación de su personal

79. Para los demandantes, las Disposiciones Complementarias Transitorias Sexta y Décima de la Ley Universitaria estarían contraviniendo la autonomía universitaria. Sin diferenciar cada una de las referidas cláusulas, los demandantes indican que con estas se establece la participación del Gobierno, a través del Ministerio de Educación, tanto en la constitución de la Comisión Organizadora de la Sunedu.

80. Alegan que el Ministerio de Educación estaría encargado de la elaboración y aprobación de su reglamento y de la contratación del personal que trabajará en la Superintendencia.

81. Sostienen que ello contraviene lo establecido por el Tribunal Constitucional, en cuanto las universidades deben estar exentas de la injerencia externa por parte del poder público y privado. Sin embargo, y en este caso, mediante las funciones y atribuciones de la Sunedu, se estaría vulnerando la autonomía universitaria.

82. La Sexta Disposición Complementaria Transitoria establece que, mediante decreto supremo el Poder Ejecutivo o Gobierno,aprueba el Reglamento de Organización y Funciones de la Sunedu dentro de noventa días de publicada la sentencias.

83. Por su parte la Décima Disposición Complementaria Transitoria establece que el Ministerio de Educación está autorizado para a realizar las contrataciones de personal, bienes y servicios necesarios para el funcionamiento de la Sunedu. Ello hasta la consolidación de esta entidad con sus documentos de gestión correspondientes.

84. En la Sentencia 0014-2014-PI/TC y acumulados, este Tribunal determinó que los órganos técnicos especializados y las superintendencias están formalmente

adscritas al Gobierno o Poder Ejecutivo. Por ende, se encuentran dotadas de autonomía. Así, se precisó que, no obstante estar adscritas al Poder Ejecutivo o Gobierno "no son simples instancias administrativas, sino que atendiendo a la finalidad de supervisión y control de las distintas actividades, están dotadas de autonomía tanto funcional y administrativa como presupuestal y económica" (fundamento 117).

85. En tal sentido, en el fundamento 122, el Tribunal afirmó que el legislador creó la Sunedu, dotándola de autonomía técnica, funcional, económica, presupuestal y administrativa, su mera adscripción al Poder Ejecutivo o Gobierno, tal como es el caso de todas las superintendencias, no resulta inconstitucional. Y es que en el fundamento 124 de la referida sentencia el Tribunal determinó que la creación de la Sunedu, ordenada en su momento por este Tribunal Constitucional, no puede considerarse en sí mismas una restricción ilegítima de la autonomía universitaria.

86. Además, debe parecer que la creación de instituciones públicas requieren un reglamento de organización de funciones, no siendo inconstitucional que la Sunedu cuente con uno; así como tampoco resulta inconstitucional la contratación de personal para hacer posible el funcionamiento de la referida entidad.

87. Debe concluirse, por lo tanto, que la Sexta Disposición Complementaria Transitoria y la Décima Disposición Complementaria Transitoria, al regular aspectos relativos al reglamento de organización y funciones de la Sunedu y su progresiva materialización, no está vulnerando la autonomía universitaria. Por consiguiente, respecto de estos artículos, la demanda debe ser declarada infundada.

§ 8. Reglas de transparencia y libertad de empresa

88. Los demandantes alegan que el artículo 11.1, 11.2, 11.3, 11.5, y su párrafo final obligan a toda universidad, incluyendo a las privadas, a que se publique en sus portales electrónicos información que tienen carácter reservado. Las obliga además a la publicación de un Texto Único de Procedimientos Administrativos, actas aprobadas de las sesiones, del Consejo de Facultad, del Consejo Universitario y Asamblea Universitaria, así como los estados financieros, actualización presupuestal, balances, inversiones y reinversiones donaciones, obras de infraestructura, recursos de diversa fuente, entre otros.

89. Tal como se expresa en la demanda, lo establecido en el artículo 74 de la Constitución establece que, al ejercer la potestad tributaria el Estado, debe respetar los principios de reserva de ley, y los de igualdad y respeto de los derechos fundamentales de la persona.

90. El artículo 74 de la Constitución regula la potestad tributaria del Estado, estableciendo una serie de salvaguardas y garantías de protección de los derechos fundamentales pertinentes. Por ejemplo, al ejercer la potestad tributaria, el Estado no puede contravenir los principios ya referidos. Los incisos 1, 2, 3 y 5 del artículo 11 no implican el ejercicio de la potestad tributaria. Por lo tanto, tales artículos no están contraviniendo el artículo constitucional mencionado. En tal sentido, la demanda debe ser declarada infundada en ese punto.

91. No obstante ello, y como ya afirmó el Tribunal en la Sentencia 0014-2014-PI/TC y acumulados, las obligaciones establecidas en el artículo 11 de la Ley Universitaria tampoco vulneran la reserva de ley ni el secreto bancario, reconocidos en el artículo 2, inciso 5, de la Constitución.

92. En efecto, en los fundamentos 89 al 99 de la Sentencia 0014-2014-PI/TC, este Tribunal estableció que las universidades, públicas y privadas, prestan un servicio público, por lo que en ciertos temas inclusive las universidades privadas ejercen función administrativa. En tal sentido, y en virtud del artículo 37 y siguientes de la Ley 27444, es exigible que cuenten con un Texto Único de Procedimientos Administrativos.

93. De otro lado, respecto los incisos 3 y 5 del artículo 11, este Tribunal advirtió que las universidades públicas y privadas gozan de un régimen tributario especial; y que a las personas jurídicas que presenten servicios públicos o ejerzan función administrativa, inclusive a aquellas que se encuentran bajo el régimen privado, se les puede requerir información de naturaleza pública (fundamento 98).

94. De acuerdo con lo expresado, la demanda debe declararse infundada en este extremo.

§ 9. La finalidad de la Sunedu y la libertad de empresa

95. Los demandantes cuestionan que el artículo 13 de la Ley Universitaria, al limitar las licencias de funcionamiento de las universidades a un plazo de seis años, está restringiendo la libertad del trabajo y la libertad de empresa. Añaden que también se está limitando la inversión privada y ocasionando inestabilidad jurídica, puesto que se le da atribuciones coercitivas y punitivas, además de una posición dominante, a una entidad como la Sunedu.

96. Por ello, los demandantes consideran que se están contraviniendo los artículos 59, 60 y 61 de la Constitución, por cuanto tales artículos establecen respectivamente que el Estado "estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa […]", que la "actividad empresarial, pública o

no pública, recibe el mismo tratamiento legal"; y que "el Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que limite el abuso de posiciones o monopólicas"**.**

97. En la Sentencia 0014-2014-PI y acumulados, si bien se cuestionó tal artículo, no se lo hizo en virtud de los mencionados artículos de la Constitución. El Tribunal advirtió, no obstante, que el plazo de licenciamiento era una potestad discrecional del legislador y que, en todo caso, no se había demostrado que seis años resulte ser un plazo desproporcionado.

98. La disposición cuestionada establece que el licenciamiento de la Sunedu es "temporal y renovable" con una "vigencia mínima de 6 (seis) años." Así, en primer lugar, cabe precisar que los demandantes no han detallado en qué consistiría la supuesta limitación. Y es que no se aprecia que el solo hecho de que exista una entidad que licencie universidades implique una vulneración a la libertad de empresa. Ello más aún si es que se toma en cuenta que todas las licencias de funcionamiento son temporales y están sujetas a verificación.

99. Sin perjuicio de lo dicho, nótese que el plazo de seis años es un plazo mínimo, por lo que en ciertas situaciones podemos estar refiriéndonos a un plazo mayor. De otro lado, la autorización otorgada mediante el licenciamiento no limita la libertad de empresa. Lo que hace es establecer condiciones mínimas, las cuales deben ser respetadas, a fin de garantizar las "condiciones básicas de calidad para ofrecer el servicio educativo superior universitario".

100. Este órgano de interpretación vinculante de la Constitución no encuentra razonable el argumento planteado por los demandantes. La libertad de empresa solo puede ser entendida bajo los principios rectores de un determinado tipo de Estado y modelo económico. Para el caso peruano, la interpretación de la libertad de empresa se encuentra sustentada en los alcances del Estado social y democrático de Derecho (artículo 43 de la Constitución) y la economía social de mercado (artículo 58 de la Constitución). Así, en ese contexto:

> […] 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 [Sentencia 1405-2010-AA/TC, fundamento 12].

101. En tal sentido, y puesto que la propia Constitución establece en su artículo 18 que la "ley fija las condiciones para autorizar su funcionamiento", es evidente

que el licenciamiento, en este caso, es necesario para ejercer la libertad a la empresa.

102. Por consiguiente, la demanda también debe desestimarse en este punto, al no apreciarse vulneración o amenaza de vulneración al derecho invocado.

§ 10. Irrenunciabilidad de los derechos laborales

103. Los demandantes han apuntado que el artículo 59, inciso 11, y el artículo 96 de la Ley Universitaria son contradictorios. Ello en mérito a que el artículo 59 inciso 11 establece que el Consejo Universitario fija las "remuneraciones y todo concepto de ingresos de las autoridades docentes y trabajadores de acuerdos a ley", mientras que el artículo 96 establece en su tercer párrafo que las remuneraciones de los docentes de las "universidades públicas se homologan con las correspondientes a las de los Magistrados Judiciales"**.**

104. Para los demandantes, la disposición de homologación referida ya se encontraba contenida en el artículo 53 de la ley universitaria derogada, (Ley 23733), siendo un "derecho adquirido". Indican que, al establecerse en la nueva ley que son los consejos universitarios los que determinan las remuneraciones, se están desconociendo tales derechos adquiridos, por lo que se estaría contraviniendo el artículo 26, inciso 2, de la Constitución.

105. Acerca de los derechos adquiridos, este Tribunal tiene establecido lo siguiente nuestro ordenamiento jurídico:

> [Este] 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), y por obvio que parezca, el Congreso, en ejercicio de su función legislativa prevista en el inciso 1) del artículo 102 de la Constitución, tiene la facultad de dar leyes así como modificar las existentes, por lo que resulta constitucionalmente válido […] [Sentencia 0025-2007-PI/TC, fundamento 91].

106. En tal sentido, y estando a la teoría de los hechos cumplidos consagrada en el artículo 103 de la Carta Magna, los efectos de una disposición legal se aplican de manera inmediata a las consecuencias de las relaciones y situaciones ditas existentes (ver Sentencia 0025-2007-PI/TC, fundamento 91). Por consiguiente, 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.

107. Como se aprecia, al parecer los demandantes cuestionan una supuesta contradicción entre el artículo 59, inciso 11, y el artículo 96 de la Ley Universitaria, Ley 30220. En puridad, los ciudadanos entienden que el artículo 59, inciso 11, contravendría el artículo 26, inciso 2, de la Constitución, por cuanto facultaría a los consejos universitarios para que fijen las remuneraciones de los docentes.

108. No obstante, en líneas generales, el artículo 96 de la Ley 30220 habría transcrito en esencia el artículo 53 de la derogada Ley 23733 y, por lo tanto, la homologación de los sueldos de los docentes de las universidades públicas se mantiene inalterada por decisión del legislador.

109. De lo expuesto se deduce que la situación jurídica de los docentes universitarios no ha sido modificada. Por consiguiente, y al no haberse variado tal situación jurídica, el argumento de los demandantes no tiene asidero constitucional; por lo que la demanda debe desestimarse en este punto.

§ 11. Vacancia y revocatoria de autoridades universitarias

110. Los demandantes han cuestionado el artículo 57, inciso 4, y el artículo 76 de la Ley Universitaria contravienen el artículo 2, inciso 23, literal "e", de la Constitución. Sostienen que el artículo 57, inciso 4, establece que las asambleas universitarias tienen, entre varias atribuciones, la de "declarar la revocatoria y vacancia del Rector y Vicerrector, de acuerdo a las causales expresamente señalada en la presente ley […]"

111. Sin embargo, los demandantes indican que la ley no establece causales de revocatoria. Así, sería inconstitucional que una norma de menor jerarquía, como los estatutos, contemplen causales no prescritas en la ley. Ello, según los demandantes, amenaza el ejercicio del cargo de los rectores y vicerrectores, quienes ahora tendrán que someterse a posibles escrutinios que "determinarán su culpabilidad", aunque sean inocentes (fojas 28).

112. De acuerdo con los demandantes, la disposición de revocar mandatos de autoridades sin fijar causales, permitiendo que se adicionen causales de vacancia y revocatorias, vulneraría el derecho a la legítima defensa (artículo 2, inciso 23), y a que toda persona sea considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad (artículo 2, inciso 24, literal "e".

113. Este Tribunal observa que el artículo 57, inciso 4, de la Ley Universitaria efectivamente hace referencia a que la Asamblea puede determinar la revocatoria y la vacancia del rector y vicerrector, en virtud de las causales expresamente indica-

das en la Ley Universitaria. No obstante ello, el artículo 76 de la ley cuestionada solamente hace referencia a las causales de vacancia y no a las de revocatoria.

114. Más aún, tal artículo 76 establece en su último párrafo que los estatutos de cada universidad establecen "causales adicionales y procedimientos para la declaración de la vacancia y revocabilidad de los mandatos" de la autoridades universitarias.

115. Este Tribunal observa que los demandantes cuestionan dos aspectos: en primer término, que las causales de revocatoria no hayan sido incluidas en la ley cuestionada; y en segundo lugar que, en virtud de los artículos 76, inciso 5, y su último párrafo, mediante el Estatuto de la universidad, se puedan establecer más causales de vacancia y revocabilidad. Ello, agregan, genera "circunstancias de inestabilidad jurídica que demuestran la inconstitucionalidad" (fojas 28).

116. Nada de lo argumentado en la demanda coadyuva a sustentar que efectivamente tales artículos colisionan con el derecho a la presunción de inocencia, a la legítima defensa y estabilidad jurídica. Por el contrario, dar facultades a la universidad para establecer causales de vacancia y revocabilidad implica diferir tal responsabilidad a las propias universidades. Así, y en virtud de su autonomía universitaria, pueden incluir otras causales, siempre que estas sean proporcionales y razonables.

117. De acuerdo con lo dicho por este Tribunal Constitucional, el derecho a la legítima defensa es la "respuesta o actuación que puede realizar cualquier ciudadano en caso de ser agredido de manera sorpresiva o irregular y que además va a influir en el análisis que vaya a realizar el juez penal" (Sentencia 3802-2004-AA/TC, fundamento 3). Como se aprecia, este supuesto nada tiene que ver la presente situación.

118. Ante la deficiencia de la demanda, este Tribunal puede deducir que los demandantes están alegando que se estaría contraviniendo el derecho a la defensa, recogido en el artículo 139, inciso 14, de la Constitución. Este derecho fundamental implica el derecho "a no quedar en estado de indefensión en ningún estado del proceso". El Tribunal ha indicado que tal derecho tiene una doble dimensión:

> […] *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 [Sentencia 2050-2002-PA, fundamento 12].

119. De lo expuesto, se colige que en los artículos impugnados no se aprecia vulneración del derecho a la defensa. De hecho, que las causales tengan que establecerse en el Estatuto universitario brinda precisamente claridad a las autoridades sobre qué tipos de causales les pueden ser aplicables, brindando seguridad jurídica y predictibilidad. Desde luego, las causales propuestas tendrán que ser proporcionales y razonables.

120. Por lo expuesto, la demanda debe declarase infundada respecto de los artículos 57, inciso 4, y del último párrafo del artículo 76.

§ 12. Exigencias para ser rector y el principio de igualdad

121. Los demandantes alegan que el requisito exigido por el artículo 61, inciso 3, de la Ley Universitaria es inconstitucional, porque la exigencia del grado académico de doctor obtenido únicamente en modalidad presencial quebranta el principio de igualdad del artículo 2, inciso 2, de la Constitución.

122. Sostienen que, si la misma Ley Universitaria acepta las modalidades de estudios presenciales, semipresenciales y a distancia, resulta contraproducente que para ser rector se requiera el grado de doctor obtenido mediante estudios presenciales. Más aún cuando, en el contexto global, universidades europeas ofrecen programas de doctorados consistentes con los trabajos de investigación de carácter semipresencial o a distancia.

123. Es importante indicar que en la demanda se afirman hechos que no han sido sustentados. En específico, la referencia relativa a que las universidades europeas brinden programas de enseñanza a distancia. Y es que, al margen de si eso es verdad o no, el hecho de que universidades de otro continente brinden o no estudios a distancia no ofrece argumentos que sustenten la supuesta desigualdad aludida.

124. En lo que respecta al supuesto trato contrario al principio de igualdad, se debe resolver si es que efectivamente puede diferenciarse válidamente entre el título de doctor obtenido en un programa presencial de uno obtenido mediante modalidad a distancia o semipresencial como requisito para ser rector.

125. El artículo 47 de la Ley 30220, Ley Universitaria, establece que las universidades pueden desarrollar programas de educación a distancia, los que deben tener los mismos estándares de calidad que las modalidades presenciales. Establece, además, que para estudios de pregrado la educación a distancia no puede superar el 50 por ciento de créditos del total de la carrera bajo esa modalidad.

126. En contraste, para el caso de los estudios de maestría y doctorado, el artículo 47 de la Ley Universitaria establece que no podrán ser dictados exclusivamente bajo la modalidad a distancia. De ello se debe deducir que solo se permitirían las modalidades presencial o semipresencial.

127. De lo expuesto se aprecia que el ordenamiento jurídico nacional no permite acceder a un grado de maestría o doctor mediante estudios en la modalidad llevada a cabo exclusivamente a distancia. Claramente lo que el ordenamiento jurídico peruano está reflejando con ello es que existen diferencias tan importantes entre la educación a distancia y la presencial, que se justifica excluir ciertas modalidades de manera exclusiva para alcanzar tales grados.

128. Por su parte, es importante tomar en cuenta lo establecido en el Anexo 03 del Reglamento del Registro Nacional de Grados y Títulos, aprobado por Resolución del Consejo Directivo 009-2015-SUNEDU/CD, publicado en el diario *El Peruano* el 24 de diciembre de 2015. Este anexo establece las características y contenidos de los diplomas.

129. Así, sobre el contenido del diploma, se establece en el punto 15 del Anexo 03 que debe establecerse al reverso del diploma la modalidad de estudios mediante la cual este fue obtenido (presencial, semipresencial o a distancia). En tal sentido, en el ordenamiento legal peruano, debe estar expresamente establecido si es que, por ejemplo, se accedió al grado de doctor mediante la modalidad presencial o semipresencial.

130. Es decir, se aprecia que, para la normativa nacional, es importante identificar y diferenciar entre uno y otro tipo de modalidad. Se puede deducir de ello que, a pesar de tener en principio mismo valor, la sociedad tiene el derecho de conocer la modalidad de estudio seguido para obtener tal grado y, a partir de ello, se podrían establecer requisitos diferenciados que resulten válidos.

131. A manera de ejemplo, este Tribunal considera que no sería discriminatorio que una entidad privada establezca como requisito para acceder a un puesto de trabajo el contar con una maestría obtenida mediante la modalidad presencial, rechazando a quienes hayan obtenido tal título mediante estudios a distancia, por cuanto la experiencia presencial y semipresencial tienen una diferente valoración por parte de la sociedad. Esta diferente experiencia, por lo tanto, es la que también ha valido al legislador para establecer el requisito cuestionado.

132. Para el ordenamiento jurídico nacional, con una fórmula que puede o no gustar, pero ello no la hace inconstitucional, la experiencia de un doctorado pre-

sencial o semipresencial, y la interacción directa generada entre los estudiantes y el docente de manera sostenida marca una diferencia relevante. Tan relevante. que estas modalidades pueden ser diferenciadas legalmente de otras,, estableciendo distintas consecuencias jurídicas.

133. Por ello, cuando el artículo 61, inciso 3, de la Ley 30220 establece que para ser rector se requiere tener el grado de doctor, con estudios presenciales, se está haciendo uso de una diferenciación constitucionalmente válida; por lo que este Tribunal estima que la demanda debe ser rechazada también en este punto.

III. FALLO

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

HA RESUELTO

1. Declarar **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra los artículos 11, 13, 57, inciso 4; 59, inciso 11; 61, inciso 3; 66; 76; 96; 125; 126; 131; y Sexta y Décima Disposición Complementarias Transitorias de la Ley 30220.

2. **IMPROCEDENTE** respecto los artículos 1, 8, 9, 12, 17, 19, 27, 39, 40, y las Disposiciones Complementarias Transitorias Primera y Cuarta de la Ley 30220, Ley Universitaria.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MIRANDA CANALES
RAMOS NUÑEZ
LEDESMA NARVÁEZ
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA
FERRERO COSTA

PONENTE ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

EXP. N.° 00023-2014-PI/TC
LIMA
OCHO MIL CUATROCIENTOS ONCE CIUDADANOS Representado (a) por VICTOR RAUL AGUILAR CALLO REPRESENTANTE

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO FERRERO COSTA

Con el debido respeto por la opinión de mis colegas magistrados, emito el presente fundamento de voto, pues no comparto los fundamentos 14 a 17 de la sentencia en mayoría.

En mi opinión, por respeto a la cosa juzgada (artículo 82 del Código Procesal Constitucional), si en un proceso de inconstitucionalidad se declara la conformidad de una ley con la Constitución, es improcedente un nuevo proceso de inconstitucionalidad contra dicha ley, salvo que en el primero solo se hubieran impugnado vicios formales y en el segundo se demande por razones de fondo.

S.

FERRERO COSTA

EXPEDIENTE N° 00023-2014-PI/TC
Caso Ley Universitaria II

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI, EMITIDO EN EL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD PROMOVIDO 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 declara infundada la demanda de inconstitucionalidad respecto de los artículos 11; 13; 57, inciso 4; 59, inciso 11; 61, inciso 3; 66; 76; 96; 125; 126; 131; y Sexta y Décima Disposición Complementarias Transitorias de la Ley 30220, Ley Universitaria; e improcedente la demanda respecto de los artículos 1, 8, 9, 12, 17, 19, 27, 39, 40 y las Disposiciones Complementarias Transitorias Primera y Cuarta de la misma ley; por cuanto, como lo sostuve en el voto singular que emití en el Expediente N° 0014-2014-PI/TC, 0016-2014-PI/TC, 0019-2014-PI/TC y 0007-2015-PI/TC (acumulados), a mi juicio, la demanda debe ampararse, en lo esencial, en razón a que la Ley 30220 transgrede diversos contenidos normativos al igual que específicos principios reconocidos por nuestra Constitución Política del Perú.

En la presente demanda, sin embargo y como se aprecia de su texto, se impugnan una serie de artículos de la Ley Universitaria que aunque originalmente y en su mayoría ya habían sido objeto de cuestionamiento vía el anterior proceso de inconstitucionalidad que aquí se ha citado, los motivos impugnatorios no necesariamente son los mismos en todos los casos, por lo que ello exige un análisis complementario, el mismo que desarrollaremos a continuación.

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. La autonomía universitaria.
7. La libertad de empresa y las funciones de la SUNEDU.
8. La irrenunciabilidad de los derechos laborales.
9. La presunción de inocencia y los derechos de participación política.
10. El sentido de mi voto.

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

1. 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.

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."

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 inconstitucionalidad, considero necesario hacer una breve referencia a dicho proceso y a los conceptos de constitucionalidad y de análisis de constitucionalidad; este último en cuanto instrumento básico para determinar la presencia o no de infracción constitucional.

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 conceptuación.

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

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 30020, precisaré las normas impugnadas y, a continuación, el detalle de los ejes temáticos y las inconstitucionalidades que en mi concepto se han generado.

Del texto de la demanda interpuesta aparece que han sido objeto de impugnación los artículos 1, 8, 9, 11, 12, 13, 17, 19, 27, 39, 40, 57 inciso 4, 59 inciso 11, 61 inciso 3, 66, 76, 96, 125, 126, 131 y Disposiciones Complementarias Transitorias Primera, Cuarta, Sexta y Décima de la Ley N° 30220, Ley Universitaria.

Como ya lo he precisado, respecto de varias de dichas normas existía ya una impugnación anterior y un pronunciamiento en relación con las mismas. Habiendo variado en algunos casos los motivos impugnatorios, en lo que sigue desarrollare los aspectos principales que sustentan el por qué considero que la presente demanda debe ser declara fundada

6. La autonomía universitaria.

Ya en anterior ocasión señalé que 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."

En este contexto y 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.

En el caso específico de la universidad, y por lo que respecta a lo establecido en el precitado artículo 18º 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.

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.

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.

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 artículo 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.

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.

Desde las consideraciones aquí descritas, considero que las previsiones contenidas en los artículos 66, 125, 126 y 131 de la norma impugnada, así como en sus Disposiciones Complementarias Transitorias Sexta y Décima, referidas a la

elección del rector y los vicerrectores para el caso de las universidades públicas, los medios de promoción de la responsabilidad universitaria, el bienestar universitario, la promoción del deporte, la aprobación del Reglamento de organización y funciones de la SUNEDU por parte del Poder Ejecutivo y la autorización al Ministerio de Educación para la contratación del personal, bienes y servicios para el funcionamiento de la SUNEDU, no se armonizan con lo que representa el concepto de autonomía que aquí se ha señalado, habida cuenta que lo que se pretende con las mismas es imponer criterios desde la perspectiva de lo que el legislador ordinario considera conveniente o más adecuado para el esquema universitario, cuando deben ser las propias universidades a través de sus estatutos las encargadas de definir lo pertinente a su organización y funcionamiento. Esta consideración resulta especialmente gravitante en temas tan sensibles como la forma de elección que para el rector y los vicerrectores se propugna en las normas impugnadas, en abierta contraposición a lo que sucede en el ámbito de las universidades privadas, donde ello se encuentra reservado en exclusiva a su desarrollo estatutario. Asimismo, en lo que se refiere a los medios de promoción de la responsabilidad social universitaria, el bienestar universitario y la promoción del deporte que colisionan abiertamente con la autonomía económica, tanto más cuando una eventual infracción de las obligaciones impuestas, resulta susceptible de ser sancionada por parte de la SUNEDU.

Y ya que se habla de la SUNEDU conviene señalar, sin perjuicio de lo que luego se precisará, que la habilitación del Ministerio de Educación para contratar personal, bienes y servicios en dicho organismo, no hace otra cosa que evidenciar la intromisión del Estado en el órgano que se supone va a fiscalizar el sistema universitario como si fuere este último una de sus tantas dependencias administrativas y no un ente técnico de perfiles realmente autónomos.

7. La libertad de empresa y las funciones de la SUNEDU.

Aunque la impugnación de diversos incisos del artículo 11 de la Ley 30220, no evidencia *per se* y en todos los supuestos que exista una infracción manifiesta a la libertad de empresa, ello no significa que las exigencias impuestas por dichas normas sobre las universidades públicas y privadas no puedan eventualmente resultar lesivas con el citado derecho, a la luz de específicos casos y según las previsiones de reserva contempladas en el ordenamiento jurídico. Descartar de plano su inconstitucionalidad no es pues tan ortodoxo como parece asumirlo la mayoría de mis colegas. Por ello, opino que bajo tales circunstancias dichas situaciones deberán ser determinadas caso por caso, según se presenten en el futuro reclamaciones constitucionales de tipo particular.

En lo que respecta al artículo 13 de la Ley N° 30220, en cambio, si me resulta meridianamente claro que la norma impugnada transgrede la libertad de empresa al posicionar a la SUNEDU en un rol que no se condice en lo absoluto con los mandatos constitucionales.

En efecto, conforme señalé en otra oportunidad 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.

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 revaluar 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 y en particular, en el artículo cuestionado, una notoria inconstitucionalidad por la lógica y la racionalidad que subyace en ella, y que la convierte en una normativa inconstitucional en su conjunto.

8. La irrenunciabilidad de los derechos laborales.

También se cuestionan los artículos 59, inciso 11, y el artículo 96 de la Ley 30220, por considerarse que ambas normas resultan en sí mismas contradictorias y atentan contra el principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales.

Efectivamente, si se observa que conforme a la primera de las citadas normas se establece que el Consejo Universitario es quien fija las remuneraciones y todo concepto de ingreso para las autoridades docentes y trabajadores, mientras que el artículo 96 prevé en su tercer párrafo, que las remuneraciones de los docentes de las universidades públicas se homologan con las correspondientes a los magistrados judiciales, se podrá apreciar que existe una evidente antinomia entre dichos dispositivos, circunstancia tanto más evidente si se toma en cuenta que

la citada homologación había sido ya prevista en su día por el artículo 53 de la antigua Ley Universitaria 23733, constituyendo un indiscutible derecho adquirido, perfectamente reconocido y amparado conforme la previsión contenida en el artículo 26, inciso 2, de la Constitución Política del Estado.

9. La presunción de inocencia y los derechos de participación política.

Por último, en lo que respecta a los artículos 57, inciso 4; 61 y 76 de la Ley 30220, impugnada mediante el presente proceso, considero que también resultan inconstitucionales.

En efecto, conforme a lo previsto en el artículo 57, inciso 4, de la ley impugnada es atribución de la Asamblea Universitaria el declarar la revocatoria y vacancia del Rector y los Vicerrectores de acuerdo a las causales expresamente señaladas en la ley, sin embargo, el artículo 76, inciso 5, de la misma norma, establece como causales de vacancia de las autoridades de la Universidad el incumplimiento del Estatuto y de la referida ley, lo cual comporta un despropósito, pues mientras por un lado se condiciona la eventual declaratoria de vacancia exclusivamente al ámbito de lo dispuesto por la ley, al mismo tiempo se establece que ya no solo es el marco en estricto legal el que origina dicha medida, sino también el parámetro estatutario, lo que supone una virtual desvirtuación del objetivo inicialmente previsto, tanto más cuando tras observarse el contenido de la ley universitaria se aprecia que la misma no prevé causales de vacancia. La lógica de la normativa parece pues apuntar a que sean los estatutos y no la ley los que finalmente definan la medida de revocatoria sobre el rector y los vicerrectores, lo que contraviene el principio de jerarquía normativa, los propios derechos de participación política, así como el principio de presunción de inocencia, al someter a las citadas autoridades a escrutinios que determinen su culpabilidad por anticipado, pese a que puedan resultar inocentes.

Otro ejemplo de incongruencia lo encontramos en la previsión contenida en el artículo 61, inciso 1, en la que se impone como exigencia para ejercer el cargo de rector el contar con el grado académico de doctor tras seguir estudios presenciales, mientras que el artículo 39 de la misma Ley Universitaria señala que el régimen de estudios puede ser en la modalidad presencial, semipresencial o a distancia. Ello sin duda resulta irrazonable por discriminatorio, tanto más si se toma en cuenta que una gran cantidad de doctorados se obtienen dentro de modalidades no necesariamente presenciales, lo que denota una clara voluntad de distinguir el origen de las más altas autoridades universitarias por motivos no convincentes.

10. El sentido de mi voto.

Por las razones anteriormente expuestas, estimo que esta nueva demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 30220, Ley Universitaria, debe declararse fundada.

S.

BLUME FORTINI

EXP. N.° 00023-2014-PI/TC
MAS DE CINCO MIL CIUDADANOS

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Con el debido respeto por mis colegas, suscribo el presente voto singular pues no estoy de acuerdo con el fallo ni con la fundamentación de la sentencia en mayoría.

Importancia de respetar el principio de cosa juzgada

Mediante auto publicado el 31 de agosto de 2016 en el *portal web* institucional, este Tribunal Constitucional admitió a trámite la demanda de inconstitucionalidad, en tanto cuestiona los artículos 1, 8, 9, 11, 12, 13, 17, 19, 27, 39, 40, 57, 59, inciso 11, 61, 66, 76, 96, 115, 121, 125, 126 y 131 y las disposiciones complementarias transitorias primera, cuarta, sexta y décima de la Ley 30220, Ley Universitaria.

Sin embargo, mediante la sentencia recaída en el Expediente 00014-2014-PI/TC (y otros acumulados), publicada en el diario oficial *El Peruano* el 14 de noviembre de 2015, este Tribunal confirmó —con mi voto en contra— la constitucionalidad de varias de estas disposiciones. Aunque no comparto lo resuelto allí, la cosa juzgada me impide pronunciarme sobre normas cuya constitucionalidad ya fue confirmada.

Por tanto, solamente me pronunciaré sobre las disposiciones que no han sido objeto de un análisis de constitucionalidad; es decir, sobre los artículos 59, inciso 11, 61, 66, 76, 96, 125, 126 y 131 y las disposiciones complementarias transitorias sexta y décima de la Ley 30220, Ley Universitaria. Cuando una disposición ha sido confirmada por este Tribunal, no cabe reabrir el debate con ningún pretexto.

En consecuencia, no estoy de acuerdo con los fundamentos 1 a 39 de la sentencia, que facultan a este Tribunal a pronunciarse sobre disposiciones que ya son cosa juzgada. Discrepo especialmente del fundamento 15, en la medida que señala que deben emplearse los siguientes "criterios" para determinar cuándo existe cosa juzgada en un proceso de inconstitucionalidad:

a. si la cláusula constitucional que ha sido empleada como parámetro de juicio es la misma o es otra distinta;

b. si la *norma constitucional* parámetro de juicio ha variado en su sentido;

c. si la norma legal impugnada, objeto de control, ha variado en el sentido por el cual se dictó la sentencia desestimatoria; y,

d. si la conclusión a que conduce la aplicación de un principio interpretativo distinto es sustancialmente diferente a la que se aplicó en la sentencia desestimatoria.

Estos "criterios" remiten toda la labor jurisdiccional al mundo mágico y maravilloso de la interpretación, que —oh, casualidad— depende del leal saber y entender —de alguna manera tenemos que llamarlo— de los magistrados del Tribunal Constitucional. En sentido estricto, estos criterios sustituyen la Constitución por la cambiante mayoría del Tribunal Constitucional.

Sin embargo, la cosa juzgada está reconocida por el artículo 139.2 de la Constitución como uno de los principios de la función jurisdiccional. Este dice:

> *Ninguna autoridad […] puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada [énfasis añadido].*

La Constitución no condiciona la efectividad de la cosa juzgada a que "la norma constitucional parámetro de juicio [no] ha[ya] variado en su sentido". Eso se lo inventa la sentencia en mayoría. La Constitución asume que el sentido de las palabras y de los términos que contienen sus normas es cierto y perdura en el tiempo. De lo contrario, no tendríamos Constitución.

Por cierto, la cosa juzgada también está reconocida por los artículos VI, 6, 82 y 121 del Código Procesal Constitucional, que este Tribunal está obligado a respetar. Esta sentencia en mayoría vulnera, pues, normas constitucional y legales que constituyen valores esenciales del estado de Derecho. Este proceder es inaceptable. El Tribunal está llamado a defender la Constitución, no a desconocer o vaciar de contenido a sus instituciones.

Análisis de las disposiciones impugnadas en el presente caso

Sin perjuicio de ello, resulta necesario pronunciarse sobre la constitucionalidad de las disposiciones normativas impugnadas en el este caso. Con relación a los artículos 59, inciso 11, 61, 76 y 96 de la Ley 30220 estimo que la demanda debe declararse infundada por las razones expuestas en los fundamentos 103 a 133 de la sentencia, los cuáles hago míos en su totalidad.

Sin embargo, a mi juicio, los artículos 66, 125, 126 y 131 de la Ley 30220 son inconstitucionales pues, a través de ellos, el legislador pretende imponer a las universidades decisiones referidas a su organización interna y a la administración de sus recursos que deben ser adoptadas por cada universidad en ejercicio de la autonomía que les reconoce el artículo 18 de la Constitución.

En nuestro ordenamiento constitucional, el servicio de educación universitaria no se presta de manera monopólica sino en un régimen de competencia. En consecuencia, todas las universidades — incluyendo las estatales — deben tener la libertad de adoptar decisiones sobre su organización interna así como sobre sus políticas de gasto y de gestión.

En una perspectiva constitucional, corresponde a cada universidad y no a la ley definir cómo debe elegirse al rector y cuánto se debe invertir en responsabilidad social, bienestar universitario y promoción del deporte. La posibilidad de tomar libremente estas decisiones es, precisamente, lo que garantiza la mejora continua de la calidad de la educación superior universitaria.

A mi juicio, las disposiciones complementarias transitorias sexta y décima de la Ley 30220 son también inconstitucionales, pues el hecho de que la Superintendencia Nacional de Educación Superior Universitaria (Sunedu) esté adscrita al Ministerio de Educación resulta incompatible con el principio de autonomía universitaria. Al respecto, me remito al voto singular que emití en el Expediente 00014-2014-PI/TC.

Por todo lo expuesto, mi voto es por:

1. Declarar **FUNDADA** en parte la demanda, en consecuencia, inconstitucionales los artículos 66, 125, 126 y 131 y las disposiciones complementarias transitorias sexta y décima de la Ley 30220.

2. Declarar **INFUNDADA** la demanda en el extremo en que se dirige contra los artículos 59, inciso 11, 61, 76 y 96 de la Ley 30220.

3. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda en lo demás que contiene por existir un pronunciamiento de este Tribunal Constitucional, aprobado con calidad de cosa juzgada, el respecto.

S.

SARDÓN DE TABOADA

PLENO JURISDICCIONAL

Expediente 0020-2014-PI/TC

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Del 22 de enero de 2019

Caso "incompatibilidad por parentesco en sede judicial"

Ilustre Colegio de Abogados de Puno
c.
Congreso de la República

Asunto

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra el inciso 3 del artículo 42 de la Ley 29277, de la Carrera Judicial, que establece la incompatibilidad por razón de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, por matrimonio y unión de hecho entre el personal administrativo, y entre estos, y el personal jurisdiccional, perteneciente al mismo distrito judicial

Magistrados firmantes:

SS.

MIRANDA CANALES
RAMOS NÚÑEZ
SARDÓN DE TABOADA
LEDESMA NARVÁEZ
FERRERO COSTA

TABLA DE CONTENIDO

I. ANTECEDENTES

A. Petitorio Constitucional

B. Debate constitucional

B.1. Demanda

B.2. Contestación de la demanda

II. FUNDAMENTOS

§ 1. Determinación del alcance de la demanda

§ 2. El correcto funcionamiento de la Administración Pública en el ámbito del poder judicial como principio constitucional

§ 3. Políticas antinepotismo y servidores del Poder Judicial

§ 4. Libertad de trabajar y derecho al trabajo

§ 5. Limitaciones a la libertad de trabajo

5.1 Subcriterio de idoneidad

5.2 Subcriterio de necesidad

5.3 Subcriterio de ponderación o proporcionalidad en sentido estricto

§ 6. Derecho a la igualdad en el ámbito laboral

§ 7. El principio-derecho de unidad familiar

III. FALLO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 22 días del mes de enero de 2019, el Tribunal Constitucional, en sesión del Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Blume Fortini, presidente; Miranda Canales, vicepresidente; Ramos Núñez, Sardón de Taboada y Ledesma Narváez, pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento del magistrado Ferrero Costa, aprobado en la sesión de Pleno de fecha 5 de setiembre de 2017. Asimismo, se agregan los fundamentos de voto de los magistrados Miranda Canales y Ramos Núñez y el voto singular del magistrado Blume Fortini. Se deja constancia que el magistrado Espinosa-Saldaña Barrera votará en fecha posterior.

I. ANTECEDENTES

A. Petitorio Constitucional

Con fecha 15 de setiembre de 2014, el Ilustre Colegio de Abogados de Puno interpuso demanda de inconstitucionalidad contra el inciso 3 del artículo 42, de la Ley 29277, de la Carrera Judicial, que establece la "incompatibilidad por razón de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, por matrimonio y unión de hecho […] entre el personal administrativo y entre éstos y el personal jurisdiccional, perteneciente al mismo distrito judicial.

La entidad demandante sostiene que mediante tal dispositivo legal se contravienen el inciso 15 del artículo 2 y los artículos 4, 22, 23, 26 de la Constitución, puesto que se están vulnerando el derecho al trabajo, a la igualdad de oportunidades laborales sin discriminación y a la unidad familiar.

B. Debate constitucional

B.1. Demanda

La demanda se sustenta en los siguientes argumentos:

– El inciso 3 del artículo 42 de la Ley 29277, de la Carrera Judicial, que establece que existe incompatibilidad por razón de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, por matrimonio y unión de hecho, "3. entre el personal administrativo y entre éstos y el personal jurisdiccional, perte-

neciente al mismo distrito judicial" contraviene los artículos 2.15, 4, 22, 23 y 26.1 de la Constitución.

- La disposición cuestionada regula la figura del "nepotismo". De acuerdo con el Decreto Supremo 021-2000-PCM, del 30 de junio del 2000, "el nepotismo constituye una práctica inadecuada que propicia el conflicto de intereses entre el interés personal y el servicio público". La normativa contra el nepotismo busca impedir que en el sector público funcionarios de dirección o personal de confianza contraten a sus familiares o ejerzan influencia para la contratación de estos. No obstante, el artículo 2 del decreto supremo referido indica también que no configura acto de nepotismo la renovación de contratos de servicios no personales pre-existentes, realizados de acuerdo a la normatividad sobre contrataciones y adquisiciones del sector público.

- Según el demandante, la Ley 26771, *sobre la prohibición de ejercer la facultad en nombramiento y contratación de personal en el sector público en casos de parentesco,* ha definido los parámetros de la figura de nepotismo en el entendido de que la incompatibilidad por razón de parentesco solo alcanza a quienes gozan de la facultad de nombramiento y contratación de personal o tienen injerencia directa o indirecta en el proceso de selección.

- De acuerdo con el demandante, la Ley 29277, de la Carrera Judicial, en su artículo 42 tiene un contenido idéntico a la última disposición vigente recogida en el artículo 198 del Decreto Supremo 017-93-JUS, *Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial*, pese a que dicha norma se enmarca dentro de la regulación correspondiente al régimen de los magistrados.

- Asimismo, el demandante sostiene que las incompatibilidades por razón de parentesco para el cargo de juez de paz se configuran únicamente con los jueces, pero no con los secretarios y relatores, y mucho menos con el personal administrativo. De esta forma, alega el demandante que, con mayor razón, para el caso de los jueces en general, las incompatibilidades por razones de parentesco solo deben alcanzar a estos últimos.

- Además, según el demandante el dispositivo legal cuestionado contraviene el derecho al trabajo. Al respecto, alegan que la Constitución proclama que uno de los principios que gobierna la relación laboral es el de la igualdad de oportunidades sin discriminación. Por ello, concluye el demandante que si existen leyes que restringen, limitan o mutilan los derechos de los trabajadores, estas deben ser modificadas o derogadas y, en caso ello no ocurra, deben ser inaplicadas o declaradas inconstitucionales.

- En tal sentido, según el demandante, el dispositivo legal objeto de control constitucional vulnera de forma manifiesta el artículo 22 de la Constitución, al impedir el acceso a un puesto de trabajo. El desarrollo normativo de este derecho no debe suponer que no se respete el contenido esencial del derecho en mención.
- Para el demandante, carece de razonabilidad declarar la incompatibilidad por razón de parentesco entre el personal administrativo y el personal jurisdiccional de un mismo distrito judicial, cuando ninguno de ellos se desempeña como funcionario de dirección o personal de confianza con facultad de nombramiento y contratación de personal o tiene la capacidad de ejercer injerencia en el nombramiento y la contratación de personal. Por ejemplo, si ambos parientes son asistentes administrativos o secretarios, se advierte que ninguno ejerce labor de funcionario de dirección o de personal de confianza con facultad de nombramiento, por lo que no se tiene razón para apartarlo o negar su ingreso a uno de estos centros laborales del mismo distrito judicial.
- El demandante ha glosado una serie de disposiciones legales del derecho comparado sobre las incompatibilidades por parentesco. Así, se ha citado la Ley Orgánica del Poder Judicial de España (artículo 391 y 392), la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires (artículo 15), el Código Orgánico de Tribunales de Chile (artículo 258), la Ley Orgánica de la Judicatura y de Organización de los Tribunales de Uruguay (artículo 93) y la Ley Orgánica del Estado Judicial de México (artículo 23). El Ilustre Colegio de Abogados de Puno, luego de cada una de las glosas ha añadido un comentario indicando en general que las incompatibilidades de parentesco no tendrían el alcance que tienen en la normativa peruana por cuanto dicha normativa en la mayoría de los casos no se refiere al personal administrativo.

B.2. Contestación de la demanda

La contestación de la demanda se sustenta en los siguientes argumentos:

- El representante del Congreso de la República sostiene que la norma cuestionada busca impedir actos ilícitos, por ello se dispone la referida incompatibilidad por parentesco.
- Así, sostiene que el tipo penal de "patrocinio ilegal" del artículo 385 del Código Penal "puede realizarse con mayor incidencia cuando hay parientes que podrían gestionar intereses de particulares". Sucede lo mismo con el cohecho pasivo y el tráfico de influencias. Delitos que se "facilitan cuando se tiene parientes dentro de un mismo distrito judicial puesto que las redes de corrupción son más fáciles

de crear y por tanto, hacer que el Poder Judicial en lugar de resolver conflictos, no permita a los justiciables que sus casos se resuelvan con las reglas de derecho".

- Para el Congreso de la República es innegable que existe mayor posibilidad de organizar un acto de corrupción con un pariente que con un extraño, puesto que este podría denunciar cualquier insinuación.

- También se sostiene que las relaciones de parentesco debilitan un ámbito saludable para el control interno y para la evaluación, además de perturbar la disciplina laboral debido a la falta de imparcialidad del superior para ejercer una potestad de mando sobre los servidores vinculados familiarmente.

- Con relación a las referencias sobre el derecho comparado, el Congreso de la República ha citado el "Reglamento para el Ingreso Democrático e Igualitario al Ministerio Público de Argentina" (artículo 14), la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de México (artículo 23), la Ley del Órgano Judicial de Bolivia (artículo 22), la Ley de Organización Judicial de República Dominicana (artículo 5), el Código Judicial de Panamá (artículo 53), la Ley de Carrera Judicial de Honduras (artículo 10, 11 y 54) y la Ley del Consejo y la Judicatura de la Carrera Judicial (artículo 56) del mismo país. A partir de ello, afirma la demandada que la norma cuestionada es similar a la de otras legislaciones del derecho comparado.

- Sobre la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de México (artículo 23), el Congreso de la República ha especificado además que la referencia realizada por el demandante no resulta de buena fe, por cuanto omitió una parte de tal regulación que contradice sus argumentos, puesto que también en ella se hace referencia en dicha norma a la incompatibilidad en relación con parientes en el mismo órgano jurisdiccional.

- El apoderado del Congreso de la República sostiene que en virtud de la "ley de ponderación" la norma cuestionada no sería inconstitucional puesto que el grado de afectación de la libertad de trabajo es inferior al grado de satisfacción que brinda la ley. Esto es "garantizar el adecuado funcionamiento de los juzgados y salas", evitando perturbar los procesos judiciales mediante la influencia indebida por parte del personal administrativo emparentado con el personal jurisdiccional o con integrantes del propio personal administrativo.

- Con ello no se estaría sacrificando el derecho al trabajo puesto que, de producirse la incompatibilidad, se procedería a la reubicación laboral en otro distrito judicial. En tal sentido, se trataría de una intervención leve. Asimismo, el demandado alega que el grado de optimización del funcionamiento del Poder

Judicial es intenso, puesto que "establece una medida necesaria para garantizar la proscripción de conductas dolosas y el establecimiento de redes que podrían generar corrupción".

- Frente a los argumentos del demandante que cuestionan una situación de discriminación entre aquellos que tienen y no tienen parentesco, el Congreso plantea la realización del test de igualdad. Inicia tal análisis indicando que el objetivo de la norma cuestionada es "evitar que se comentan ilícitos de naturaleza penal como los que se han mencionado anteriormente o que se facilite la creación de redes de corrupción o se distorsionen las actividades del personal administrativo". La medida cuestionada pretende impedir el perjuicio de la imagen y legitimidad del Poder Judicial.

- Sobre el examen de necesidad, el Congreso observa que la medida ahora cuestionada es la mejor alternativa para lograr una correcta administración de justicia, al generarse una mínima intervención en el derecho al trabajo porque solo produce una limitación de intensidad leve. Por ello concluye que el artículo 42, inciso 3, de la Ley 29277 no incurre en discriminación alguna puesto que cualquier ciudadano puede postular y acceder a un puesto de trabajo, salvo que se produzca la incompatibilidad por parentesco.

- Asimismo, el demandado añade que, en caso se dieran los supuestos del inciso 3 del artículo 42 impugnado, el postulante podrá optar por otro distrito judicial en caso de ingreso. O en el supuesto en que dos familiares postulen a diferentes plazas en un mismo distrito judicial, y sean elegidos, corresponderá que uno de ellos sea trasladado a otro distrito judicial. Respecto a una posible incompatibilidad sobreviniente, deberá ser reubicado atendiendo a las circunstancias personales del involucrado.

- Agrega también que al establecer las incompatibilidades del inciso 3 del artículo 42 de la Ley 29277, impidiendo que existan vínculos de parentesco con los jueces y entre los propios integrantes del personal administrativo, se están otorgando las condiciones de eticidad y probidad para la resolución de conflictos. Con tal medida se descartan los posibles conflictos de intereses que pueden surgir entre quienes tienen poder para realizar gestiones ilegales.

- Sobre el subexamen de proporcionalidad, y tomando en cuenta que el fin constitucional es garantizar el óptimo desarrollo de las actividades jurisdiccionales del Poder Judicial (artículo 138 de la Constitución), el Congreso estima que "se trata de una intervención grave al derecho a la igualdad, por cuanto supone la incidencia en el ejercicio del derecho constitucional al trabajo". De otro lado,

agrega que la optimización del desarrollo de las actividades jurisdiccional del Poder judicial es de grado elevado.

- Más allá de lo previamente indicado, el demandante concluye que no hay discriminación, sino que existe un elemento objetivo de diferenciación a fin de optimizar el funcionamiento del Poder Judicial, al evitar que existan relaciones de parentesco entre los jueces y el personal administrativo que propicien situaciones que faciliten la concertación de voluntades para que se produzcan hechos de naturaleza dolosa.

- Acera de la supuesta vulneración a la unidad familiar, el Congreso de la República considera que esta debiera ser declarada improcedente porque no se ha cumplido con el requisito que deben tener las demandas de inconstitucionalidad, esto es, indicar los fundamentos que sustentan la pretensión, tal como lo indica el artículo 101, inciso 3, del Código Procesal Constitucional.

- El demandado menciona que mediante la Resolución Administrativa 175-2006-CE-PJ se aprobó Directiva 004-2006-CE-PJ, disponiendo que los postulantes al concurso interno de selección de relatores y secretarios de las salas permanentes, presenten declaración jurada declarando que no tienen incompatibilidad por razón de parentesco, no siendo considerados aquellos que incurran en tal incompatibilidad.

- Finalmente, el demandado hace referencia también a la Resolución Administrativa 087-2008-CE-PJ, del 10 de abril de 2008, estableciéndose que para el acceso del personal administrativo a un cargo en el Poder Judicial se debe verificar que no haya incompatibilidades en los postulantes o nuevas contrataciones a fin de que se cumpla lo establecido en la Ley 26766. Añade que si se genera una incompatibilidad sobreviniente, se establece un procedimiento por el cual uno de los cónyuges tendrá que ser trasladado a otro distrito judicial, lo que se realizará atendiendo a las reales condiciones de cada pariente involucrado. Por esta razón, sostiene el demandado que la disposición cuestionada no vulnera el derecho a la unidad familiar.

II. FUNDAMENTOS

1. En el presente caso el Tribunal Constitucional debe determinar si el inciso 3 del artículo 42 de la Ley 29277, de la Carrera Judicial, contraviene la libertad de trabajo (art. 2.15 de la Constitución), el derecho a la igualdad de oportunidades sin discriminación en la relación laboral (artículo 26.1 de la Constitución) y el derecho a la unidad familiar (artículo 4 de la Constitución).

2. El dispositivo legal cuestionado establece lo siguiente:

> Artículo 42.- Incompatibilidades
>
> Hay incompatibilidad por razón del parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, por matrimonio y unión de hecho:
>
> […]
>
> 3. entre el personal administrativo y entre éstos y el personal jurisdiccional, perteneciente al mismo distrito judicial.

§ 1. Determinación del alcance de la demanda

3. El Ilustre Colegio de Abogados de Puno ha planteado que el inciso 3 del artículo 42 de la Ley de la Carrera Judicial puede ser interpretado, al menos, de dos maneras. Una primera opción interpretativa entiende que el dispositivo legal en cuestión solo sería aplicado al personal de confianza o que ejerce un cargo de dirección. Para el demandante, esta interpretación sería constitucionalmente legítima debido a que los empleados con poder de decisión sobre la contratación o nombramiento de personal podrían favorecer a sus parientes.

4. Así, las incompatibilidades propuestas en dicho inciso serían razonables siempre que alguno de los trabajadores públicos fuese personal de confianza o de dirección, con la facultad para el nombramiento o la contratación. En esta situación, el dispositivo sería constitucional porque precisamente se evitarían las situaciones de nepotismo configuradas en la Ley 26771.

5. La segunda opción interpretativa plantea que el inciso en cuestión sea aplicado a los trabajadores que no tienen poder de decisión en el proceso de contratación o nombramiento. Bajo este supuesto, esta interpretación sería inconstitucional, ya que no existe razón que sustente la incompatibilidad entre el personal administrativo y entre estos y el personal jurisdiccional, de un mismo distrito judicial. Y es que, si dicho personal nada tiene que ver con aspectos referidos a la contratación o el nombramiento, la relación de parentesco no implicaría beneficio ilegal alguno. Más aún si es que se considera que las contrataciones ocurren mediante concurso público de méritos.

6. Este Tribunal solo se centrará en la segunda opción interpretativa, por cuanto, como ya se apreció, es únicamente esta la que el demandante considera inconstitucional. Y es que, a decir del Ilustre Colegio de Abogados de Puno, con esta norma se restringiría ilegítimamente la libertad de trabajo, el derecho a la igualdad de oportunidades sin discriminación en la relación laboral y el derecho a la unidad familiar.

7. A continuación se analizará si es que resulta efectivamente inconstitucional establecer una incompatibilidad de parentesco entre trabajadores administrativos y entre estos y trabajadores jurisdiccionales, cuando ninguno de ellos sea personal con poder formal de contratación o nombramiento.

§ 2. El correcto funcionamiento de la administración pública en el ámbito del poder judicial como principio constitucional

8. Una medida como la sometida al presente control de constitucionalidad tiene como objetivo evitar conflictos de intereses entre el personal administrativo y entre éste y el personal jurisdiccional de un mismo distrito judicial, con lo cual, a su vez, se buscaría garantizar el correcto funcionamiento de la Administración Pública, que constituye un principio que se desprende de la Norma Fundamental de 1993 y que en el presente caso se aplica al ámbito del Poder Judicial.

9. Al respecto, si bien el correcto funcionamiento de la Administración Pública no ha sido recogido en la Constitución Política de 1993 como un principio constitucional expreso, debe ser considerado, en cambio, como un principio constitucional implícito y, por lo tanto, de igual fuerza normativa

10. Sobre el particular, este Tribunal considera que disposiciones como las recogidas en los artículos 39 y 44 de la Constitución proporcionan criterios para dotar de contenido a este principio. En efecto, de acuerdo con la primera de las disposiciones aludidas: "Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación".

11. De conformidad con el artículo 44:

> Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación.

12. Ahora bien, de acuerdo con lo sostenido por este Tribunal en su jurisprudencia, del referido artículo 39 de la Constitución se desprende el principio de "*buena administración*" (Cfr. Sentencias 2235-2004-AA/TC y 2234-2004-AA/TC); en tanto que los deberes primordiales del Estado explicitados en el mencionado artículo 44 de dicha Norma Fundamental son también atribuibles a los funcionarios y servidores públicos (Sentencia 0008-2005-PI, fundamento 14).

13. Es más, este Tribunal ha tenido oportunidad de sostener que el correcto funcionamiento de la Administración Pública constituye un bien de índole constitucional cuya protección podría justificar incluso la intervención del Derecho Penal (Sentencia 00017-2011-PI/TC, fundamento 16).

14. En todo caso, cabe recordar que el Tribunal Constitucional ha afirmado que los actos en los que los funcionarios públicos quebranten el correcto desempeño en el ejercicio de sus funciones atentan también contra las bases mismas del Estado (Sentencia 00017-2011-PI/TC, fundamento 15).

§ 3. Políticas antinepotismo y servidores del Poder Judicial

15. El inciso 3 del artículo 42 de la Ley de la Carrera Judicial es en realidad una medida para combatir el nepotismo. En efecto, este Tribunal entiende que es el nepotismo y sus variantes y derivaciones, lo que el dispositivo legal cuestionado pretende combatir.

16. Acerca del nepotismo debe indicarse que el artículo 1 de la *Ley que Establece la Prohibición de Ejercer la Facultad de Nombramiento y Contratación de Personal en el Sector Público en casos de Parentesco*, Ley 26771, modificada por la Ley 30294, indica lo siguiente:

> Los funcionarios, directivos y servidores públicos, y/o personal de confianza de las entidades y reparticiones públicas conformantes del Sector Público Nacional, así como de las empresas del Estado, que gozan de la facultad de nombramiento y contratación de personal, o tengan injerencia directa o indirecta en el proceso de selección se encuentran prohibidos de nombrar, contratar o inducir a otro a hacerlo en su entidad respecto a sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, por razón de matrimonio, unión de hecho o convivencia.
>
> Extiéndase la prohibición a la suscripción de contratos de locación de servicios, contratos de consultoría, y otros de naturaleza similar.

17. Es claro que un servidor público o funcionario con la facultad para nombrar o contratar o con alguna injerencia (directa o indirecta) respecto de dicha decisión está impedido de ejercer tal poder a favor de un pariente. Eso en líneas generales es lo que establece la ley.

18. Piénsese por ejemplo en la situación en que un familiar de un juez superior gane un concurso público para integrar una plaza en la estructura del Poder Judicial del mismo distrito judicial en donde el vocal se desempeña. Por muy respetable

que ambos profesionales sean y que la contratación haya sido realizada mediante un concurso público y objetivo, las sospechas sobre interferencias o conflictos de intereses empobrecerían la legitimidad de tal decisión.

19. Podría objetarse que se está partiendo de un supuesto devaluativo de la persona o de los servidores públicos. No obstante, este Tribunal considera que en realidad estas medidas antinepotismo no hacen sino responder a una expectativa razonable de la imagen que tal situación puede generar ante la opinión pública.

20. En efecto, en la Administración Pública, y más aun en el contexto del Poder Judicial, las apariencias de imparcialidad también son importantes. Así, debe agregarse que no solo los actos de corrupción socavan "la confianza ciudadana en los servidores de la Nación" (Sentencia 0008-2005-PI/TC, fundamento 16), sino también los contextos proclives a la generación de conflictos de intereses. Son estos aspectos los que las políticas antinepotismo, como la que ahora se analiza, pretenden combatir.

21. El nepotismo, sin embargo, no solo se manifiesta en procesos de contratación o nombramiento. En realidad, las políticas para combatir el nepotismo buscan proscribir, en general, aquellas preferencias dadas a los parientes en el ámbito laboral de la función pública. Preferencias que no se limitan a la contratación o nombramiento. En realidad las preferencias pueden incluir mejoras salariales, mejor trato que al resto de los trabajadores, diferenciación en la carga de trabajo, privilegios en el ascenso, entre otros ejemplos.

22. Este tipo de conductas que favorecen a los parientes también deben ser desincentivadas debido a que generan contextos proclives a la configuración de conflictos de interés. Al respecto, debe tenerse en cuenta que el artículo 8 de la Ley del Código de Ética de la Función Pública, Ley 27815, prohíbe que los servidores públicos mantengan intereses en conflicto.

23. Pero los efectos del nepotismo no solo generan contextos o situaciones proclives a conflictos de intereses, sino que también pueden perjudicar el correcto funcionamiento de una institución. Un efecto razonablemente previsible es la disminución en la productividad. Si es que los demás trabajadores perciben la preferencia hacia cierto personal originada por el hecho de ser pariente de otro trabajador que, incluso, sin tener formalmente una situación de poder, tiene una influencia indirecta en la toma de decisiones, es claro que los niveles de compromiso hacia el trabajo se verían afectados.

24. Esta afectación en la productividad se relaciona con la eficiencia. Y es que no se trata solamente de considerar aspectos relativos a la contratación o nombra-

miento de personal, circunstancias en las que, en muchas ocasiones, las reglas formales escritas conviven con reglas no escritas, sino también de tener en cuenta aquellos relacionados con el desempeño, como, por ejemplo, la posibilidad de llamar la atención o, incluso, separar o recomendar la separación de un familiar cuando su rendimiento no es acorde a las exigencias de la labor.

25. Así, si un trabajador se mantiene en un cargo o no se le llama la atención a pesar de no estar rindiendo adecuadamente, solamente porque tiene el apoyo de un pariente o familiar —que puede tener un poder formal o material al interior de determinado lugar de trabajo— es razonable pensar que ello afectará el compromiso del resto de trabajadores y, eventualmente, la ética del trabajo.

26. Hasta aquí se ha explicado que las conductas que configuran nepotismo pueden hallarse no solamente al momento de la contratación, sino también al interior de la dinámica laboral. Se va delineando con ello la amplitud de situaciones en las que puede surgir el nepotismo. Y ello debe tomarse en cuenta también respecto de los sujetos involucrados en este tipo de conducta.

27. La normativa referida ubica bajo el escrutinio de las medidas antinepotismo a las personas que tienen un poder formal de contratación. No obstante, sería un error no incluir a sujetos que, aún sin un poder formal de decisión, gozan de un poder material o de influencia en la toma de decisiones, no solo en procesos de contratación, sino también en la eventual evaluación del rendimiento laboral.

28. En el ámbito de la Administración Pública, se ha reforzado esta línea de pensamiento, a tal punto que la Ley del Servicio Civil, Ley 30057, en su artículo 83, establece lo siguiente:

> Los servidores civiles incluyendo a los funcionarios que gozan de la facultad de nombramiento y contratación de personal o tengan injerencia directa o indirecta en el proceso de selección o contratación de personas, están prohibidos de ejercer dicha facultad en su entidad respecto a sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y por razón de matrimonio. Son nulos los contratos o designaciones que se realicen en contravención de lo dispuesto en este artículo.
>
> Se aplica las mismas reglas en el caso de convivientes o uniones de hecho.

29. El reglamento de esta ley (Decreto Supremo 040-2014-PCM) en su artículo 160 entiende por *injerencia indirecta* aquella situación ejercida por un servidor o un funcionario:

> [que] sin formar parte de la unidad administrativa en la que se realizó la contratación o el nombramiento tiene, por razón de sus funciones, alguna injerencia en quienes toman o adoptan la decisión de contratar o nombrar en la unidad correspondiente.

30. Lo expresado sirve para justificar el sustento legal y constitucional de las medidas antinepotismo, en cuanto tienen por finalidad salvaguardar la legitimidad y el buen funcionamiento de las instituciones públicas. Pero también para advertir que leyes diferentes a la Ley 26771 pueden regular cuestiones relativas al nepotismo, como por ejemplo, establecer impedimentos de contratación o de situaciones sobrevinientes, como las que ahora se están cuestionado.

§ 4. Libertad de trabajar y derecho al trabajo

31. Este Tribunal ha establecido que el inciso 15 del artículo 2 de la Constitución que reconoce el derecho "a trabajar libremente, con sujeción a ley", debe entenderse como el "atributo para elegir […] la actividad ocupacional o profesional que cada persona desee o prefiera desempeñar, disfrutando de su rendimiento económico y satisfacción espiritual; así como de cambiarla o de cesar de ella" (Sentencia 0008-2003-AI/TC, fundamento 26).

32. En la Sentencia 0661-2004-AA/TC, fundamento 5, este Tribunal estableció que la libertad de trabajo comprende "el derecho de todo trabajador a seguir su vocación y a dedicarse a la actividad que mejor responda a sus expectativas, la libre elección del trabajo, la libertad para aceptar o no un trabajo y la libertad para cambiar de empleo".

33. En la Sentencia 0026-2008-PI/TC, fundamento 47, se añadió que su contenido incluye:

> el derecho de todo trabajador a seguir su vocación y a dedicarse a la actividad que mejor responda a sus expectativas, a la libre elección del trabajo, a la libertad para aceptar, o no, un trabajo, y a la libertad para cambiar o renunciar de empleo. En buena cuenta, el derecho a la libertad de trabajo posee una doble dimensión. Una positiva, que garantiza a las personas la libertad de escoger la actividad a la cual desea dedicarse y con la cual pretende garantizar su sustento; y otra negativa, que consiste en la garantía de no ser obligado a ejercer una profesión o un oficio específicos, así como la posibilidad de retirarse de una actividad o de cambiar la forma en que se realiza.

34. En tal sentido, un dispositivo legal que impida o limite la libertad de elegir, cambiar o renunciar a determinada actividad laboral podría vulnerar la libertad de trabajo reconocida en el inciso 15 del artículo 2 de la Constitución. Debe precisarse que no toda limitación debe ser considerada como una vulneración a la libertad de trabajo, sino tan solo aquellas limitaciones irrazonables o desproporcionadas.

35. Por su parte, en la demanda también se hace referencia al artículo 22 de la Constitución en cuanto establece que "El trabajo es un deber y un derecho. […]". Y también al artículo 23 de la Constitución en cuanto indica que el trabajo "es objeto de atención prioritaria del Estado […]". En tal sentido, mientras que el inciso 15 del artículo 2 de la Constitución reconoce la libertad de trabajo, los artículos 22 y 23 se refieren al derecho fundamental al trabajo.

36. Existe una diferencia entre los ámbitos protegidos por tales derechos. Mientras que la libertad de trabajo protege la libertad de elección del trabajo o dicho en otros términos, la libertad para aceptarlo o no, así como la libertad para cambiar de empleo o renunciar a él; el derecho al trabajo, en cambio, implica, en general, el acceder a un puesto de trabajo, en cuanto supone que el Estado adopte políticas orientadas a que la población acceda a un puesto de trabajo.

37. En este caso, el Ilustre Colegio de Abogados de Puno ha sido enfático en cuestionar que se está vulnerando el derecho de "acceder a un puesto de trabajo" (foja 14). En realidad lo que efectivamente se está cuestionando es la libertad de trabajo, por cuanto el inciso 3 del artículo 42 de la ley sometida a control constitucional estaría impidiendo que personas con algún familiar no puedan elegir trabajar o permanecer laborando en un mismo distrito judicial.

38. Es decir, se estaría limitando la libertad de determinadas personas para poder elegir la actividad laboral que mejor responda a sus expectativas o dicho de otro modo, la libre elección del trabajo. Esta limitación no estaría impuesta por la exigencia de cualidades específicas del trabajador, el entrenamiento, el conocimiento o la experiencia, sino por el parentesco con una persona que ya trabaja en el mismo distrito judicial.

39. Por lo tanto, la pretendida inconstitucionalidad del dispositivo legal cuestionado en virtud de los artículos 22 y 23 debe ser rechazada. Ahora bien, respecto a la libertad de trabajo, que como ya se ha visto sería el principio intervenido por el dispositivo legal cuestionado, debe determinarse a continuación si es que tal limitación vulnera la Constitución.

§ 5. Limitaciones a la libertad de trabajo

40. Si bien se descarta que mediante el dispositivo legal cuestionado se esté afectando el derecho al trabajo, queda por analizar si es que se está limitando desproporcionadamente la libertad de trabajo, reconocida en el inciso 15 del artículo 2 de la Constitución.

41. Ya se ha precisado que la libertad de trabajo implica la protección de una dimensión positiva y negativa. La primera incluye la protección del derecho a elegir la actividad ocupacional o profesional, de aceptar o no un trabajo, así como la de cambiar de actividad laboral. Mientras que la segunda, protege la libertad de renunciar y la de no ser obligado a ejercer la profesión.

42. Este Tribunal tiene una jurisprudencia firme y consistente sobre el particular en la que sostiene que los derechos y las libertades fundamentales no son ilimitados. Estas libertades están siempre limitadas en virtud de otros derechos o bienes jurídicos constitucionales. Es turno ahora de establecer si es que el inciso 3 del artículo 42 de la Ley de la Carrera Judicial interviene de manera irrazonable y desproporcionada en la libertad de trabajo.

43. Evidentemente, no basta con advertir que los derechos fundamentales pueden ser objeto de determinadas limitaciones para considerarlas como legítimas por sí mismas. Existen límites (también llamados intervenciones) legítimos e ilegítimos a los derechos y libertades fundamentales. En tal sentido, para poder determinar si nos encontramos ante una medida o límite que resulte proporcionado, esto es, idóneo, necesario y ponderado, este Tribunal ha utilizado en varias ocasiones el test de proporcionalidad (ver Sentencia 0007-2006-PI/TC, fundamento 33 y ss.; Sentencia 0021-2012-PI/TC, 0008-2013-Pl/TC, 0009-2013-PUTC, 0010-2013-PI/TC y 0013-2013-P1/TC, fundamento 219 y ss.). El test de proporcionalidad, tal como se ha expuesto en reiterada jurisprudencia, está compuesto por los subcriterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

44. En primer lugar, se analizará si es que la ley cuestionada tiene un fin constitucional y si la medida es adecuada para alcanzarlo. En segundo lugar, se evaluará si no existe ningún otro medio alternativo que permita alcanzar el objetivo propuesto en la misma medida y que sea más benigno con la libertad intervenida, en este caso, con la libertad de trabajo. Finalmente, 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 lo tanto, cuál de ellos prevalecerá sobre el otro y decidirá el caso, para lo cual se empleará la de-

nominada ley de la ponderación que 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". A continuación se explicarán y aplicarán estos criterios al presente caso.

5.1. Subcriterio de idoneidad

45. Según el subcriterio de idoneidad, toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo. Con ello no solo se enfatiza que el objetivo que se pretende alcanzar con la medida sea constitucional. La medida propuesta también debe ser adecuada; razón por la cual debe existir una relación de causalidad, de medio-fin, entre la medida limitativa (la ley que interviene un derecho) y el fin constitucionalmente legítimo que se pretende alcanzar con aquel (Sentencia 02235-2004-AA/TC, fundamento 6).

46. 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; y 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, tal procedimiento comporta 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 (Sentencia 0021-2012-PI/TC, 0008-2013-PI/TC, 0009-2013-PI/TC, 0010-2013-PI/TC y 0013-2013-PI/TC, fundamento 221).

47. Así, puede ocurrir por ejemplo que un dispositivo legal haya pretendido favorecer un fin constitucional, pero que la medida no sea razonablemente adecuada o idónea para alcanzar tal finalidad. En este caso, no se configuraría una relación directa y de causalidad medio-fin; por lo que el subexamen de idoneidad no habría sido superado.

48. Pero, ¿cuáles son el objetivo y la finalidad que persigue inciso 3 del artículo 42 de la Ley de la Carrera Judicial? ¿Se trata de una medida adecuada para alcanzarlos? En la contestación de la demanda se sostiene que con la disposición legal se "busca impedir cualquier posible injerencia indebida en el trámite de los expedientes judiciales, evitándose así situaciones que faciliten la concertación de voluntades para la comisión de delitos que afecten el correcto funcionamiento del Poder Judicial" (fojas 58).

49. Según el Congreso de la República, el dispositivo cuestionado busca impedir conductas delictivas, razón por la cual se dispone la referida incompatibilidad (fojas 61). Más aún, advierte el demandado que los tipos penales como el patrocinio ilegal, cohecho pasivo propio y el tráfico de influencias se facilitan cuando se tiene parientes dentro de un mismo distrito judicial, puesto que las redes de corrupción son más fáciles de crear, haciendo del Poder Judicial una entidad que no permita que los casos se resuelvan con reglas de derecho.

50. Afirma el Congreso lo siguiente:

> Es innegable que existirá mayor posibilidad de organizar un acto de corrupción con un pariente a quien proponer dicha actividad ilícita que a una persona extraña, sin vínculos, sobre todo teniendo en consideración que cualquier insinuación de esa naturaleza podría ser denunciada por el personal jurisdiccional o administrativo al que se hubiera propuesto antes la instancia pertinente.

51. En la audiencia pública del 13 de agosto de 2015, el representante del Congreso de la República agregó que el fin perseguido era la protección de la tutela jurisdiccional efectiva. La argumentación presentada —aunque no desarrollada en el escrito de la contestación de la demanda— buscaba sostener que la función administrativa tiene cierta incidencia en la función jurisdiccional. Por consiguiente, si existiesen parientes en el mismo distrito judicial, se genera la posibilidad de que no se cumpla eficientemente con dicha función jurisdiccional.

52. Más allá de lo alegado por el demandado, el Tribunal considera que medidas como la cuestionada, que pretenden favorecer la lucha contra el nepotismo, tienen como objetivo evitar conflictos de intereses entre el personal administrativo y entre este y el personal jurisdiccional de un mismo distrito judicial, con lo cual, a su vez, se buscaría salvaguardar el correcto funcionamiento de la Administración Pública, que en el presente caso se aplica al ámbito del Poder Judicial, de acuerdo a lo mencionado *supra*.

53. Siendo ello así, este Tribunal estima que la medida empleada en la disposición sometida a control constitucional, esto es, el establecimiento de incompatibilidades para el desempeño laboral en un mismo distrito judicial entre el personal administrativo y entre este y el personal jurisdiccional por razón de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, por matrimonio y unión de hecho, es adecuada para el logro del objetivo previamente referido, es decir, evitar conflictos de interés entre el personal administrativo y jurisdiccional en un mismo distrito judicial, lo cual resulta a su vez apropiado para

conseguir el fin de relevancia constitucional que se pretende, que es el correcto funcionamiento de la Administración Pública en el ámbito del Poder Judicial, configurándose así, entre ellos, una relación directa o de causalidad.

54. Al respecto, el correcto funcionamiento de la Administración Pública, en tanto principio constitucional implícito que rige en el ámbito del Poder Judicial y, en general, en las instituciones estatales ha sido uno de los retos más importantes que ha tenido la República. Dicho correcto funcionamiento es en realidad un requisito para poder dotar de efectividad a los valores y principios constitucionales de una forma sostenible en el tiempo y, así, garantizar el pleno ejercicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos, lo que requiere el accionar eficaz y transparente del Estado.

55. De esta manera, cuando no se establecen medidas preventivas, correctivas y de sanción contra conductas que configuran nepotismo, se menoscaba el correcto funcionamiento de la Administración Pública, en el ámbito del Poder Judicial y, en último término, se socava la institucionalidad democrática y la legitimidad constitucional de los poderes públicos.

56. En suma, el establecimiento de incompatibilidades para el desempeño laboral en un mismo distrito judicial entre el personal administrativo y entre este y el personal jurisdiccional por razón de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, por matrimonio y unión de hecho, es una medida que tiene como objetivo evitar conflictos de interés entre dicho personal y, de esta manera, constituye una medida idónea para la salvaguarda del correcto funcionamiento de la Administración Pública en el ámbito del Poder Judicial, que es el fin legítimo pretendido por el dispositivo legal cuestionado. Por consiguiente, el inciso 3 del artículo 42 de la Ley de la Carrera Judicial supera el subcriterio de idoneidad.

5.2. Subcriterio de necesidad

57. Mediante el sub criterio de necesidad se analiza si es que entre las diversas alternativas igualmente idóneas existentes para alcanzar el fin de relevancia constitucional perseguido, se ha elegido aquella que resulte menos gravosa para el derecho que se interviene. Como tal, presupone la existencia de una diversidad de alternativas, todas adecuadas para conseguir el mismo fin, de las que será escogida aquella que genera menos aflicción sobre el derecho fundamental. En tal sentido, una medida será innecesaria o no satisfará este segundo subcriterio cuando la adopción de un determinado medio significa, o importe, un sacrificio desmesurado o manifiestamente innecesario del derecho limita-

do (Sentencia 0050-2004-PI/TC y acumulados, fundamento 109; Sentencia 0021-2012-PI/TC, 0008-2013-PI/TC, 0009-2013-PI/TC, 0010-2013-PI/TC y 0013-2013-PI/TC, fundamento 227).

58. Siendo ello así, ¿existe otra medida menos gravosa para salvaguardar el correcto funcionamiento de la Administración Pública en el ámbito del Poder Judicial? En principio, en la demanda no se ha hecho referencia a ninguna alternativa al dispositivo legal cuestionado.

59. Si bien es cierto que se podría pensar en medidas alternativas como la de sancionar posteriormente las conductas que configuran nepotismo o las preferencias hacia familiares en el trabajo, en los casos donde se confirme estas ventajas indebidas tal opción implicaría una gran dificultad y un alto costo. Y es que la determinación de tales preferencias puede ser fácilmente encubierta bajo formalidades, restando eficacia a esta medida alternativa. De ahí que se justifique, por lo demás, la dimensión de generalidad establecida en el inciso 3 del artículo 42 de la Ley de la Carrera Judicial.

60. Por lo tanto, este Tribunal no encuentra ni en los argumentos de las partes ni en las opciones razonablemente disponibles una alternativa normativa que implique una menor intervención en la libertad de trabajo o que resulte menos lesiva de esta, y que a la vez sea igualmente eficaz para el logro del fin constitucional que se persigue. Por consiguiente, el inciso 3 del artículo 42 de la Ley de la Carrera Judicial supera el subcriterio de necesidad.

5.3. Sub criterio de ponderación o proporcionalidad en sentido estricto

61. Por último, el subcriterio de ponderación o de proporcionalidad en sentido estricto establece que "cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro" (Sentencia 0579-2008-AA, fundamento 30). Formulado de otra manera, "cuanto mayor es la intensidad de la intervención de la libertad de trabajo, tanto mayor ha de ser el grado de realización u optimización del fin constitucional" (Sentencia 02370-2007-PA/TC, fundamento 18).

62. Si tal relación se cumple, entonces la intervención en la libertad de trabajo habrá superado el examen de la ponderación y no será inconstitucional; por el contrario, en el supuesto de que la intensidad de la afectación en la libertad de trabajo sea mayor al grado de realización del fin constitucional, entonces, la intervención en dicha libertad no estará justificada y será inconstitucional (Sentencia 02370-2007-PA/TC, fundamento 18; Sentencia 007-2006-PI/TC, fundamento 42).

63. Es turno ahora de revisar entonces si es que la intervención del inciso 3 del artículo 42 de la Ley de la Carrera Judicial supera el subcriterio de ponderación. En primer lugar, vale precisar que el impedimento establecido en el dispositivo legal ahora cuestionado solo prohíbe que ello ocurra en un mismo distrito judicial. Es decir, no se impide que el personal administrativo y jurisdiccional emparentados trabajen dentro de la estructura del Poder Judicial, siempre que ello no ocurra en el mismo distrito judicial. Con ello este Tribunal considera que dicha intervención en la libertad de trabajo puede ser catalogada inicialmente como *media* en la medida que va a implicar en determinados casos un desplazamiento a lugares que eventualmente se encuentran apartados.

64. En efecto, en virtud de dicha medida no se estaría impidiendo el ejercicio de la libertad de trabajo en el Poder Judicial de manera absoluta, cerrando las puertas a quien tenga por vocación trabajar en dicha institución, como personal jurisdiccional o personal administrativo. En realidad, se están modulando las oportunidades laborales, excluyendo únicamente la posibilidad de que familiares o parientes trabajen en el mismo distrito judicial.

65. Ello implica que la libertad de trabajo puede ejercerse plenamente en otro distrito judicial o en otra entidad, ya sea pública o privada. No obstante, no escapa de la atención de este Tribunal que la limitación impuesta por el inciso 3 del artículo 42 tiene un impacto diferente dependiendo el contexto geográfico.

66. Así, es razonable esperar que en Lima el impacto sería menor. En efecto, dentro de Lima metropolitana se encuentra el distrito judicial de Lima, Lima Norte, Lima Sur y Lima Este. Más aún, esta área geográfica está muy interconectada vialmente también con el distrito judicial del Callao (ver Sentencia 0006-2009-PI/TC, fundamento 23) y Ventanilla.

67. En estos casos, la incompatibilidad planteada por el inciso 3 del artículo 42 de la Ley de la Carrera Judicial tiene un impacto menor que el que pudiera reflejarse, por ejemplo, en un área geográfica donde no se configura la situación antes descrita, esto es, una unidad urbana con diversos distritos judiciales (ver Sentencia 0006-2009-PI/TC, fundamento 23), cuya creación, como es sabido, responde a las exigencias que los propios contextos demográficos demandan, en tanto que su interconectividad depende también de políticas de integración vial.

68. Ahora bien, este Tribunal considera que tales particularidades evidencian que en diferentes contextos el impacto del inciso 3 del artículo 42 de la ley sometida a control constitucional puede resultar reducido o incrementado, dando lugar a que se origine una incidencia leve o media, respectivamente, en la libertad de trabajo.

69. De otro lado, la incompatibilidad planteada en el inciso 3 del artículo 42, como ya se explicó *supra*, constituye y promueve a la vez una política antinepotismo dirigida a salvaguardar el correcto funcionamiento de la Administración Pública en el ámbito del Poder Judicial.

70. En consideración de este Tribunal, el grado de optimización o realización del fin constitucional es *intenso* por cuanto dicha disposición, al evitar que en un mismo distrito judicial laboren parientes, contribuye en gran medida al correcto funcionamiento de la Administración Pública en el ámbito del Poder Judicial, evitando eventuales conflictos de intereses entre el personal administrativo y jurisdiccional de un mismo distrito judicial.

71. Al respecto, este Tribunal no deja de advertir que, aun cuando el hecho de que trabajen juntos familiares o parientes en un mismo distrito judicial no supone *per se* que automáticamente estos se conviertan en corruptos, una situación como la descrita, en cambio, sí conlleva a un contexto proclive a los conflictos de intereses entre dicho personal, lo que evidentemente socavaría de manera directa el correcto funcionamiento de la Administración Pública en el ámbito del Poder Judicial.

72. Siendo ello así, este Tribunal concluye que la satisfacción en grado intenso del correcto funcionamiento de la Administración Pública, en el ámbito del Poder Judicial, justifica la limitación de la libertad de trabajo, afectada solo a nivel medio (en el peor de los casos), lo que hace que presentadas tales circunstancias específicas, prevalezca en el presente caso el primer principio constitucional frente a la referida libertad de trabajo.

73. En virtud de lo expuesto, y dado que el inciso 3 del artículo 42 de la Ley de la Carrera Judicial, ha superado los subcriterios referidos, debe concluirse que de dicha disposición no emana una limitación inconstitucional a la libertad de trabajo.

§ 6. Derecho a la igualdad en el ámbito laboral

74. El demandante ha sostenido también que se estaría vulnerando lo establecido en el inciso 1 del artículo 26 de la Constitución, que establece lo siguiente: "En la relación laboral se respetan los siguientes principios: 1. Igualdad de oportunidades sin discriminación […]".

75. Al respecto, este Tribunal ya ha desarrollado el contenido de la referida disposición constitucional. En la Sentencia 0008-2005-PI/TC, fundamento 23, se indicó lo siguiente:

> La igualdad de oportunidades –en estricto, igualdad de trato– obliga a que la conducta ya sea del Estado o los particulares, en relación a las actividades laborales, no genere una diferenciación no razonable y, por ende, arbitraria.
>
> En ese sentido, la discriminación en materia laboral aparece cuando se afecta al trabajador en sus características innatas como ser humano (lo propio y privativo de la especie), o cuando se vulnera la cláusula de no discriminación prevista por la Constitución.

76. En virtud de lo expuesto, cabe preguntarse lo siguiente: ¿está el inciso 3 del artículo 42 de la Ley de la Carrera Judicial utilizando criterios arbitrarios de diferenciación? Ya se ha confirmado que tal dispositivo legal tiene un fin constitucional: evitar los conflictos de intereses y, de esta forma, salvaguardar el correcto funcionamiento de la Administración Pública en el ámbito del Poder Judicial.

77. De otro lado, la diferenciación realizada entre trabajadores con parientes y sin parientes en el mismo distrito judicial es una que descansa en criterios objetivos, que además son razonables. En efecto, el parentesco no es un criterio subjetivo, sino un dato objetivo.

78. En la demanda se ha indicado que la limitación impuesta se basa en un elemento irrazonable. Y que impedir que hermanos, primos, o tíos, sobrinos, cuñados puedan acceder a un puesto laboral dentro de un mismo distrito judicial que tiene diversas sedes o locales, sin que pueda existir contacto físico entre uno y otro personal, socava lo establecido en el inciso 1 del artículo 26 de la Constitución.

79. Ya se ha apreciado que los, conflictos de intereses por nepotismo pueden generarse en diversos espacios. Más aun, debe tomarse en cuenta que, sin una normativa como la ahora cuestionada, se estaría permitiendo que esos familiares puedan trabajar en la misma sede o local. Esto generaría conflictos de intereses que socavarían el correcto funcionamiento de la Administración Pública en el ámbito del Poder Judicial.

80. Es por ello que este Tribunal observa que no se ha utilizado un criterio irrazonable para establecer la diferenciación, sino un dato objetivo como es la relación de parentesco. Por ello, este Tribunal considera que el inciso 3 del artículo 42 bajo análisis no contraviene el inciso 1 del artículo 26 de la Constitución.

§ 7. El principio-derecho de unidad familiar

81. El Ilustre Colegio de Abogados de Puno también ha planteado que el dispositivo legal cuestionado contraviene el derecho a la unidad familiar derivado del artículo 4 de la Constitución. A criterio del demandante, en razón de la medida sometida a control constitucional se estaría condicionando la participación de los ciudadanos en eventuales convocatorias del Poder Judicial, participación que estaría prohibida para todo aquel que tuviese un familiar o pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, por matrimonio o unión de hecho, que trabaje en calidad de personal administrativo o jurisdiccional en el mismo distrito judicial al que desea postular.

82. El Congreso de la República ha contestado la demanda sosteniendo que al no presentarse argumentos jurídico-constitucionales que sostengan dicha pretensión, este extremo de la demanda debe ser declarado improcedente. Con relación a esto último, este Tribunal advierte que el demandado no cuestionó el auto admisorio y que, por otro lado, la demanda contiene argumentos que se relacionan con la pretensión invocada.

634

83. Sobre el principio de unidad familiar, este se desprende del artículo 4 de la Constitución, que establece en el punto pertinente, que la comunidad y el Estado "protegen a la familia", siendo reconocido como "instituto natural". De ahí que en la Sentencia 01317-2008-HC/TC, fundamento 14, se haya sostenido lo siguiente:

> [las] restricciones al establecimiento armónico, continuo y solidario de las relaciones familiares, que impiden el vínculo afectivo que todo estrecho nexo consanguíneo reclama […] se oponen a la protección de la familia como garantía institucional de la sociedad a tenor del artículo 4 de la Constitución.

84. En el presente caso, y debido a las características esencialmente objetivas y abstractas del proceso de inconstitucionalidad, las referencias a situaciones particulares o la evaluación relacional entre las normas y la realidad, se limitan a las que razonablemente puedan concebirse en abstracto.

85. Por ello, no puede sostenerse válidamente que se interviene irrazonablemente en el principio de unidad familiar y, menos aún, que este último resulta vulnerado cuando se disponen legalmente impedimentos para que familiares o parientes se desempeñen en calidad de personal administrativo o jurisdiccional en un mismo distrito judicial.

86. En consecuencia, el Tribunal Constitucional estima que el inciso 3 del artículo 42 de la Ley de la Carrera Judicial no afecta el principio de unidad familiar, de modo que este extremo de la demanda también debe ser desestimado.

III. FALLO

Declarar **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad, en consecuencia constitucional el artículo 42, inciso 3, de la Ley 29277.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MIRANDA CANALES
RAMOS NÚÑEZ
SARDÓN DE TABOADA
LEDESMA NARVÁEZ
FERRERO COSTA

PONENTE LEDESMA NARVÁEZ

EXP. N.° 00020-2014-PI/TC
ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE PUNO CONTRA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO MIRANDA CANALES

Coincidiendo con lo resuelto en mayoría, considero pertinente emitir pronunciamiento sobre algunos temas que son de vital importancia para todo Estado Constitucional que se precie de serlo.

I. Delimitación del Petitorio

Con fecha 15 de setiembre de 2014, el Ilustre Colegio de Abogados de Puno interpuso demanda de inconstitucionalidad contra el inciso 3 del artículo 42, de la Ley 29277, de la Carrera Judicial, que establece la "incompatibilidad por razón de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, por matrimonio y unión de hecho […] entre el personal administrativo y entre éstos y el personal jurisdiccional, perteneciente al mismo distrito judicial.

La entidad demandante sostiene que mediante tal dispositivo legal se contravienen el inciso 15 del artículo 2 y los artículos 4, 22, 23, 26 de la Constitución, puesto que se están vulnerando el derecho al trabajo, a la igualdad de oportunidades laborales sin discriminación y a la unidad familiar.

II. El Derecho a la Igualdad

La igualdad es un derecho fundamental que está consagrado en el artículo 2 de nuestra Constitución: "(…) toda persona tiene derecho (…) a la igualdad ante la Ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole". En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha precisado que estamos frente a un derecho fundamental que no consiste en la facultad de las personas para exigir un trato igual a los demás, sino en ser tratadas del mismo modo que quienes se encuentran en una idéntica situación (Cfr. STC 02835-2010-AA, fundamento jurídico 38).

Adicionalmente, se ha establecido que el derecho a la igualdad puede entenderse desde dos perspectivas: Igualdad ante la ley e igualdad en la ley. La primera de ellas está referida a la norma aplicable a todos los que se encuentren en la situación descrita en el supuesto de la disposición normativa. La segunda implica que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales.

Finalmente, el derecho a la igualdad debe complementarse con las categorías de diferenciación y discriminación. La diferenciación, está constitucionalmente admitida, atendiendo a que no todo trato desigual es discriminatorio; es decir, se estará frente a una diferenciación cuando el trato desigual se funde en causas objetivas y razonables, estaremos frente a una discriminación y, por tanto, frente a una desigualdad de trato constitucionalmente intolerable (Cfr. STC 02974-2010-AA, fundamento jurídico 8; STC 02835-2010-AA, fundamento jurídico 41).

Entendida el derecho a la igualdad en los términos anteriormente descritos, el mecanismo que ha utilizado el Tribunal Constitucional para determinar cuándo estamos frente a un trato desigual es el test de razonabilidad.

Sin embargo, el derecho a la igualdad definida en estos términos por nuestra jurisprudencia constitucional, a nuestro juicio, no es suficiente para dar cuenta de las violaciones sistemáticas. En ese sentido, aquellas personas que padecen los efectos de esa discriminación no pueden salir de esa situación en forma individual y por sus propios medios, sino que se requieren medidas de acción positiva reparadoras o transformadoras para lograr igualdad real de oportunidades para el ejercicio de los derechos[1]. En consecuencia, considero que los alcances del derecho a la igualdad deberían ser ampliados por la justicia constitucional.

Lo que nuestro Tribunal Constitucional ha desarrollado en parte de su jurisprudencia es la igualdad formal en tanto ha sostenido que no hay vulneración al derecho a la igualdad siempre que se trate del mismo modo a las personas que se encuentran en una idéntica situación. Esta primera tesis tiene algunos inconvenientes. Primero no da cuenta de las violaciones estructurales, pues parte de comparar una situación individual frente a otras. Asimismo, no examina si las razones por las que se realizó la clasificación son legítimas. Finalmente, no verifica cuáles son las circunstancias y las propiedades relevantes para que una situación pueda ser calificada como desigual.

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

1 CLÉRICO, Laura y ALDAO, Martín. "Nuevas miradas de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la igualdad como retribución y como reconocimiento". En: *Lecciones y Ensayos*, N° 89, 2011, pp. 142-143.

derecho a la igualdad. Para lograr dicho cometido, se utilizan tres sub exámenes, que han sido tomados del principio de proporcionalidad, es decir, hay que analizar la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, cuyos contenidos han sido desarrollados por abundante jurisprudencia de este Tribunal Constitucional, a la cual nos remitimos.

Una vez precisado los tres sub exámenes de igualdad, conviene ahora determinar su ámbito de aplicación, el mismo que se hará en diferentes intensidades. Así tenemos los siguientes escrutinios[2]:

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

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

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

Finalmente, la igualdad como redistribución y reconocimiento afirma que la igualdad debe ser construida en cada caso concreto, con la participación de todos los implicados en la situación de desigualdad. En consecuencia, la interpretación de la igualdad debe adecuarse a la segmentación social que el paradigma predominante ha producido[3].

Conforme a lo anteriormente expuesto, un criterio razonable para evaluar la igualdad en el trabajo es el grado de parentesco para así evitar la generación de conflictos por nepotismo. Ergo, la demanda debe ser declarada **INFUNDADA**.

S.

MIRANDA CANALES

2 Ídem, pp. 147-148.
3 Ídem, pág. 153.

EXP 00020-2014-PI/TC
COLEGIO DE ABOGADOS DE PUNO

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO RAMOS NÚÑEZ

Coincido con lo resuelto en mayoría y, en ese sentido, mi voto es porque se declare **INFUNDADA** la demanda contra el inciso 3 del artículo 42 de la Ley 29277, Ley de la Carrera Judicial, que establece la incompatibilidad por razón de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, por matrimonio y unión de hecho entre el personal administrativo, y entre estos, y el personal jurisdiccional, perteneciente al mismo distrito judicial.

Efectivamente, considero que el correcto funcionamiento de la Administración Pública es un principio constitucional, en el presente caso aplicado al ámbito del Poder Judicial, que justifica el establecimiento de medidas antinepotismo como la reseñada *supra* para garantizar que dicho principio pueda concretizarse.

El nepotismo, además, no ocurre únicamente en procesos de contratación o nombramiento, sino que puede manifestarse en todo tipo de preferencias hacia los parientes en el ámbito laboral de la función pública, preferencias que es preciso evitar al interior del Estado para que las relaciones de parentesco no sean causantes de arbitrariedades en la toma de decisiones o el uso de los recursos públicos, o que generen desconfianza en la legitimidad de los actos estatales.

No obstante, considero pertinente hacer algunas precisiones sobre la alegada afectación al derecho a la unidad familiar. Advierto que lo que realmente se protege mediante este derecho es la convivencia pacífica en familia, la cual se desarrolla, fundamentalmente y en principio, en el ámbito privado. En todo caso, no se extiende al ámbito laboral de los integrantes del vínculo familiar, lo que resulta aplicable a cuando prestan servicios al Estado.

Es por este motivo, principalmente, que considero que la pretensión del demandante resulta infundada en dicho extremo. Y en ello también en atención a las características objetivas y abstractas del proceso de inconstitucionalidad. Pero este Tribunal también

tiene el deber de prever las consecuencias de sus decisiones, como ha reconocido en reiterada jurisprudencia.

Así, no puedo ignorar que este Tribunal ha considerado de forma especial cómo se afecta la unidad familiar en la resolución de controversias constitucionales, particularmente en supuestos donde las relaciones entre los integrantes de familia son de manifiesta dependencia, como ocurrió en la Sentencia 02904-2011-PA/TC y en la Sentencia 02744-2015-PA/TC.

Resultaría irrazonable exigir la reubicación, o forzar la renuncia, de personas que tienen bajo su cuidado a personas en estado de dependencia, como puede ocurrir, por ejemplo, en situaciones relacionadas con personas con discapacidad, o personas que, por su edad, no cuentan con la posibilidad de desenvolverse por sí mismos. Particularmente relevante resulta, este caso, el hecho de que la atención médica requerida no exista en otro distrito. La misma sentencia reconoce la existencia e impacto que tiene el factor geográfico respecto del derecho a la libertad de trabajo, pero no es menos cierto que este factor también puede tener un impacto en el derecho a la unidad familiar que no debería descartarse de plano.

Por otro lado, tampoco puedo ignorar que la norma abarca una gran cantidad de supuestos diferenciados. Así, la incidencia no sería, en principio, tan gravosa para primos o cuñados como para esposos o convivientes (especialmente si tienen hijos menores de edad). Además, a diferencia de lo que ocurre con otro tipo de vínculos, el matrimonio o la convivencia pueden presentarse como situaciones sobrevinientes.

En tal sentido, considero que, si bien el inciso 3 del artículo 42 de la Ley 29277 es constitucional desde un punto de vista abstracto, no puedo descartar la posibilidad de que en ciertos casos concretos, la aplicación de dicha disposición pueda resultar desproporcionada en detrimento del derecho a la unidad familiar.

En virtud de ello, y tal como ha desarrollado anteriormente este Tribunal (Sentencia 0004-2004-PI/TC y Sentencia 0020-2006-PI/TC), considero que, al no poder descartarse la posibilidad de que se configuren restricciones desproporcionadas en determinados casos concretos, debe permitirse que los jueces ordinarios puedan inaplicar, excepcionalmente, la referida norma en los casos específicos que puedan ser sometidos a su conocimiento, cuando se reconozca una intervención ilegítima en el principio de unidad familiar, conforme a las consideraciones expuestas *supra*.

Así, los jueces tendrán que apreciar caso por caso, si es que el derecho de unidad familiar podría eventualmente imponerse a la prohibición del artículo 42, inciso 3, de

la Ley 29277, lo que implicaría que su satisfacción, de acuerdo a las particularidades del caso y sobre la base de una debida motivación judicial, sea mayor que el grado de realización del correcto funcionamiento de la Administración de Justicia en el ámbito del Poder Judicial.

S.

RAMOS NÚÑEZ

00020-2014-PI/TC
Caso "Incompatibilidad por parentesco en sede judicial"

VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Coincido con el voto en mayoría, en mérito a los argumentos allí expuestos. Por tanto, considero que la demanda debe ser declarada **INFUNDADA**.

Sin embargo, considero necesario señalar lo siguiente:

1. En primer lugar, considero importante incidir en que, más allá de la decisión en mayoría a la cual me suscribo, se debe tomar en cuenta que aquí estamos ante un escenario de control abstracto, en donde se ha concluido, en mi opinión, correctamente, que el inciso 3 del artículo 42 de la Ley 29277 es constitucional, conforme a los argumentos vertidos en la ponencia.

2. Sin embargo, y sin perjuicio de ello, considero que en la concretización de la disposición cuestionada pueden abrirse escenarios más complejos, respecto de los cuales habría que tomar ciertos recaudos. Y es que no puede descartarse que una aplicación mecánica de la disposición *sub examine* pueda llevarnos a habilitar supuestos de vulneración de derechos fundamentales tanto para los parientes a los que hace alusión el inciso 3 del artículo 42 de la Ley 29277, como para quienes, sin tener dicha relación de parentesco, podrían verse perjudicados al momento de competir con los primeros. Queda claro que ambos escenarios resultan inadmisibles.

3. Al respecto, quisiera empezar señalando que, de una lectura del inciso 3 del artículo 42 de la Ley 29277, bien puede apreciarse que no se estaría impidiendo totalmente el ejercicio del derecho al trabajo en el Poder Judicial, sino que solo se están estableciendo ciertas limitaciones que, por su propia naturaleza, resultan indispensables para asegurar el correcto funcionamiento de la Administración Pública en el ámbito del Poder Judicial. Hablamos pues de la exclusión de familiares o parientes para ejercer labores solamente dentro del mismo distrito judicial.

4. Creemos, en ese sentido, y como queda claro de la lectura de la ponencia, que aquí tiene relevancia el principio de independencia judicial. Dicho principio exige que:

> "(…) el legislador adopte las medidas necesarias y oportunas a fin de que el órgano y sus miembros administren justicia con estricta sujeción al Derecho y a la Constitución, sin que sea posible la injerencia de extraños [otros poderes públicos o sociales, e incluso órganos del mismo ente judicial] a la hora de delimitar e interpretar el sector del ordenamiento jurídico que ha de aplicarse en cada caso". (STC 00023-2003-AI/TC, fj. 29; STC 0004-2006-AlffC, fj.17-18; STC 04952-2011-PA/TC, fj. 5, el subrayado es nuestro)

5. Asimismo, se señala que este principio "debe percibirse como la ausencia de vínculos de sujeción política (imposición de directivas por parte de los órganos políticos) o de procedencia jerárquica al interior de la organización judicial, en lo concerniente a la actuación judicial per se, salvo el caso de los recursos impugnativos, aunque sujetos a las reglas de competencia". (STC N° 0023-2003-AI/TC, fj. 31; STC N° 00512-2013-PHC/TC, fj.3).

6. Ahora bien, la jurisprudencia de este Tribunal ha señalado que la independencia judicial posee dos dimensiones: una externa y otra interna. Por la primera de estas dimensiones "la autoridad judicial, en el desarrollo de la función jurisdiccional, no puede 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 (…)". Y por la segunda se entiende que, "dentro de la organización judicial: 1) la autoridad judicial, en el ejercicio de la función jurisdiccional, no puede sujetarse a la voluntad de otros órganos judiciales, salvo que medie un medio impugnatorio; y, 2) que la autoridad judicial, en el desempeño de la función jurisdiccional, no pueda sujetarse a los intereses de órganos administrativos de gobierno que existan dentro de la organización judicial". (STC N° 0004-2006-AI/TC, fj.18; STC N° 00512-2013-PHC/TC, fj.3).

7. Esto último implica, en primer término, que "la separación de las funciones jurisdiccionales de las funciones administrativas que eventualmente pudieran desempeñar los jueces dentro de la organización judicial, de manera que las funciones propias de esta administración no puedan influir en la decisión judicial que se adoptará en un determinado proceso. (…)." (STC N° 0004-2006-AI/TC, fj.18; STC N° 00512-2013-PHC/TC, fj.3).

8. Como puede observarse, la independencia judicial, concretamente en su dimensión interna, también se manifiesta en la separación de la función jurisdiccional y la función administrativa dentro del Poder Judicial. Al respecto, consideramos que ello no solo debería referirse a la influencia que pueda haber en torno a una decisión judicial a adoptarse en un proceso específico, sino también con toda la

dinámica laboral existente en dicha institución. Ello tiene que ver, pues, con los procesos de contratación, con los procedimientos sancionadores, con el cumplimiento de los deberes ínsitos a cada función, entre otros. Y es que aquí se trata de evaluar el poder material o de influencia que, en la práctica, pueden tener determinadas personas en el interior de la estructura judicial y cuyas expresiones son, por lo demás, muy variadas y van más allá de lo estrictamente jurisdiccional.

9. De otra parte, también quiero referirme a algunos otros escenarios, ciertamente, más específicos, pero respecto de los cuales no podría descartarse una potencial vulneración de derechos y que, por ende, merecen una mayor evaluación. Así, hago alusión, por ejemplo, al escenario donde la relación de parentesco resulta sobreviniente, esto es, posterior a la contratación o nombramiento de un servidor para ocupar una plaza perteneciente al personal administrativo o jurisdiccional. Soy de la opinión de que cualquier interpretación que lleve a extender los alcances de la disposición cuestionada para estos supuestos, en principio, debe ser descartada.

10. Y es que si convenimos que se busca proteger el correcto funcionamiento de la Administración Pública en el ámbito del Poder Judicial, ello no debería, en principio, verse afectado por una situación de parentesco producida antes de que se produzca la contratación o nombramiento de uno u otro cargo, pues cualquier influencia *ex ante* resulta inviable. Cierto es, eso sí, que ante esta situación bien deberían llevarse a cabo ciertos recaudos al interior del Poder Judicial para que se eviten situaciones de favorecimiento que, en cada caso concreto, se pudieran producir luego de la contratación o el nombramiento respectivo. Creo que basta con estos recaudos, los mismos que deben ser establecidos caso a caso, para asegurar el correcto funcionamiento interno del Poder Judicial y evitar cualquier conflicto latente de intereses.

11. Finalmente, considero pertinente dejar sentado que, en la presente controversia, nos encontramos analizando la exclusión de familiares o parientes para ejercer labores solamente dentro del mismo distrito judicial. En esa línea, estimo que bien podría evaluarse, cuando el escenario resulte pertinente, qué implicancias tendría que estas restricciones se extiendan, por ejemplo, más allá del mismo distrito judicial o, incluso, que aplique a diversas instituciones del Estado.

12. Considero que ello abriría un escenario de discusión muy interesante, donde no solo habría que evaluar las potenciales vulneraciones de derechos de quienes poseen familiares o parientes en tal o cual institución del Estado, sino que implicaría expresar algunas ideas

13. respecto a lo que correspondería observar, desde una óptica constitucional, por ejemplo, sobre cómo funcionan las dinámicas interinstitucionales en la realidad y qué podría realizarse al respecto para llevar a cabo una mejor y más transparente Administración Pública en toda institución del Estado.

S.

ESPINOSA SALDAÑA BARRERA

Lima, 24 de septiembre de 2019

EXP. N.° 00020-2014-PI/TC
ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE PUNO
CASO "INCOMPATIBILIDAD POR PARENTESCO EN SEDE JUDICIAL"

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI EN EL QUE OPINA QUE LA DEMANDA DEBE SER DECLARADA FUNDADA POR CUANTO LA NORMA IMPUGNADA VULNERA LOS DERECHOS AL TRABAJO Y AL ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA, ASÍ COMO EL DERECHO A LA LIBERTAD DE TRABAJO Y EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE OPORTUNIDADES SIN DISCRIMINACIÓN DE LOS PARIENTES DE FUNCIONARIOS Y SERVIDORES PÚBLICOS DEL PODER JUDICIAL

Discrepo de la posición de mayoría que ha decidido declarar INFUNDADA la demanda de inconstitucionalidad promovida por el Ilustre Colegio de Abogados de Puno contra el numeral 3, del artículo 42, de la Ley deCarrera Judicial (Ley 29277), por cuanto, considero que la demanda debe ser declarada FUNDADA debido a que dicha norma legal es inconstitucional al restringir irrazonablemente los derechosal trabajo y al acceso a la función pública, a la libertad de trabajo y a la igualdad de oportunidades de los parientes (hasta el cuarto grado de consanguineidad, segundo de afinidad, por matrimonio y unión de hecho) del personal administrativo y el personal jurisdiccional del Poder Judicial que labora en el distrito judicial en el que, eventualmente, podrían participar en procesos de selección de personal.

Para ello, recurre a una lógica totalmente inconstitucional, que es la lógica de la desconfianza y la sospecha, abdicando del rol de garante de la vigencia efectiva de los derechos fundamentales que es consustancial al Tribunal Constitucional, convirtiendo a los parientes de los funcionarios y servidores públicos en una suerte de minusválidos en el ejercicio de sus derechos fundamentales, imponiendo una injusta discriminación por causa ajena y "constitucionalizando" un proceder que lesiona los derechos de tales personas, lo cual es inconstitucional e inhumano.

A continuación, paso a desarrollar las razones de mi discrepancia.

1. La disposición materia de cuestionamiento señala lo siguiente:

> Hay incompatibilidad por razón del parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, por matrimonio y unión de hecho:
>
> 3. entre el personal administrativo y entre éstos y el personal jurisdiccional, perteneciente al mismo distrito judicial.

2. Como es de verse, dicha disposición establece dos normas a saber: a) permite la contratación de parientes del personal administrativo y jurisdiccional del Poder Judicial cuando la postulación se ha dado en distritos judiciales distintos. Y, b) prohíbe la dicha contratación y postulación de personas con parentesco cuando los procesos de selección de personal se ejecuten en el distrito judicial en donde labora un pariente hasta cuarto grado de consanguineidad, segundo en afinidad, matrimonio o unión de hecho del posible postulante. Es respecto de este último supuesto que la parte demandante ha planteado argumentos cuestionando la constitucionalidad del artículo 42, inciso 3, de la Ley de la Carrera Judicial con relación a los derechos a la libertad de trabajo e igualdad de oportunidades sin discriminación.

Sobre el contexto, la coyuntura actual y la sobrerregulación inspirada en la inconstitucional lógica de la desconfianza

3. Como producto de una serie de situaciones relacionadas con graves casos de corrupción, que ha vivido el país en las últimas décadas, se han producido tres reacciones de manera simultánea:

   a. Una hipersensibilidad en la sociedad frente a toda denuncia pública, sin que, en muchos casos, existan suficientes elementos que demuestren su procedencia y veracidad, atizada muchas veces por una actitud ligera de algunos medios de comunicación, impulsados por intereses de mercado;

   b. Una sobrerregulación originada en la desconfianza como premisa general, tendiente a una suerte de reglamentación y penalización de una serie de conductas que no necesariamente constituyen infracciones y, menos, de orden penal; y,

   c. Una actitud draconiana, prejuiciosa y persecutoria, de muchos fiscales y jueces penales, que promueven prisiones preventivas, sin que existan realmente suficientes elementos que objetivamente constituyan pruebas que ofrezcan convicción para hacerlo; a despecho de los derechos fundamentales de los procesados y de los principios que informan la función jurisdiccional, incurriendo así en conductas arbitrarias y lesivas.

4. Así, existe una suerte de actitud de sospecha colectiva, que, como sociedad, se está asumiendo, y que tiene su origen en la desconfianza como patrón y premisa regulatoria, que coloca a la persona, en general, y a quien ejerce función o cargo público, en particular, como un sujeto considerado de suyo "proclive al delito". Es decir, se ha implantado una actitud totalmente inconstitucional, prejuiciosa y lesiva, que abdica de la lógica del Legislador Constituyente peruano, que ha optado por un sistema que considera a la persona humana como fin supremo de la sociedad y del Estado, que es anterior y superior al Estado y titular de una serie de derechos que le son inherentes, denominados, más allá de las digresiones académicas que la doctrina recoge, derechos humanos, derechos fundamentales, derechos de la persona o derechos constitucionales; entre los cuales están el derecho al honor y a la buena reputación, en derecho a la defensa y el respeto de su dignidad, y el derecho a la presunción de inocencia mientras no se haya acreditado judicialmente su culpabilidad, mediante sentencia firme y definitiva.

5. Esa actitud, desde mi punto de vista, contradice totalmente el claro mandato contenido en el artículo 1 de la Carta Fundamental de la República, que a la letra preceptúa, refiriéndose a la defensa de la persona humana, que: ***"La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado"***. Este precepto muestra la lógica y filosofía del Legislador Constituyente, que en rescate del valor persona humana establece la obligación constitucional para todos, la sociedad en su conjunto y cada uno de sus miembros, así como el Estado mismo en cuanto ente nacional y conjunto de órganos e instituciones que lo integran dentro de su estructura, de defender a la persona humana, y por cierto todos sus derechos, y de respetar su dignidad, en cuanto ser humano que es el centro de la organización política, social y económica del país. Contiene entonces un mandato ineludible y que, además, encierra el concepto de solidaridad, que es imprescindible en el Estado Constitucional.

6. En la misma dirección, la Carta Fundamental de la República consagra en su artículo 2 un catálogo de derechos fundamentales de la persona y lo hace con carácter enunciativo, bajo la fórmula del *numerus apertus*, lo cual enfatiza en su artículo siguiente, en el número 3, en el que afirma que *"La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno"*.

7. Entre los derechos fundamentales que enumera aquel artículo 2, interesa destacar ahora, además del derecho a que se respete la dignidad humana, los derechos

ala igualdad ante la ley, a la no discriminación por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole; altrabajo;a la identidad étnica y cultural; al uso del propio idioma ante cualquier autoridad, entre otros. Derechos que también se encuentran reconocidos en los más importantes instrumentos internacionales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre otros.

8. Si bien estos derechos mencionados, al igual que otros, merecen protección en el Estado Constitucional, las limitaciones a su ejercicio no deben, por ningún motivo, devaluar a la persona humana ni afectar su dignidad. Tampoco los poderes del Estado, los órganos constitucionales autónomos, la justicia y los ciudadanos pueden invocar "presunciones de sospecha" a fin de evitar el análisis de constitucionalidad de las limitaciones impuestas a los derechos fundamentales, pues en un Estado Constitucional tal limitación o restricción de derechos, debe ajustarse a lo razonablemente necesario. Más aun cuando estamos frente a sobre regulaciones que apuestan por menoscabar las oportunidades laborales de un grupo importante de ciudadanos por el solo hecho de ser familiares consanguíneos o afines a servidores o funcionarios públicos, al introducir un criterio de "sospecha" subjetivo que a todas luces resulta inconstitucional, respecto del acceso a puestos de trabajo en el Estado.

Sobre el derecho al trabajo y el acceso a la función pública

9. Antes de pasar a evaluar la norma materia de cuestionamiento a la luz de los derechos fundamentales invocados, considero necesario precisar que, desde mi perspectiva, el primero de los derechos que lesiona es el derecho al trabajo, por cuanto se les impide el acceso al trabajo a un grupo importante de personas por el solo hecho tener una relación de parentesco con el personal del Poder Judicial.

10. El derecho al trabajo principalmente implica dos aspectos fundamentales, el acceder a un puesto de trabajo y el derecho a no ser despedido, salvo que exista una causa que lo justifique (Cfr. Sentencia 1124-2001-AA/TC, Sentencia 3330-2004-PA/TC, Sentencia 00263-2012-PA/TC, Sentencia 03631-2012-PA/TC, Sentencia04879-2012-PA/TC, entre otras.

11. Si bien es cierto que el ejercicio de los derechos fundamentales no es ilimitado, la imposición de límites o restricciones deben resultar razonables a fin de evitar eliminar o vaciar de contenido al derecho materia de limitación.

12. Es pertinente recordar que el Tribunal Constitucional en la Sentencia 00025-2005-PI/TC, analizó el establecimiento de límites al ejercicio del derecho de acceso a la función pública, precisando, entre otras cosas, que su contenido de esencial protección es el acceso o ingreso a la función pública, el ejercicio pleno de la función pública, el ascenso y las condiciones de igualdad en el acceso.

    Asimismo, se precisó que tal derecho no comprende sin más ingresar al ejercicio de la función pública, sino, se encuentra condicionado al cumplimiento de requisitos de admisión establecidos por el legislador, que pueden ser subjetivos, cuando depende de la capacidad de la persona aspirante; y objetivos, cuando implica prescindir de la capacidad laboral del postulante, por aparecer razones obligatorias de interés público. Sin embargo, tales restricciones igualmente deben garantizar la primacía de la Constitución y respetar la vigencia efectiva de los derechos fundamentales.

    Adicionalmente a ello, se estableció que el derecho de acceso a la función pública tiene como principio consustancial el principio de mérito, el cual vincula plenamente al Estado y 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.

    Finalmente, también se dejó sentado en los fundamentos 54 y 55 de dicha sentencia lo siguiente:

> Las condiciones para acceder han de ser iguales. Se configura un mandato de igualdad en la determinación de las condiciones, lo que significa, correspondientemente, la institución de una prohibición de discriminación. Así, *condiciones iguales* significa *condiciones no discriminatorias*.
>
> El acceso en igualdad de condiciones implica, en principio, la lectura sistemática de la exclusión de motivos constitucionalmente prohibidos de discriminación impuesta por el derecho-principio de igualdad (art. 2, inc. 2 de la Constitución). Con ello, ha de concluirse que la igualdad de condiciones supone una prohibición de establecer discriminaciones en motivos de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica, o 'de cualquier otra índole'. De esta forma, *prima facie*, ninguno de estos motivos podría ser considerados razones para el establecimiento de un requisito o procedimiento para el acceso a la función pública.

13. En el caso de autos, se aprecia que la norma materia de cuestionamiento, prohíbe la contratación de los parientes del personal administrativo y jurisdiccional cuando los procesos de selección se realicen en el distrito judicial donde laboran. Es decir, se impide el acceso al trabajo, desde la postulación, únicamente por tener un pariente laborando en el distrito judicial donde se efectuó la convocatoria.

14. Al respecto, surgen las siguientes interrogantes ¿**Qué bien constitucionalmente valioso pretende tutelar la norma en cuestión? ¿Es razonable dicha prohibición con relación a la tutela que pretende brindar? ¿por qué no se aplica la misma incompatibilidad parenteral cuando el proceso de selección se apertura en un distrito judicial distinto?**

15. Como ya he esbozado en líneas anteriores, las restricciones con relación al acceso a la función pública, se deben basar estrictamente en condiciones de acceso, las cuales deben ser razonables y sin establecer aspectos discriminatorios.

16. En el caso en cuestión, la sentencia de mayoría, entiende que la incompatibilidad materia de cuestionamiento, tiene por finalidad combatir el nepotismo (ver fundamento 15), entendido, palabras más o menos, como el acto de privilegiar o favorecer a familiares en la contratación laboral por encima de otros postulantes, sin tomar en consideración sus aptitudes, capacidades y competencias laborales.

17. Sin embargo, explica la mayoría que, la política antinepotismo que contiene la norma en cuestión, resulta razonable pues, se considera que, la contratación de familiares, pese a haberse realizado por un concurso público y objetivo, se encontraría sometido a "***las sospechas sobre interferencias o conflictos de intereses [que] empobrecerían la legitimidad de tal decisión***" (sic, fundamento 18). Y agrega que "***Podría objetarse que se está partiendo de un supuesto devaluativo de la persona o de los servidores públicos. No obstante, este Tribunal considera que en realidad estas medidas antinepotismo no hacen más que responder a una expectativa razonable de la imagen que tal situación puede generar en la opinión pública***" (sic, fundamento 19).

    Sumado a ello, justifica tal postura manifestando que "*en la Administración Pública, y más aun en el contexto del Poder Judicial, las apariencias de imparcialidad son importantes. Así, debe agregarse que no solo los actos de corrupción socavan 'la confianza ciudadana en los servidores de la Nación (…), sino también los contextos proclives a la generación de conflictos de intereses. Son estos aspectos los que las políticas antinepotismo, como la que ahora se analiza pretende combatir*" (sic, fundamento 20). Y, además agrega que "*El nepotismo (…) no solo se manifiesta en*

procesos de contratación o nombramiento. En realidad, las políticas para combatir el nepotismo buscan proscribir, en general, aquellas preferencias dadas a los parientes en el ámbito laboral de la función pública. Preferencias que no se limitan a la contratación o nombramiento. En realidad las preferencias pueden incluir mejoras salariales, mejor trato que al resto de trabajadores, diferenciación en la carga de trabajo, privilegios en el ascenso, entre otros ejemplos" (sic, fundamento 21).

También señala la posición de mayoría que "*los efectos del nepotismo no se generan contextos o situaciones proclives a conflictos de intereses, sino que también* ***pueden*** *perjudicar el correcto funcionamiento de una institución. Un efecto razonablemente previsible es la disminución en la productividad.* ***Si es que*** *los demás trabajadores perciben la preferencia hacia cierto personal originada por el hecho de ser pariente de otro trabajador que, incluso, sin tener formalmente una situación de poder, tiene una influencia indirecta en la toma de decisiones, es claro que los niveles de compromiso hacia el trabajo se verían afectados. (…) Y es que no se trata solamente de considerar aspectos relativos a la contratación o nombramiento de personal, circunstancias en las que, en muchas ocasiones, las reglas formales escritas conviven con reglas no escritas, sino también de tener en cuenta aquellos relacionados con el desempeño, como, por ejemplo, la posibilidad de llamar la atención o, incluso separar o recomendar la separación de un familiar cuando su rendimiento no es acorde a las exigencias de la labor. Así, si un trabajador se mantiene en un cargo o no se le llama la atención a pesar de no estar rindiendo adecuadamente, solamente porque tiene el apoyo de un pariente o familiar –que puede tener un poder formal o material al interior de determinado lugar de trabajo– es razonable pensar que ello afectará el compromiso del resto de trabajadores y, eventualmente, la ética del trabajo*" (sic, fundamentos 23 a 25).

Finalmente, se concluye que las políticas antinepotismo deben incluir al personal que gozan de un "poder material o de influencia en la toma de decisiones" por tener injerencia indirecta para contratar o nombrar personal, esto de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 83 de la Ley del Servicio Civil y su Reglamento, lo cual, según afirma la mayoría, "*sirve para justificar el sustento legal y constitucional de las medidas antinepotismo, en cuanto tiene por finalidad salvaguardar la legitimidad y el buen funcionamiento de las instituciones públicas*" (sic, fundamento 30).

18. En resumen, **todos los argumentos planteados por la mayoría "presumen" la existencia de un favoritismo en la contratación de parientes, para explicar y justificar la prohibición materia de cuestionamiento. Y dicha presunción de favorecimiento la sustentan en la salvaguarda del Poder Judicial como**

institución pública a efectos de legitimar el ejercicio de sus facultades y su buen funcionamiento al evitar conflictos de intereses en la contratación.

19. Al respecto, me llama poderosamente la atención la fórmula que el Legislador ha optado para procurar evitar el nepotismo y que la mayoría pretende justificar, pues, únicamente, se ha regulado prohibiciones de contratación de parientes, generando una especie de "muerte civil por cuestiones parenterales" para aquellas personas que, por lazos consanguíneos, de afinidad, matrimonio o unión de hecho, eventualmente, quisieran participar de la función pública no representativa en determinado espacio geográfico donde labora un familiar. Así, **el artículo bajo análisis "presume" que los parientes de los trabajadores administrativos y jurisdiccionales del Poder Judicial del distrito judicial donde se apertura un proceso de selección de personal, por defecto, son postulantes no calificados para desempeñar las labores requeridas; sin embargo, sí lo serían si postulan a la misma plaza, pero existente en un lugar distante de aquel donde labora su familiar**.

    O sea no, pero sí. **¿Puede justificarse así una política antinepotismo? ¿dónde queda el principio basilar de mérito para el acceso a la función pública?**

20. Respondiendo a la primera interrogante propuesta en el punto 14 *supra*, tenemos que los bienes constitucionales que pretende tutelar la norma cuestionada, según la mayoría, son la legitimidad del Poder Judicial como institución pública frente a la ciudadanía (reputación) y el buen funcionamiento del Poder Judicial al evitar conflicto de intereses.

21. **Desde mi punto de vista, el Poder Judicial como institución se legitima por ejercer sus funciones de manera correcta, apegada a la Constitución y a la ley, y no por el porcentaje de aprobación o desaprobación ciudadana que pueda generar. Me explico. La administración de justicia como tal, no puede preocuparse del qué dirá la ciudadanía sobre el ejercicio de sus funciones, pues por obvias razones, todas las decisiones que adopte pueden ser materia de crítica y escrutinio público, y no por ello, son erradas**. Al respecto, es necesario recordar que la administración de justicia se debe guiar por el buen razonamiento que el juez y sus órganos de auxilio judicial, puedan plasmar en sus decisiones, a la luz de los hechos que se evalúen en cada caso concreto y no por las personas que participan en él.

22. **En tal sentido, el principio de imparcialidad en la elección de personal debe garantizar la elección del mejor postulante, no por su grado de parentesco, sino por los méritos que cualquier persona (incluyendo familiares) puedan**

demostrar en un proceso de selección de personal (cualidades, calificaciones y competencias), a fin de evitar subjetivismos carentes de toda lógica racional.

23. Con relación al buen funcionamiento del Poder Judicial como segundo bien constitucional que la norma cuestionada pretende tutelar, estimo conveniente señalar que, a mi juicio, resulta por demás subjetivo presumir la existencia de "conflictos de intereses" cuando se da la contratación de familiares en el mismo distrito judicial donde ya trabaja su pariente, pues se asume que este recibirá un trato condescendiente por dicha particular condición.

24. **Al respecto considero necesario recalcar que la función públicase trata de trabajar a favor de la ciudadanía de la manera más eficiente y productiva posible a fin de coadyuvar con las finalidades de la entidad pública a la que pertenece. Dicho sentido de empatía con la ciudadanía y con el país de los servidores públicos es mucho más visible en el campo de las fuerzas policiales y fuerzas armadas, por el tipo de formación y disciplina que se les inculca en las diversas escuelas, pero también existe en los demás sectores del Estado, pues trabajar para y por el país, no es una labor a destajo y de solo cumplimiento de metas de productividad, es materializar el proyecto de país que todos los peruanos merecemos para vivir en armonía**.

En tal sentido, no puede perderse de vista que un servidor público es, al final de cuentas, un trabajador al servicio del país, y por ello, en su formación, se requiere características particulares de servicio.

25. **¿Acaso un servidor público con vocación de servicio no puede inculcar en sus hijos y parientes esa vocación? Particularmente, considero que son los servidores públicos con alto sentido de vocación de servicio, los que generan mejores ciudadanos, pues inculcan desde casa, valores cívicos que permiten formar futuros servidores públicos con iguales o mejores cualidades para este servicio. Vetar generaciones de personas por el solo hecho del parentesco, a la larga solo perjudica la vocación de servicio público, pues impide sin justificación alguna, captar a personas que, por experiencia de formación familiar, conocen de cerca la ética en la función pública, el servicio a la Nación y el sacrificio laboral que implica mantener un vínculo laboral con el Estado; y, aun así, todavía consideran la posibilidad de incorporarse a la función pública**.

Por ello, no comprendo el subjetivismo del "conflicto de intereses" que alude la mayoría, pues un padre o madre servidor público de vocación, esperará un desempeño igual o mejor de su familia en el ejercicio dela función pública, pues

por encima del parentesco se encuentra el servicio a la Nación; hecho por el cual, no podría presumirse acciones tendientes a facilitar el trabajo asignado, todo lo contrario, su exigencia será superior, dado la capacidad adicional de formación familiar que tiene.

26. En tal sentido y, respondiendo la segunda y tercera interrogante del punto 14 *supra*, opino que la incompatibilidad contenida en el numeral 3, del artículo 42, de la Ley de Carrera Judicial resulta irrazonable, pues justifica de manera prejuiciosa y negativa la participación de familiares en la función pública, al descalificarlos por razones geográficas, sin observar que existen mecanismos que permitirían evitar no solo el nepotismo como lo entiende la Ley 26771, sino el favoritismo en la función pública en sí mismo, como por ejemplo, el seguimiento permanente y constante de las Oficinas de Control Institucional de cada entidad pública, respecto del cumplimiento de metas en términos de eficiencia y eficacia de la labor de todos los trabajadores y sus familiares –y de sus amistades entre sí–; esto con la finalidad de evitar cualquier tipo de favoritismo en el desempeño de sus funciones. Considero que, medidas de este tipo, permitirían evitar una intervención grave en el derecho al trabajo en cuanto al acceso a la función pública de familiares (muerte civil en la función pública por razones geográficas), y promoverían no solo la vocación de servicio, pues permiten a los familiares a seguir los pasos de parientes que, con antelación, han servido al país cumpliendo cabalmente sus funciones; sino también, se potenciaría las funciones de los órganos de control institucional, cuyo fin es detectar posibles irregularidades en la función pública.

27. Por dichas razones, considero que la norma cuestionada resulta inconstitucional al afectar irrazonablemente el derecho al trabajo y el acceso a la función pública.

Sobre la libertad de trabajo

28. Con relación a la libertad de trabajo, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha venido, con gran acierto, definiendo sus alcances. Así, en el fundamento 26 c, de la Sentencia 00008-2003-PI/TC, se ha precisado que:

> La libertad de trabajo [e]stablecida en el inciso 15) del artículo 2° de la Constitución, se formula como el atributo para elegir a voluntad la actividad ocupacional o profesional que cada persona desee o prefiera desempeñar, disfrutando de su rendimiento económico y satisfacción espiritual; así como de cambiarla o de cesar de ella. Para tal efecto, dicha facultad autodeterminativa deberá ser ejercida con sujeción a la ley. Por ello es que

> existen limitaciones vinculadas con el orden público, la seguridad nacional, la salud y el interés público.
>
> La Constitución asegura el derecho de optar, a condición de que sea lícita, por alguna actividad de carácter intelectual y/o física, con el objeto directo o indirecto de obtener un provecho material o espiritual; tal atributo se extiende a la potestad de posteriormente cambiar o cesar en dicha labor.

Asimismo, en los fundamentos 3 a 5, de la Sentencia 00661-2004-PA/TC, se ha dicho lo siguiente:

> … la Constitución reconoce en el artículo 2° inciso 15, que toda persona tiene derecho a trabajar libremente con sujeción a la ley. Conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, las normas relativas a los derechos y libertades que aquella reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los Tratados Internacionales sobre la misma materia ratificados por el Perú.
>
> En tal sentido, el artículo 23° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos reconoce que toda persona tiene derecho a la libre elección de su trabajo. A su turno, el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales consagra el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado. Por su parte, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, preceptúa en su artículo 7°, literal b), 'el derecho de todo trabajador a seguir su vocación y a dedicarse a la actividad que mejor responda a sus expectativas y a cambiar de empleo, de acuerdo con la reglamentación nacional respectiva'.
>
> En consecuencia, el derecho a la libertad de trabajo comprende de manera enunciativa: el derecho de todo trabajador a seguir su vocación y a dedicarse a la actividad que mejor responda a sus expectativas, la libre elección del trabajo, la libertad para aceptar o no un trabajo y la libertad para cambiar de empleo. En el presente caso la demandante no se encuentra en ninguno de los supuestos descritos.

También se ha manifestado en la Sentencia 08726-2005-AA/TC (fundamento 7), que:

> La libertad de trabajo, en cuanto derecho fundamental, detenta una doble faz. Por un lado, constituye derecho de defensa y, por otro, derecho de

> protección. En cuanto derecho de defensa, proyecta su vinculatoriedad típica, clásica, oponible al Estado y a particulares, como esfera de actuación libre. En cuanto derecho de protección, la libertad de trabajo reconoce a la persona el derecho a una acción positiva, que vincula al Estado a la *protección activa* del bien jusfundamental protegido –libre trabajo– a través del establecimiento de normas, procedimientos e instituciones orientadas a hacer posible el ejercicio de tal derecho fundamental. En virtud de ello se constituye para el Estado y el poder público en general lo que el Tribunal Constitucional alemán ha denominado en su jurisprudencia como 'deber de protección'. Tal deber de protección ha sido acogido por la doctrina jurisprudencial de este Tribunal. Ahora bien, dado que la libertad de trabajo constituye también un derecho de protección, se configura un deber de protección de tal derecho, conforme al cual, el Estado y las municipalidades deben desarrollar o adoptar normas, procedimientos e instituciones, orientadas a la posibilidad de su real, efectivo y pleno ejercicio.

Aunado a este deber de protección, también se ha afirmado, en la Sentencia 01769-2012-PA/TC (fundamentos 3.2 a 3.2.3) lo siguiente:

> En reiterada y uniforme jurisprudencia el Tribunal Constitucional ha desarrollado el contenido esencial de las denominadas libertades económicas que integran el régimen económico de la Constitución de 1993 -libertad contractual, libertad de empresa, libre iniciativa privada, libre competencia, entre otras-, cuya real dimensión, en tanto límites al poder estatal, no puede ser entendida sino bajo los principios rectores de un determinado tipo de Estado y el modelo económico al cual se adhiere.
>
> Consecuentemente, en el caso peruano*, 'esto implica que las controversias que surjan en torno a estas libertades, deban encontrar soluciones sobre la base de una interpretación constitucional sustentada en los alcances del Estado social y democrático de derecho (artículo 43º de la Constitución) y la economía social de* mercado *(artículo 58 de la Constitución). 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 60º reconoce expresamente el pluralismo económico y que la empresa tiene las características de promotora del desarrollo y sustento de la economía nacional'* (*Cfr.* STC. N.º 01405-2010-PA/TC).

> 3.2.1. En este contexto, se ha entendido que la libre iniciativa privada supone "*la asignación de bienes a la actividad productiva, de ahí que sea materia de tutela la libre determinación o la autonomía de decidir si es como emprender o desarrollador tal actividad Económica. Nacional* (*Cfr.* STC. N.° 01405-2010-PA/TC).
>
> 3.2.2. En tanto que, respecto a la facultad de trabajar libremente, se ha entendido que "*el contenido o ámbito de protección del derecho al trabajo constituye la facultad de ejercer toda actividad que tenga como finalidad el sustento vital de la persona*". (Cfr. STC N.º 10287-2005-PA/TC)
>
> 3.2.3. Empero, las citadas libertades no son ilimitadas, ni irrestrictas, *pues deben ser ejercidas en armonía con* otros bienes constitucionales igualmente valiosos basados en la dignidad humana. Así lo ha entendido este Tribunal cuando ha establecido que: "S*i bien la Constitución busca garantizar el máximo respeto al ejercicio de las libertades económicas de los particulares, tal objetivo no puede concebirse de manera absoluta y aislada de la necesidad de protección de otros bienes constitucionales igualmente valiosos basados en la dignidad humana. De ahí que el propio ejercicio de las llamadas libertades económicas no se concibe como fin en si mismo y ajeno al ideal del orden económico y social justo" (Cfr*. STC N.º 0034-2004-AI/TC, fundamento 25).

En tal sentido, a través del Auto 02191-2013-PA/TC (considerando 5), se ha concluido también que

> … el derecho al libre ejercicio de la profesión es uno de aquellos derechos que forma parte del contenido de otro. En concreto, del derecho a la libertad de trabajo, reconocido en el artículo 2 inciso 15, de la Constitución. Como tal, garantiza que una persona puede ejercer libremente profesión para la cual se ha formado, como medio de realización personal.

En esa misma línea, se ha señalado en el fundamento 8, de la Sentencia 00393-2013-PA/TC, que

> … el derecho al trabajo se manifiesta también en el derecho a la libertad de trabajo regulado en el artículo 27.° de la Constitución: es decir, el derecho que poseen todas las personas *'para elegir* la profesión o el oficio que deseen'. Así, el Estado no solo debe garantizar el derecho de acceder a un puesto de trabajo o proteger al trabajador frente al despido arbitrario, sino que, además, debe garantizar la libertad de las personas de elegir la actividad mediante la cual se procuran los medios necesarios para su subsistencia.

29. Como es de verse, la jurisprudencia constitucional abunda en el desarrollo de la tutela del derecho a la libertad de trabajo, tomando en cuenta no solo su condición de derecho fundamental, sino también de libertad económica a fin de garantizar a la persona el libre acceso al trabajo elegido y su capacidad de decidir, con libertad, si acepta o declina realizar dicha actividad.

30. En tal sentido, el establecimiento de normas que restrinjan la libertad de elegir un empleo, requiere una base objetiva que justifique razonable y constitucionalmente tal limitación. Al respecto, la Norma Constitucional es clara al señalar que la libertad de trabajo se desarrolla con sujeción a la ley (artículo 2, inciso 15), es decir, que el ejercicio de este derecho debe darse siempre en condiciones constitucionalmente lícitas, lo cual plantea, al mismo tiempo, el primer ámbito constitucionalmente admitido de restricción de este derecho: lo ilícito. Otros ámbitos de restricción constitucionalmente admitidos son la moral, la salud y la seguridad públicas (artículo 59).

31. Teniendo en cuenta ello, a mi juicio, existe un parámetro constitucional objetivo y razonable que permite al legislador regular, normativamente, causales legítimas y objetivas para establecer límites al derecho a la libertad de trabajo. Claro está que dichas causas constitucionalmente admitidas, en su regulación no pueden afectar otros derechos constitucionales o su contenido constitucionalmente protegido.

32. Ingresando al análisis de la disposición cuestionada, es necesario responder la siguiente pregunta ¿Tener parentesco de consanguineidad o de afinidad por matrimonio o unión de hecho encuadra como un supuesto constitucionalmente admitido para restringir el derecho a la libertad de trabajo, en su faceta de elegir y postular a un trabajo, y desempeñar o desarrollar funciones como servidor público en el Poder Judicial?

33. En primer lugar, como es evidente, la cuestionada regulación no encaja en los supuestos de moral, salud y seguridad públicas que establece el artículo 59 de la Constitución.

34. Sin embargo, el cuestionado impedimento ¿podría ser considerado dentro del espectro de "lo ilícito"?

35. A mi consideración, "lo ilícito" implica situaciones fuera de la legalidad, como, por ejemplo, la contratación de transporte de bienes de contrabando, la esclavitud sexual, la compraventa de bienes robados, entre otros.

36. ¿Puede regularse entonces al parentesco como una causa de restricción constitucionalmente válida del derecho a la libertad de trabajo? ¿Existe una justificación razonable?

37. Si bien puede ser cierto que, en los hechos, algunos funcionarios y servidores públicos con poder de decisión han tenido conductas de favoritismo frente a sus parientes promoviendo, en ocasiones, su contratación en lugar de personal con mejores calificaciones; dicha conducta no justifica, razonablemente, la incorporación de esta situación como una causa ilícita para contratar (con el Poder Judicial en particular y con el Estado en general);todo lo contrario, evidencia la subjetividad que en sí misma contiene, dado que descalifica sin base fáctica alguna, la posibilidad de los parientes de si quiera competir para demostrar sus capacidades para el puesto que pretenden acceder.

38. Desde otra perspectiva ¿resultaría razonable que el Estado no contratara al mejor médico cirujano especialista en cirugía cardiopulmonar por el solo hecho de ser hermano del Ministro de Salud? A mi juicio no, pues el Estado estaría perdiendo al mejor profesional que pudiera captar para dicho sector, solo por una presunción de favoritismo carente de base fáctica y jurídica, perjudicando directamente las posibles mejoras del servicio de salud que pudieran darse en favor de la población.

39. **Si bien es cierto que normas como las aquí impugnadas, pretenden de algún modo evitar un mal uso de los recursos públicos en la contratación de personal deficiente, dicha razón no justifica de modo suficiente la creación de este impedimento como restricción del derecho a la libertad de trabajo de los parientes de funcionarios y servidores públicos, debido a que el desarrollo eficiente de capacidades en el trabajo debe medirse específicamente por el resultado que cada trabajador rinde en el ejercicio de sus funciones y no por el hecho real y hasta casual de mantener un parentesco**.

40. En todo caso, y pese a que la conducta de contratación de parientes de funcionarios y servidores públicos puede resultar reprochable, considero que existen medidas menos gravosas que permiten llegar al mismo resultado que la cuestionada disposición pretende alcanzar, pues basta que cada entidad pública inicie los respectivos procedimientos de supervisión y evaluación laboral a fin de separar a aquel personal deficiente de conformidad con la normatividad laboral vigente. Siendo, en todo caso, importante la participación de la Contraloría General y los órganos de control institucional a fin de hacer seguimiento al personal que no cumple con las metas requeridas, esto a modo de colaboración en la mejora de los servicios que el Estado debe brindar con eficiencia.

41. Por tales razones, a mi juicio, disposiciones como la contenida en el inciso 3, del artículo 42 de la Ley de la Carrera Judicial, resultan inconstitucionales dado que carecen de una justificación razonable para restringir el derecho a la libertad de trabajo de personas con parentesco, al descalificar automáticamente su posibilidad de participación en procesos de selección de personal, razón por la cual, opino por declarar fundada la demanda en este extremo.

Sobre el principio de igualdad de oportunidades sin discriminación

42. Por otro lado, y dado que también se ha invocado como lesionado el principio de igualdad de oportunidades sin discriminación, a continuación, analizaré dicho extremo de la demanda.

43. Con relación al citado principio, el Tribunal Constitucional en la Sentencia 00008-2005-PI/TC (fundamento 26) ha señalado lo siguiente:

> La igualdad de oportunidades –en estricto, igualdad de trato– obliga a que la conducta ya sea del Estado o los particulares, en relación a las actividades laborales, no genere una diferenciación no razonable y, por ende, arbitraria.
>
> En ese sentido, la discriminación en materia laboral aparece cuando se afecta al trabajador en sus características innatas como ser humano (lo propio y privativo de la especie), o cuando se vulnera la cláusula de no discriminación prevista por la Constitución.
>
> Miguel Rodríguez Piñeiro y Mejía Fernández López (*Igualdad y discriminación*. Madrid, Tecnos, 1986, p. 47) exponen que para establecer si una conducta en una empresa es discriminatoria o una diferenciación es razonable, es necesario precisar cuándo dos situaciones reales son equiparables y cuándo sus similitudes predominan sobre sus diferencias.
>
> La discriminación en materia laboral, *strictu sensu,* se acredita por los dos tipos de acciones siguientes:
>
> Por acción directa: la conducta del empleador forja una distinción basada en una razón inconstitucional. En esta hipótesis, la intervención y el efecto perseguibles se fundamentan en un juicio y una decisión carente de razonabilidad y proporcionalidad.
>
> Tal el caso de la negación de acceso al empleo derivada de la opción política o sexual del postulante, por la concesión de mayores beneficios a unos trabajadores sobre otros, por su mera condición de no afiliados a

una organización sindical, el despido por el solo hecho del ejercicio de las actividades sindicales, etc.

Por acción indirecta: la conducta del empleador forja una distinción basada en una discrecionalidad antojadiza y veleidosa revestida con la apariencia de "lo constitucional", cuya intención y efecto perseguible, empero, son intrínsecamente discriminatorios para uno o más trabajadores.

Tal el caso, por ejemplo, de las reglas de evaluación laboral sobre la base de exigencia de conocimientos no vinculados con la actividad laboral del o los trabajadores.

Dichas acciones, proscritas por la Constitución, pueden darse en las condiciones o circunstancias siguientes:

- Acto de diferenciación arbitraria al momento de postular a un empleo.

- Acto de diferenciación arbitraria durante la relación laboral (formación y capacitación laboral, promociones, otorgamiento de beneficios, etc.).

Mediante la Ley N.º 26772, modificada por la Ley N.º 27270, se regulan los actos de discriminación, tanto en el acceso al empleo como en el trato dentro de una relación laboral.

En ese contexto, se proscribe la utilización de criterios de selección que carezcan de una justificación objetiva y razonable; la adhesión a criterios de selección simultáneamente distintos, cuando las situaciones de postulación son idénticas; amén de tratos diferenciados basado en motivos de raza, sexo, religión, opinión, origen social, etc.

Asimismo, en la Sentencia 05652-2007-PA/TC (fundamentos 16 a 21), ha acotado que:

La obligación de no discriminación no debe confundirse con el derecho de toda persona a ser tratada igual ante la ley, tanto en formación de la norma como en su interpretación o aplicación.

Las Naciones Unidas han definido la discriminación como toda "distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en

condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas".

A su vez, el derecho a ser tratado igual ante la ley, consiste en evitar que a una persona se le limite cualquier otro de sus derechos, por los motivos antes mencionados o por otros, de manera injustificada, mientras que el derecho a la igualdad en la aplicación o interpretación de la ley implica que un mismo órgano (jurisdiccional o administrativo) no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, a menos que considere que debe apartarse de sus precedentes, para lo cual debe ofrecer una fundamentación suficiente y razonable que lo justifique.

La igualdad, en tanto principio, es uno de los pilares del orden constitucional que permite la convivencia armónica en sociedad y es también un principio rector de la organización del Estado Social y Democrático de Derecho y de la actuación de los poderes públicos y de los particulares. En tanto derecho implica una exigencia de ser tratado de igual modo respecto a quienes se encuentran en una idéntica situación, debido a que los derechos a la igualdad y a la no discriminación se desprenden de la dignidad y naturaleza de la persona humana.

Cabe destacar que la no discriminación y la igualdad de trato son complementarias, siendo el reconocimiento de la igualdad el fundamento para que no haya un trato discriminatorio. De esta forma, la igualdad de las personas incluye: (i) el principio de no discriminación, mediante el cual se prohíbe diferencias que no se pueda justificar con criterios razonables y objetivos; y (ii) el principio de protección, que se satisface mediante acciones especiales dirigidas a la consecución de la igualdad real o positiva.

Sin embargo, tanto la prohibición de discriminación como el derecho a la igualdad ante la ley pueden implicar tratos diferenciados, siempre que posean justificación objetiva y razonable, es decir, que el tratamiento desigual no conduzca a un resultado injusto, irrazonable o arbitrario. El derecho a la igualdad no impone que todos los sujetos de derecho o todos los destinatarios de las normas tengan los mismos derechos y las mismas obligaciones. Es decir, no todo trato desigual constituye una discriminación constitucionalmente prohibida, sino sólo aquella que no está razonablemente justificada.

Teniendo en cuenta lo señalado, puede concluirse que no todo trato desigual ante la ley es una discriminación constitucionalmente prohibida, puesto

> que no basta con que la norma establezca una desigualdad, sino que ésta no debe ser justificada objetivamente. En este sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado 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".
>
> En conclusión, la prohibición de discriminación es una obligación general de los Estados en materia de derechos humanos, que les impide privar el goce o el ejercicio de los derechos humanos a personas que se encuentren sujetas a su jurisdicción, ya sea por motivos de origen, sexo, raza, color, orientación sexual, religión, opinión, condición económica, social, idioma, o de cualquier otra índole.

Este pleno, reiterando la consolidada jurisprudencia sobre esta materia, ha manifestado en la Sentencia 01423-2013-PA/TC (fundamentos 18 a 20), que el derecho a la igualdad:

> … ostenta la doble condición de principio y de derecho subjetivo constitucional (Cfr.STC N.° 0045-2004-AI, F.J. 20). Como *principio*, constituye el enunciado de un contenido material objetivo que, en tanto componente axiológico del fundamento del ordenamiento constitucional, vincula de modo general y se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico. Como derecho fundamental, constituye el reconocimiento de un auténtico derecho subjetivo, esto es, la titularidad de la persona sobre un bien constitucional; la igualdad oponible a un destinatario. Se trata del reconocimiento de un derecho a no ser discriminado por razones proscritas por la propia Constitución (origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) o por otras ("motivo" "de cualquier otra índole) que jurídicamente resulten relevantes.
>
> La obligación de no discriminación se encuentra prevista de manera expresa en el artículo 1.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el artículo 3 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. La obligación de no discriminación no debe confundirse con el derecho de toda persona a ser tratada igual ante la ley, tanto en la formación de la norma como en su interpretación o aplicación.
>
> Este derecho no garantiza que todos los seres humanos sean tratados de la misma forma siempre y en todos los casos. Como ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, puesto que "la igualdad y la no

discriminación se desprenden de la idea de unidad de dignidad y naturaleza de la persona, es preciso concluir que no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana" (Opinión Consultiva N° 4/84). La igualdad jurídica presupone, pues, dar un trato igual a lo que es igual y desigual a lo que no lo es. De modo que se 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).

44. La disposición en cuestión establece el impedimento de contratación a personas con parentesco con el personal administrativo y jurisdiccional de un mismo distrito judicial, es decir, que sí se permite la contratación de personas bajo esta condición cuando la postulación se ha dado en distritos judiciales distintos. Sin embargo, se prohíbe dicha contratación cuando se trata del mismo distrito judicial **¿qué razón puede resultar constitucionalmente válida para prohibir la contratación de familiares en el distrito judicial donde labora un familiar suyo?**

45. A nivel de un análisis de igualdad de oportunidades, se aprecia que la prohibición impuesta por la norma materia de cuestionamiento, carece de sustento razonable, pues la permisibilidad de la contratación de parientes aplica de manera general con la excepción del distrito judicial en donde labora su pariente como funcionario o servidor del Poder Judicial. Sin embargo, **la norma impugnada apunta a evitar que familiares laboren en un mismo distrito judicial, planteando una presunción de favoritismo en la contratación por el solo hecho de que un funcionario o servidor público tenga vínculo parenteral con un posible postulante, lo cual a todas luces resulta arbitrario**.

46. **En efecto, la descalificación de una persona por la sola condición parenteral para la contratación carece de base razonable, pues no puede justificarse el establecimiento de una diferencia de trato entre personas que se encuentran en una misma condición** (postulantes parientes de funcionarios o servidores públicos del Poder Judicial) **por el solo hecho de la localización física o territorial** (el mismo distrito judicial), **dado que ello implicaría establecer una descalificación subjetiva de la persona, no por una condición objetiva especial** (capacidades diferentes, condiciones médicas, por ejemplo), **sino por una situación subjetiva que propende a restringir la empleabilidad de un sector específico de personas por el solo hecho de mantener un vínculo consanguí-**

neo o de afinidad con un funcionario o servidor público que labora en un específico distro judicial.

47. En tal sentido, considero que la norma materia de impugnación lesiona el derecho a la igualdad de oportunidades de los parientes de los servidores y funcionarios administrativos y jurisdiccionales del Poder Judicial que pretendan postular a un proceso de selección de personal, pues se restringe inconstitucionalmente por solo su condición de parientes, su posibilidad de participar y posteriormente, ser contratado, para ejercer funciones en dicho poder del Estado.

48. Por dicha razón, opinó que la disposición materia de demanda es inconstitucional.

Sentido de mi voto

Mi voto es porque se declare FUNDADA la demanda, y, en consecuencia, se declare INCONSTITUCIONAL el artículo 42, inciso 3, de la Ley de Carrera Judicial por contravenir los derechos al trabajo, al acceso a la función pública y a la libertad de trabajo; y el principio de igualdad de oportunidades sin discriminación.

S.

BLUME FORTINI

PLENO JURISDICCIONAL

Expediente 0019-2015-PI/TC

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Del 21 de noviembre de 2019

Caso de la minería ilegal y la minería informal

Ciudadanos c. Poder Ejecutivo

Asunto

Demanda de inconstitucionalidad contra los Decretos Legislativos 1100 y 1105

Magistrados firmantes:

SS.

BLUME FORTINI
MIRANDA CANALES
RAMOS NÚÑEZ
SARDÓN DE TABOADA
LEDESMA NARVÁEZ
FERRERO COSTA

TABLA DE CONTENIDOS

I. ANTECEDENTES

A. Petitorio constitucional

B. Argumentos de las partes

B-1. Demanda

B-2. Contestación de demanda

II. FUNDAMENTOS

§1. Inconstitucionalidad indirecta y bloque de constitucionalidad

668

§2. Análisis sobre la supuesta inconstitucionalidad formal de las normas impugnadas

§3. Análisis sobre la supuesta inconstitucionalidad por el fondo

3.1.- Presunta vulneración del derecho a la igualdad

3.2.- Presunta vulneración de las competencias de los gobiernos regionales

III. FALLO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 21 días del mes de noviembre de 2019, el Tribunal Constitucional, en sesión del Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Blume Fortini (presidente), Miranda Canales (vicepresidente), Ramos Núñez, Sardón de Taboada, Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento del magistrado Ferrero Costa, aprobado en la sesión de Pleno de fecha 5 de setiembre de 2017. Se deja constancia de que el magistrado Espinosa-Saldaña Barrera votará en fecha posterior.

I. ANTECEDENTES

La demanda de inconstitucionalidad fue interpuesta con fecha 7 de agosto de 2015, por dieciséis mil quinientos cincuenta y un ciudadanos debidamente representados, contra el Decreto Legislativo 1100, que regula la interdicción de la minería ilegal en toda la República y establece medidas complementarias; y, el Decreto Legislativo 1105, que establece disposiciones para el proceso de formalización de las actividades de la pequeña minería y minería artesanal; publicados en el diario oficial *El Peruano* los días 18 de febrero y 19 de abril del año 2012, respectivamente.

A. Petitorio constitucional

De la demanda fluye que la pretensión de los ciudadanos recurrentes es que se declare la inconstitucionalidad de los Decretos Legislativos 1100 y 1105, alegando principalmente que el Poder Ejecutivo ha legislado excediendo las facultades delegadas en la ley autoritativa y vulnerando los principios relacionados con la separación de poderes y la jerarquía normativa. Alegan también que se ha afectado el derecho a la igualdad y la competencia de los gobiernos regionales.

B. Argumentos de las partes

Las partes presentan los argumentos sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la disposición impugnada que se resumen a continuación:

B-1. Demanda

La demanda se sustenta en los siguientes argumentos:

- Los ciudadanos recurrentes señalan que se ha vulnerado el artículo 104 de la Constitución, por cuanto al expedir los Decretos Legislativos impugnados no se respetaron las materias específicas que fueron delegadas al Poder Ejecutivo mediante la respectiva ley autoritativa: Ley 29815.
- Indican que el Decreto Legislativo 1100 definió a la minería ilegal en su artículo 3, y que posteriormente el Decreto Legislativo 1105, en su artículo 2, modificó dicha definición, vinculando la pequeña minería y la minería artesanal con la minería ilegal. Asimismo, sostienen que la definición de tales conceptos no se encontraba dentro de las materias que fueron delegadas.
- Los recurrentes afirman que dichos conceptos se han regulado de manera discriminatoria, vulnerando su derecho a la igualdad, en tanto establecen que incurre en ilegalidad quien usa equipo y maquinaria que no corresponde a las características de la actividad minera que desarrolla, pero limita el alcance de la previsión a la pequeña minería y la minería artesanal. Sin embargo, a los incumplimientos de la mediana y gran minería del régimen general, no se les atribuye el carácter de ilegal, con las consecuencias penales que ello implica.

- Por otro lado, argumentan que se han excedido las facultades concedidas mediante la ley autoritativa, al regular el proceso de formalización minera. Alegan que este ya se encontraba normado por la Ley 27651, por lo que regularlo no se encuentra dentro de los alcances de las facultades delegadas al Poder Ejecutivo por la Ley 29815.
- Sostienen que los conceptos de minería ilegal e informal introducidos con las normas impugnadas, al haber excedido y, por lo tanto, vulnerado la ley autoritativa, son inválidos; lo que ocasionaría que todos los aspectos relacionados a la interdicción de la minería ilegal carezcan de validez y eficacia.
- Asimismo, señalan que la Ley 29815, no delegó facultades para modificar la regulación de la pequeña minería y la minería artesanal y sin embargo, los artículos 9 y 10 del Decreto Legislativo 1100, así como el artículo 19 del Decreto Legislativo 1105, han incluido disposiciones relacionadas con dicha materia; por lo que afirman que se han excedido los límites de las materias delegadas por la Ley 29815.
- Agregan que el artículo 19 del Decreto Legislativo 1105, que establece la obligación para el pequeño productor minero y el productor minero artesanal, con

concesiones mineras otorgadas hasta el 20 de abril de 2012, de acreditar la realización de operaciones mineras a su cargo dentro de un plazo de dos años, vulnera su derecho a la igualdad, toda vez que ese deber no se aplica a ningún otro titular minero.

- Alegan que se ha vulnerado el artículo 43 de la Constitución, que consagra el principio de separación de poderes, debido a que el Poder Ejecutivo habría legislado sobre materias que no fueron objeto de delegación, por lo que habría asumido competencias que son exclusivas del Poder Legislativo.
- Sostienen, además, que se habría vulnerado el artículo 51 de la Constitución, que consagra la supremacía de dicha norma sobre la ley. Señalan que, al legislar más allá de la materia delegada, se aprobaron normas legales de forma contraria a la Constitución y por ende se afectó su supremacía normativa.
- Los ciudadanos demandantes, por otra parte, afirman que se ha vulnerado el principio de seguridad jurídica, en el sentido de que la emisión de los decretos legislativos impugnados, ha afectado la expectativa razonablemente fundada respecto de cuál será la actuación de los poderes públicos, y la predictibilidad de sus conductas.

- Alegan que con el artículo 10 del Decreto Legislativo 1100, se vulnera la autonomía de los Gobiernos Regionales respecto de la promoción y regulación de la actividad minera, al asignar competencias a entidades como el OEFA, el Ministerio de Trabajo y el Osinergmin por lo que se habrían vulnerado los artículos 191 y 192, inciso 7, de la Constitución.
- En la demanda se señala, por último, que la obligación de contar con un informe favorable del Ministerio de Energía y Minas para ser calificado como pequeño productor minero o productor minero artesanal, regulado en el inciso 5 del artículo 9 del Decreto Legislativo 1100, incide indirectamente en las competencias de los gobiernos regionales, pues consagraría al Ministerio de Energía y Minas como un supervisor de aquellos; vulnerando su autonomía.

B-2. Contestación de demanda

La defensa de la constitucionalidad de los decretos legislativos corresponde al Poder Ejecutivo, el que a través de su Procuradora Pública Adjunta Especializada en Materia Constitucional, designada mediante Resolución Suprema 121-2015-JUS, contesta la demanda basándose en los siguientes argumentos:

- Respecto a las materias delegadas, señala que los literales "a" y "b" incluidos en el numeral 1 del artículo 2 de la Ley 29815, autorizan la aprobación de normas

relacionadas con el uso del espacio geográfico destinado a la actividad minera para garantizar la gestión responsable de los recursos mineros. Se habilita también la posibilidad de emitir normas relacionadas con la regulación de las zonas en donde no debe realizarse la actividad minera, la suspensión del otorgamiento de concesiones en estas, el uso de dragas y otros artefactos similares, autorizando expresamente la emisión de medidas conexas.

- Asimismo, añade que el literal "a" incluido en el numeral 2 de dicha norma, ha dispuesto la emisión de un nuevo marco legal sustantivo en relación con la lucha contra el crimen organizado vinculado a la minería ilegal. Sostiene lo señalado implica definir la conducta a tipificarse como delito, así como las obligaciones que tienen las personas en relación con la formalización de la minería, y las circunstancias en las que esta se desarrolla.

- A propósito de los argumentos vertidos sobre la inconstitucionalidad de los artículos 9 y 10 del Decreto Legislativo 1100, así como de los artículos 3 y 19 del Decreto Legislativo 1105, referidos a una supuesta inconstitucionalidad formal por haber excedido las materias delegadas en la ley autoritativa; señala que la parte demandante ha obviado tener presente las especificaciones establecidas en el artículo 2 de la ley autoritativa (literales "a" y "b" del numeral 1 y literal "a" del numeral 2).

- Indica que la erradicación de la minería ilegal supone establecer las disposiciones necesarias para identificarla, los procedimientos para fiscalizar y sancionar, y para aquellos casos en los que que pueda formalizarse la actividad, prever los procedimientos respectivos. Agrega que esto implica el establecimiento de reglas que deben cumplirse por quienes realizan la actividad sobre todo en aquel sector en donde la fiscalización es necesaria.

- En este sentido, afirma que no se ha contravenido la Ley 29815, que delega en el Ejecutivo facultades legislativas en materia de minería ilegal, debido a que los decretos legislativos impugnados han sido expedidos de conformidad a los numerales 1 (literales "a" y "b") y 2 (literal "a") del artículo 2 de la ley autoritativa.

- Por otro lado, respecto a la supuesta vulneración del principio de no discriminación en el tratamiento que reciben las personas naturales o jurídicas que se dedican a la actividad minera de pequeña escala y a la minería artesanal, respecto de la mediana y gran minería; explica que, conforme a los artículos 38 y 39 de la Ley General de Minería, existe una diferencia notable entre ambos, relacionada a su producción y otros factores.

- Asimismo, agrega que el artículo 91 de la Ley General de Minería ha establecido las condiciones que deben cumplirse para ser considerados pequeños productores mineros y productores mineros artesanales. Concluye señalando que, al encontrarse en una situación diferente, no existe término de comparación válido; por lo que debería desestimarse la demanda en este extremo.
- Sin perjuicio de lo señalado, y respecto a la supuesta inconstitucionalidad del artículo 2 del Decreto Legislativo 1105, sostiene que la norma no señala que los pequeños mineros o los mineros artesanales sean los únicos susceptibles de realizar minería ilegal, sino que debe entenderse en el sentido de que todos los actos regulados, incluso los de la mediana y gran minería, son susceptibles de incurrir en responsabilidad penal. Por consiguiente, afirma que no se ha acreditado la supuesta discriminación alegada.
- Además, señala que el artículo 19 del Decreto Legislativo 1105 no es discriminatorio en tanto regula de manera específica el procedimiento de fiscalización y supervisión de la pequeña minería, así como de la minería artesanal. Agrega que la supervisión a cargo de OEFA y Osinergmin de las actividades de la gran y mediana minería tienen su procedimiento específico previsto en la ley, debido a la diferencia entre estas y las primeras, que ya fue señalada.
- Por otra parte, sobre la supuesta inconstitucionalidad del artículo 9 del Decreto Legislativo 1100 por haber afectado las competencias de los gobiernos regionales reconocida en los artículos 191 y 192 de la Constitución; señala que lo único que el dispositivo impugnado ha previsto es un requisito adicional para ser considerado pequeño productor minero o minero artesanal, lo que está permitido, al ser una modificación de una norma por otra que también tiene rango legal.
- Por último, la Procuradora del Poder Ejecutivo señala que el artículo 10 del Decreto Legislativo 1100 no vulnera las competencias de los gobiernos regionales, debido a que OEFA solo puede efectuar una fiscalización ambiental en el caso que se incumpla alguno de los tres requisitos para ser considerado pequeño minero o minero artesanal.
- Concluye sosteniendo que la competencia para fiscalizar a la pequeña minería y la minería artesanal permanece en el ámbito de los gobiernos regionales.

II. FUNDAMENTOS

§ 1. Inconstitucionalidad indirecta y bloque de constitucionalidad

1. De conformidad con el artículo 75 del Código Procesal Constitucional, la infracción contra la jerarquía normativa de la Constitución puede ser: i) directa o indirecta, ii) de carácter total o parcial, y iii) tanto por la forma como por el fondo.

2. La infracción directa se produce cuando la norma legal resulta contraria a lo establecido o prohibido, expresamente, por una disposición constitucional. Así, el parámetro de control que permitirá verificar la constitucionalidad o inconstitucionalidad del dispositivo legal, se reducirá única y exclusivamente a la Norma Fundamental.

3. En cambio, en el caso de la inconstitucionalidad indirecta se requiere recurrir a disposiciones de rango legal por cuanto la regulación específica de la materia en controversia no fue abordada en la Constitución, sino que lo ha sido por normas legales aprobadas de conformidad con el marco dispuesto por aquella.

4. En casos como estos, el análisis de constitucionalidad no puede basarse en un mero juicio de compatibilidad directa entre la norma cuestionada y la Constitución, sino que su análisis requerirá que se verifique su conformidad con una norma legal perteneciente al parámetro o bloque de constitucionalidad.

5. Estas disposiciones, del mismo rango que la norma sujeta a control, a las que se deben recurrir para resolver el caso se denominan normas interpuestas. Estas últimas conforman un esquema trilateral, donde el parámetro de control está constituido por la propia Constitución y la denominada norma interpuesta, en tanto que la ley o norma con rango de ley es la disposición objeto de control.

6. Al igual que en la mayoría de los actuales sistemas constitucionales, en nuestro ordenamiento jurídico, si bien el órgano estatal típico de la función legislativa es el Poder Legislativo (artículo 102.1 de la Constitución), esta facultad también puede ser desarrollada por otro poder del Estado (el Poder Ejecutivo) mediante decretos legislativos, previa delegación explícita y específica de facultades por el Congreso.

7. Dicha delegación, por cierto, no supone la renuncia de este último a la función legislativa encomendada por la Constitución, ni que durante el lapso que dure la delegación el Congreso carezca de la competencia para ejercer dicha función, por cuanto no es posible que un Poder del Estado o alguno de sus órganos

constitucionales pueda transferir de manera absoluta a otro una competencia que la Constitución le ha asignado.

8. Asimismo, la delegación de facultades tampoco supone que el Poder Ejecutivo legisle en representación, por cuenta o en nombre del Congreso, sino que se trata del ejercicio autónomo de una facultad de aquel, toda vez que la legislación ejecutiva delegada es la materialización del ejercicio de la competencia de ejercer función legislativa con que la Constitución ha investido al Poder Ejecutivo.

9. El artículo 104 de la Constitución establece que:

> El Congreso puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante decretos legislativos, sobre la materia específica y por el plazo determinado establecidos en la ley autoritativa. No pueden delegarse las materias que son indelegables a la Comisión Permanente. Los decretos legislativos están sometidos, en cuanto a su promulgación, publicación, vigencia y efectos, a las mismas normas que rigen para la ley […].

10. Lo señalado supone que, de acuerdo con nuestro sistema constitucional, el ejercicio de dicha competencia se encuentra sujeto a determinados límites, tales como que la delegación legislativa debe ser concedida mediante ley autoritativa (límites formales), debe contener la indicación específica de la materia que se delega (límites materiales), así como el establecimiento de un plazo determinado (límites temporales).

11. Con relación a los límites materiales, este Tribunal considera que dicha exigencia se encuentra cumplida con la mención o indicación de la materia específica que se ha delegado, la cual puede estar referida a una o varias áreas del Derecho.

12. La Constitución no impone la obligación de desarrollar o exponer de manera detallada o minuciosa el contenido que se debe incluir en el decreto legislativo, puesto que una exigencia de esa naturaleza convertiría en innecesaria la existencia misma de la delegación de facultades y la expedición del decreto legislativo.

13. En cambio, lo que sí proscribe la Constitución es el uso o empleo de fórmulas manifiestamente generales, indefinidas o imprecisas. Asimismo, el contenido normativo que expresa la ley autoritativa debe ser determinado considerando, de un lado, la propia facultad delegada, y, de otro, el objetivo de ésta (cfr. Sentencia 0002-2010-PI/TC, fundamento 6).

14. Ahora bien, dado que la Constitución encarga a la ley autoritativa establecer los límites que se deben observar en la emisión de la legislación delegada, dicha ley habilitante cumple la función de una norma 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. (STC 0020-2005-PI/TC, fundamento 27).

15. En tal condición, la ley autoritativa conforma parte del parámetro con el cual cabe que se analice la constitucionalidad de los decretos legislativos expedidos.

16. De lo expuesto se deduce que si la disposición impugnada no resulta directamente conforme con la denominada norma interpuesta (que en el presente caso es la ley autoritativa, Ley 29815) será contraria, indirectamente, a la Constitución.

§2. Análisis sobre la supuesta inconstitucionalidad formal de las normas impugnadas

17. En lo que se refiere al caso de autos, la parte demandante ha solicitado que se declare la inconstitucionalidad por la forma de los decretos legislativos 1100 y 1105, debido a que supuestamente estos habrían excedido las materias delegadas por la ley autoritativa.

18. A continuación, se debe analizar cuáles fueron las materias delegadas. En los literales "a" y "b" del inciso 1 correspondiente al artículo 2 de la ley 29815, que delega facultades en materias de minería ilegal, se dispone que el Poder Ejecutivo podrá legislar respecto a:

> 1. Interdicción de la minería ilegal, en relación a:
>
> a. Uso y ocupación del ámbito geográfico nacional que se asigna a la actividad minera destinado a una gestión responsable de los recursos mineros.
>
> b. Regulación de zonas de exclusión minera, suspensión de otorgamiento de concesiones en estas, uso de dragas y otros artefactos similares y medidas conexas.

19. Los ciudadanos demandantes han alegado que con los decretos legislativos impugnados se ha vulnerado el artículo 104 de la Constitución, referido a los requisitos que se deben respetar en la delegación de funciones legislativas; en cuanto no se habría ceñido al ejercicio de las materias señaladas explícitamente en la ley autoritativa.

20. Este Tribunal Constitucional tiene resuelto que en la delegación de facultades se debe delimitar con suficiente claridad los confines de la materia sobre la que se autoriza legislar al Ejecutivo, sin que se requiera precisión literal (cfr. Sentencia 0022-2011-PI/TC, fundamento 20).

21. Del texto del Decreto Legislativo 1100, se desprende que su objeto está dirigido a "la interdicción de la minería ilegal"; y, por otro lado, a declarar que "el Estado promueve el ordenamiento y la formalización con inclusión social de la minería a pequeña escala" (artículo 1).

22. Este Tribunal entiende que el objeto de dicha norma está claramente dentro de las facultades delegadas en el inciso 1 del artículo 2 de la Ley 29815, por lo que la inconstitucionalidad por la forma del Decreto Legislativo 1100 debe ser desestimada.

23. En relación con el Decreto Legislativo 1105, se advierte que tiene por finalidad establecer disposiciones complementarias para el proceso de formalización de las actividades de pequeña minería y minería artesanal.

24. Al respecto, la facultad de legislar sobre "el uso y ocupación del ámbito geográfico que se asigna a la actividad minera destinado a una gestión responsable de los recursos mineros", contenida en el literal "a" del 2.1 de la ley autoritativa, permite que se puedan dictar medidas que busquen la formalización de la pequeña minería. Por lo tanto, la inconstitucionalidad formal de la totalidad Decreto Legislativo 1105 también debe ser rechazada.

25. Por otra parte, los ciudadanos demandantes alegan que algunas disposiciones específicas de los decretos legislativos impugnados resultarían también inconstitucionales por la forma. Para resolver dicha cuestión habrá que tomar en cuenta el mismo parámetro de control analizado *supra.*

26. Respecto del artículo 2 del Decreto Legislativo 1105, que introduce las definiciones de minería ilegal e informal, debe tenerse en cuenta que el punto "b" del artículo 2.1 de la ley autoritativa, ha previsto la regulación de "medidas conexas" con la regulación de la minería.

27. La interdicción de la minería ilegal hace necesaria una definición de esta conducta y de algunos conceptos relacionados, para no incurrir en una discrecionalidad que pueda derivar en arbitraria. Por tanto, la delimitación de estos conceptos puede ser calificada como una medida conexa con el resto de las materias delegadas, por lo que en este extremo no se ha vulnerado la ley autoritativa.

28. Los ciudadanos recurrentes sostienen que los artículos 9 y 10 del Decreto Legislativo 1100, así como el artículo 19 del Decreto Legislativo 1105, que regulan el ordenamiento, la formalización y la actividad de los pequeños productores mineros y de los mineros artesanales, se refieren a materias respecto de las cuales no existió delegación de facultades.

29. Este Tribunal considera que las disposiciones relativas a la regulación de los pequeños productores mineros y a los pequeños mineros artesanales está relacionada con el proceso de formalización de estos; que, a su vez, se vincula con el "uso y ocupación del ámbito geográfico nacional que se asigna a la actividad minera destinado a una gestión responsable de los recursos mineros", que se dispuso en el literal "a" del artículo 2.1. de la ley autoritativa.

30. De otro lado, también se ha sostenido que se habría vulnerado el principio de separación de poderes, consagrado en el artículo 43 de la Constitución, debido a que se habría legislado sobre materias que no fueron objeto de delegación y por lo tanto, el Poder Ejecutivo habría asumido competencias que son exclusivas del Poder Legislativo. Este argumento también debe ser desestimado, porque, como ya ha sido señalado, el Poder Ejecutivo ha legislado dentro del ámbito de la delegación recibida.

31. Por todo lo expuesto, corresponde declarar infundada la demanda respecto de la inconstitucionalidad por la forma de los decretos legislativos 1100 y 1105.

§ 3. Análisis sobre la supuesta inconstitucionalidad por el fondo

32. Los ciudadanos cuestionan la constitucionalidad de los artículos 2 y 19 del Decreto Legislativo 1105 y de los artículos 9 y 10 del Decreto Legislativo 1100 por afectar el derecho a la igualdad y la competencia de los gobiernos regionales.

3.1. Presunta vulneración del derecho a la igualdad

33. Los demandantes alegan que el artículo 2 del Decreto Legislativo 1105 es discriminatorio en tanto establece que incurre en ilegalidad quien usa equipo y maquinaria que no corresponde a las características de la actividad minera que desarrolla, pero limita el alcance de la previsión a la pequeña minería y la minería artesanal. Sin embargo, a los incumplimientos de la mediana y gran minería del régimen general, no se les atribuye el carácter de ilegal, con las consecuencias penales que ello implica.

34. Asimismo, argumentan que el artículo 19 del Decreto Legislativo 1105, que establece la obligación de los pequeños productores mineros y productores

mineros artesanales, con concesiones mineras otorgadas hasta el 20 de abril de 2012, de acreditar la realización de operaciones mineras a su cargo dentro de un plazo de dos años, es discriminatorio en tanto no se le ha impuesto la misma obligación a los demás titulares mineros.

35. Las disposiciones referidas del Decreto Legislativo 1105 establecen lo siguiente:

> **Artículo 2.- Definiciones**
>
> Para efectos de lo establecido en el presente Decreto Legislativo, se define como:
>
> **a) Minería Ilegal**.- Actividad minera ejercida por persona, natural o jurídica, o grupo de personas organizadas para ejercer dicha actividad, usando equipo y maquinaria que no corresponde a las características de la actividad minera que desarrolla (Pequeño Productor Minero o Productor Minero Artesanal) o sin cumplir con las exigencias de las normas de carácter administrativo, técnico, social y medioambiental que rigen dichas actividades, o que se realiza en zonas en las que esté prohibido su ejercicio.
>
> Sin perjuicio de lo anterior, toda actividad minera ejercida en zonas en las que esté prohibido el ejercicio de actividad minera, se considera ilegal.
>
> Esta definición sustituye la definición de minería ilegal contenida en el Artículo 3 del Decreto Legislativo Nº 1100.
>
> **b) Minería Informal**.- Actividad minera que es realizada usando equipo y maquinaria que no corresponde a las características de la actividad minera que desarrolla (Pequeño Productor Minero o Productor Minero Artesanal) o sin cumplir con las exigencias de las normas de carácter administrativo, técnico, social y medioambiental que rigen dichas actividades, en zonas no prohibidas para la actividad minera y por persona, natural o jurídica, o grupo de personas organizadas para ejercer dicha actividad que hayan iniciado un proceso de formalización conforme se establece en el presente dispositivo.
>
> **Artículo 19.- Disposiciones para Pequeño Productor Minero y Productor Minero Artesanal**
>
> Los Pequeños Productores Mineros y Productores Mineros Artesanales con concesiones mineras otorgadas hasta la fecha de entrada en vigencia del presente Decreto Legislativo, deberán acreditar en un plazo máximo de dos (02) años ante el Gobierno Regional competente, la realización de

operaciones mineras a su cargo. Para el caso de los Pequeños Productores Mineros, la realización de operaciones mineras podrá ser mediante contratos de explotación o de cesión minera.

La acreditación del plazo máximo de dos (02) años a que se refiere el párrafo anterior, también es aplicable a aquellos que han suscrito contratos de explotación o de cesión minera con titulares de concesión minera.

El Ministerio de Energía y Minas emitirá mediante Decreto Supremo, en un plazo máximo de treinta (30) días calendario contados a partir de la entrada en vigencia de la presente norma, las disposiciones complementarias necesarias para la mejor implementación del presente artículo.

36. Para analizar los alegatos de discriminación planteados por los recurrentes, corresponde comenzar tomando en cuenta que el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución establece 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".

37. Tal como ha sido señalado por este Tribunal Constitucional, el derecho-principio de igualdad no se puede abordar "unidimensionalmente, como una mera exigencia de trato paritario entre personas situadas en condiciones idénticas o similares" (Sentencia 0033-2010-PI/TC, fundamento 12).

38. Contrariamente a lo que pudiera desprenderse de una interpretación literal de la norma establecida en el artículo 2.2 de la Constitución, se trata de un derecho fundamental que no consiste en la facultad de las personas para exigir un trato igual a los demás, sino de que sean tratadas de igual modo a quienes se encuentran en una idéntica situación (cfr. Sentencia 0048-2004-PI/TC, fundamento 59).

39. De ahí que la jurisprudencia de este Tribunal haya desarrollado el discernimiento entre dos categorías jurídico-constitucionales: diferenciación y discriminación.

40. Este órgano de control de la Constitución tiene resuelto que la discriminación es el trato diferenciado que se da a una persona por determinadas cuestiones, lo que imposibilita su acceso a oportunidades esenciales a las que otros, en su misma condición, tienen derecho (cfr. Sentencia 0090-2004-AA/TC, fundamento 43).

41. Ello coincide con la línea esbozada por la Oficina del Alto Comisionado para Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas, que describe el tér-

mino discriminación como "toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas" (Observación General 18, Comentarios Generales, 37 Período de sesiones, 1989, n.° 7).

42. La diferenciación, en cambio, está constitucionalmente permitida siempre y cuando el trato desigual se funde en causas objetivas y razonables. Por el contrario, si tal desigualdad de trato no resulta razonable ni proporcional, se estará ante una discriminación, esto es, frente a una desigualdad de trato constitucionalmente intolerable (cfr. Sentencia 0048-2004-PI/TC, fundamento 62).

43. En la sentencia recaída en el Expediente 0045-2004-PI/TC, el Tribunal concluyó que el trato diferenciado dejaba de constituir una distinción constitucionalmente permitida cuando ésta carecía de justificación en los términos que demanda el principio de proporcionalidad (cfr. fundamento 31, *in fine*).

44. Si, como se lleva dicho, el principio de igualdad constitucionalmente garantizado no impone el trato idéntico de todos los sujetos sino un trato igualitario de los que se encuentran en la misma condición, esto implica que quien invoca la afectación de tal principio debe demostrar dos cosas:

    a. El trato diferente; y

    b. Que se encuentra en la misma condición que quien recibió el trato diferente.

45. En tal sentido, este Tribunal afirmó que para determinar la existencia de una diferenciación jurídicamente relevante debe constatarse que se aplica diferente trato a quienes se encuentran en condiciones iguales; o un trato homogéneo a quienes se encuentran en diferente situación, lo que vendría a constituir una violación del principio de igualdad por indiferenciación (cfr. Sentencia 02437-2013-PA/TC, fundamento 26).

46. 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*).

47. 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.

48. El derecho a la igualdad constituye un principio básico del Estado constitucional, además de ser un derecho fundamental. Asimismo, este Tribunal ha establecido que el principio-derecho de igualdad "no posee una naturaleza autónoma sino relacional, es decir, que funciona en la medida en que se encuentre relacionada con el resto de derechos, facultades y atribuciones constitucionales y legales" (Sentencia 0023-2005-PI/TC, fundamento 74). Así, el examen sobre la vulneración del principio–derecho de igualdad está relacionado con el examen sobre la vulneración de otros derechos.

49. Efectivamente, el principio de igualdad opera como un mecanismo que permite asegurar el goce real, efectivo y pleno del conjunto de derechos que la Constitución y las leyes reconocen y garantizan a todos los sujetos, aunque sin perder de vista lo ya dicho en torno a las diferenciaciones legítimas.

50. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que el reconocimiento del derecho a la igualdad implica, simultáneamente, la interdicción de la arbitrariedad, que ha sido definida en la jurisprudencia de este órgano de control de la Constitución como carencia de fundamentación objetiva o, dicho en otros términos, "como aquello desprendido o ajeno a toda razón" (Sentencia 0090-2004-AA/TC, fundamento 12).

51. Como ya se señalara, en el presente caso los demandantes sostienen que existe discriminación en contra de los pequeños productores mineros y productores mineros artesanales, respecto a la mediana y gran minería.

52. A fin de analizar dicho alegato, debe tenerse en cuenta que en el artículo III del Título del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería (Decreto Supremo 014-92-EM), se establece que en nuestro ordenamiento jurídico existen cuatro categorías de actividad minera: minería artesanal, pequeña minería, mediana minería y gran minería.

53. En tal sentido, el artículo 91 de dicho cuerpo normativo señala las condiciones que deben cumplirse para ser calificado como pequeño productor minero o productor minero artesanal:

> **Artículo 91.-** Son pequeños productores mineros los que:
>
> 1. En forma personal o como conjunto de personas naturales, o personas jurídicas conformadas por personas naturales o cooperativas mineras o

centrales de cooperativas mineras se dedican habitualmente a la explotación y/o beneficio directo de minerales; y

2. Posean, por cualquier título, hasta dos mil (2,000) hectáreas, entre denuncios, petitorios y concesiones mineras; y, además.

3. Posean, por cualquier título, una capacidad instalada de producción y/o beneficio no mayor de trescientas cincuenta (350) toneladas métricas por día. En el caso de los productores de minerales no metálicos y materiales de construcción, el límite máximo de la capacidad instalada de producción y/ o beneficio será de hasta un mil doscientas (1,200) toneladas métricas por día.

En el caso de los yacimientos metálicos tipo placer, el límite máximo de la capacidad instalada de producción y/o beneficio, será de tres mil (3,000) metros cúbicos por día.

Son productores mineros artesanales los que:

1. En forma personal o como conjunto de personas naturales o personas jurídicas conformadas por personas naturales, o cooperativas mineras o centrales de cooperativas mineras se dedican habitualmente y como medio de sustento, a la explotación y/o beneficio directo de minerales, realizando sus actividades con métodos manuales y/o equipos básicos; y

2. Posean, por cualquier título, hasta un mil (1,000) hectáreas, entre denuncios, petitorios y concesiones mineras; o hayan suscrito acuerdos o contratos con los titulares mineros según lo establezca el reglamento de la presente ley; y, además;

3. Posean, por cualquier título, una capacidad instalada de producción y/o beneficio no mayor de veinticinco (25) toneladas métricas por día. En el caso de los productores de minerales no metálicos y de materiales de construcción, el límite máximo de la capacidad instalada de producción y/o beneficio será de hasta cien (100) toneladas métricas por día.

En el caso de los yacimientos metálicos tipo placer, el límite máximo de capacidad instalada de producción y/o beneficio será de doscientos (200) metros cúbicos por día.

La condición de pequeño productor minero o productor minero artesanal se acreditará ante la Dirección General de Minería mediante declaración jurada bienal.

54. Por otro lado, el artículo 38 de la misma norma dispone:

> De conformidad con lo dispuesto por el Artículo 66 de la Constitución Política del Perú, por ley orgánica se fijan las condiciones de la utilización de los recursos naturales y su otorgamiento a particulares estableciéndose por lo tanto que la concesión minera obliga a su trabajo, obligación que consiste en la inversión para la producción de sustancias minerales.
>
> La producción no podrá ser inferior al equivalente a una UIT por año y por hectárea otorgada, tratándose de sustancias metálicas y del equivalente al 10% de la UIT por año y por hectárea otorgada, tratándose de sustancias no metálicas. En el caso de pequeños productores mineros la producción no podrá ser inferior al equivalente a 10% de la UIT por año y por hectárea otorgada en caso de sustancias metálicas y de 5% de la UIT por año y por hectárea en el caso de la minería no metálica. Para el caso de productores mineros artesanales la producción no podrá ser inferior al 5% de la UIT por año y por hectárea otorgada sea cual fuere la sustancia. La producción deberá obtenerse no más tarde del vencimiento del décimo año, computado a partir del año siguiente en que se hubiera otorgado el título de concesión. La producción deberá acreditarse con liquidación de venta.

> Tratándose de ventas internas, las liquidaciones deberán ser extendidas por empresas de comercialización o de beneficio debidamente inscritas en los Registros Públicos.
>
> Dichas liquidaciones de venta deberán presentarse ante la autoridad minera en el formulario proporcionado por ésta, hasta el 30 de junio del siguiente año, respecto a las ventas del año anterior"

55. Por último, el artículo 39 establece lo siguiente:

> A partir del año en que se hubiere formulado el petitorio, el concesionario minero estará obligado al pago del Derecho de Vigencia.
>
> El Derecho de Vigencia es de US$ 3,00 o su equivalente en moneda nacional por año y por hectárea solicitada u otorgada.
>
> Para los pequeños productores mineros, el Derecho de Vigencia es de US$ 1.00 o su equivalente en moneda nacional por año y por hectárea solicitada u otorgada. Para los productores mineros artesanales el Derecho de Vigencia es de US$ 0.50 o su equivalente en moneda nacional por año y por hectárea solicitada u otorgada [...].

56. Por otro lado, el inciso g) del artículo 1 del Decreto Supremo 002-91-EM-DGM, define al Mediano Productor Minero de la siguiente manera:

> [S]e considera mediano productor al que se encuentra en producción dentro del rango de 350 TM/día hasta 5000 TM/día o su equivalente en capacidad de tratamiento en el caso de titulares de concesiones de beneficio y/o refinación, tomando en cuenta todas las unidades de producción y plantas de beneficios y/o refinación en el país del titular de actividades mineras.

57. De acuerdo con lo señalado en el "Panorama de la Minería en el Perú" elaborado por OSINERGMIN en setiembre de 2007 (página 68), la mediana y gran minería solo se distinguen en función al volumen de producción mínima y máxima de la mediana minería, especificada en la norma precitada (cfr. http://www.osinergmin.gob.pe/seccion/centro_documental/Institucional/Estudios_Economicos/Libros/Libro_Panorama_de_la_Mineria_en_el_Peru.pdf; consulta: 29-10-2019).

58. En tal sentido, tenemos que las características de cada una de las actividades mineras son las siguientes:

Tipo de actividad	**Capacidad productiva por día**	**Tamaño de la concesión**
Minería artesanal	Hasta 25 toneladas métricas	Hasta 1000 hectáreas
Pequeña minería	Más de 25 hasta 350 toneladas métricas	Hasta 2000 hectáreas
Mediana minería	Más de 350 hasta 5000 toneladas métricas	No aplica
Gran minería	Más de 5000 toneladas métricas	No aplica

59. Tal y como se puede apreciar en la tabla, las diferencias entre los pequeños productores mineros y productores mineros artesanales con la gran y mediana minería, son notables, por cuanto existe una marcada distancia en los límites relacionados con su capacidad productiva y en el área poseída.

60. Estas diferencias objetivas se traducen en diversas exigencias respecto de la fiscalización y supervisión de su actividad o en relación con los derechos de vigencia que cada categoría paga por hectárea utilizada, entre otras.

61. En las definiciones del artículo 2, inciso "a", del Decreto Legislativo 1105 se observa que la diferenciación solo alcanza el uso de "equipo y maquinaria que no corresponde a las características de la actividad minera que desarrolla", porque la ilegalidad derivada de no cumplir con las exigencias de las normas de carácter administrativo, técnico, social y medioambiental que rigen dichas actividades y la que se vincula con la realización de actividad minera en zonas en las que esté prohibido su ejercicio, se aplican a todos los ámbitos de la minería, sin ningún tipo de diferencia.

62. Los diferentes niveles de producción permitidos para cada uno de los tipos de actividades mineras previstas en la ley, justifican el uso de diferentes tipos de equipos y maquinarias por lo que la diferenciación en este ámbito no se revela como inconstitucional en tanto que atiende a un criterio objetivo.

63. Lo mismo cabría decir respecto de la definición de minería informal, donde la única diferenciación se refiere al uso de equipos y maquinarias que no corresponde a las características de la actividad minera que se desarrolla, y ello se justifica atendiendo a las diferencias objetivas que existe entre los diferentes tipos de minería.

64. Por último cabe señalar que la informalidad derivada del resto de los factores enumerados en la disposición cuestionada no han sido objeto de tratamiento diferenciado por parte del legislador.

65. En relación con la supuesta discriminación contenida en el artículo 19 del Decreto Legislativo 1105, referida a que la obligación que se impone a los pequeños productores mineros y productores mineros artesanales, no se ha impuesto a la mediana y gran minería, debe tenerse en cuenta que el demandante no ha ofrecido un término de comparación válido de acuerdo con lo señalado *supra*.

66. Por las razones expuestas corresponde declarar infundada la demanda en este extremo.

3.2. Presunta vulneración de las competencias de los gobiernos regionales

67. Los demandantes alegan, además, que el artículo 10 del Decreto Legislativo 1100, afecta la autonomía de los gobiernos regionales al interferir en sus competencias, establecidas en los artículos 191 y 192 de la Constitución Política.

68. La disposición impugnada establece lo siguiente:

> **Artículo 10.- Modificación del artículo 14 de la Ley Nº 27651, Ley de Formalización y Promoción de la Pequeña Minería y la Minería Artesanal**

> Modifíquese el artículo 14 de la Ley Nº 27651, Ley de Formalización y Promoción de la Pequeña Minería y la Minería Artesanal, conforme al siguiente texto:
>
> **Artículo 14.- Sostenibilidad y fiscalización**
>
> Los gobiernos regionales tienen a su cargo la fiscalización, sanción y demás facultades que les han sido transferidas en el marco del proceso de descentralización, de quienes ejercen actividad minera cumpliendo con las tres condiciones previstas en el artículo 91 del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, se encuentren o no acreditados como pequeños productores mineros o productores mineros artesanales ante la Dirección General de Minería. En caso de que cualquiera de las tres condiciones antes mencionadas no se cumpliera, la fiscalización y sanción estará a cargo del OEFA, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo y del Osinergmin, según sus respectivas competencias.
>
> Corresponde al Gobierno Nacional la aprobación de los planes y determinación de las acciones relacionadas con la formalización de las actividades de pequeña minería y minería artesanal, los que serán de obligatorio cumplimiento de las autoridades en los tres niveles de gobierno y de los que ejercen dicha actividad minera.

69. De la lectura de la disposición glosada, no se deriva que la fiscalización de la pequeña minería y de la minería artesanal no corresponda a los Gobiernos Regionales. Estos mantienen tal atribución.

70. Efectivamente, surge con claridad que OEFA, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo y Osinergmin solo pueden fiscalizar aquellos casos en los que se incumpla alguna de las tres condiciones para ser considerado pequeño productor minero o productor minero artesanal, señaladas en el artículo 91 del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería. Es decir, solo fiscalizarán los casos en que no merezcan la calificación que ostentan de acuerdo con la ley.

71. Por lo tanto, al seguir estando facultados para fiscalizar a los pequeños productores mineros y productores mineros artesanales, las competencias de los gobiernos regionales no se ven afectadas. En este sentido, este extremo de la demanda debe ser rechazado.

72. Finalmente, los ciudadanos demandantes argumentan que el artículo 9 inciso 5 del Decreto Legislativo 1100 también vulnera las competencias de los gobiernos

regionales; en tanto exige un previo informe técnico favorable del Ministerio de Energía y Minas, para ser calificado como pequeño productor minero o productor minero artesanal. El texto impugnado es el siguiente:

> Para ser calificado Pequeño Productor Minero o Productor Minero Artesanal, el titular minero deberá contar con resolución de autorización de inicio de actividades de exploración o explotación, emitida por la autoridad competente, previo informe técnico favorable del Ministerio de Energía y Minas.

73. Sin embargo, dicho inciso fue modificado el 6 de enero de 2017 del Decreto Legislativo 1336 y luego, el 20 septiembre 2018, por el Decreto Legislativo N° 1451, siendo su texto actual el siguiente:

> Para ser calificado Pequeño Productor Minero o Productor Minero Artesanal, el titular minero debe presentar la declaración jurada bienal ante la Dirección General de Formalización Minera o la que haga sus veces del Ministerio de Energía y Minas, señalando cumplir con las condiciones establecidas en el artículo 91 del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería aprobado por Decreto Supremo Nº 014-92-EM.

74. Estando a lo expuesto, queda claro que ha sido derogada la disposición que daba lugar al alegato de inconstitucionalidad y, por lo tanto, se ha producido la sustracción de la materia.

75. En consecuencia, corresponde declarar improcedente la demanda en este extremo.

III. FALLO

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

HA RESUELTO

Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda respecto a la supuesta vulneración de las competencias de los gobiernos regionales por el artículo 9, inciso 5, del Decreto Legislativo 1100 toda vez que se ha producido la sustracción de la materia; e **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad contra los Decretos Legislativos 1100 y 1105 en lo demás que contiene.

Publíquese y notifíquese.

SS.

BLUME FORTINI
MIRANDA CANALES
RAMOS NÚÑEZ
SARDÓN DE TABOADA
LEDESMA NARVÁEZ
FERRERO COSTA

PONENTE FERRERO COSTA

Caso de la Minería ilegal y la minería informal

VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Coincido con el sentido de lo resuelto por mis colegas magistrados, pero me aparto en los siguientes fundamentos:

1. Respecto del análisis de igualdad y no discriminación, debo señalar que, si bien estoy de acuerdo con la forma en que se resuelve (es decir, atendiendo a que no existe *tertium comparationis*), considero que existe una confusión en el tratamiento del derecho a la igualad.

2. Y es que se plantea en este caso como discusión sobre igualdad y no discriminación, cuando en rigor se trata más bien de un supuesto de trato desigual en la ley, en la medida que la norma cuestionada establece una diferenciación entre quienes realizan la actividad minera en sus diversas manifestaciones. Al respecto los demandantes no acreditan referirse a algún motivo sospechoso, prohibido o alguna población vulnerable.

3. Por tanto, no nos encontramos frente a un análisis de la supuesta discriminación. Por ende, no corresponde aplicar las reglas correspondientes a dicho análisis, sino la aplicación de un test de igualdad, el cual básicamente lo que permitirá observar es si existen razones que justifiquen la diferenciación establecida por la norma en consideración. Es precisamente ese el ejercicio que se ha realizado en la sentencia y que ha llevado a declarar infundada la demanda en dicho extremo.

Lima, 3 de diciembre de 2019

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

A. PROCESOS ORGÁNICOS

A.2 PROCESO COMPETENCIAL

PLENO JURISDICCIONAL

Expediente 0005-2016-PCC/TC

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

25 de julio de 2019

Caso de las Resoluciones Judiciales en Materia de Pesquería

Poder Ejecutivo c. Poder Judicial

693

Asunto

Demanda de conflicto de competencia sobre permisos de pesca otorgados mediante resoluciones judiciales

Magistrados firmantes:

SS.

MIRANDA CANALES
RAMOS NÚÑEZ
LEDESMA NARVÁEZ
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

TABLA DE CONTENIDOS

I. ANTECEDENTES

A. Petitorio constitucional

B. Debate constitucional

B.1 Argumentos de la demanda

B.2 Contestación de la demanda y otras intervenciones procesal

B. 2.1. Intervención de Pesquera Mar SAC

B. 2.2. Intervención de Fernando Richard Barreto Paredes

B. 2.3. Intervención como tercero de la Sociedad Nacional de Pesquería

B. 2.4. Intervención como tercero de LSA Enterprises Perú SAC

B. 2.5. Intervención como tercero del Sindicato de Pescadores de Anchoveta del Puerto de Pisco

B. 2.6. Intervención como terceros de Copersa SA, Pesquera ISA SRL y Pesquera Ninfas del Mar SAC

B. 2.7. Intervención como tercero de la Asociación de Pescadores Jubilados del Puerto de Pisco

II. FUNDAMENTOS

§1. Conflicto competencial y resoluciones judiciales

§2. El otorgamiento de permisos de pesca y otras modalidades de a utorizaciones, permisos o derechos pesqueros en el marco de la Constitución ecológica

2.1. Sobre la competencia exclusiva de Produce en el otorgamiento de permisos de pesca

2.2. Sobre el límite máximo total de captura permisible y sobre el límite máximo de captura por embarcación

§3. Sobre la judicialización del otorgamiento de permisos de pesca y otras modalidades de autorización, permisos o derechos pesqueros

3.1. Sobre la condición de "parte" del Ministerio de la Producción en los procesos judiciales relacionados con la expedición de permisos de pesca y otras modalidades de autorizaciones, permisos o derechos pesqueros

3.2. Sobre el otorgamiento de medidas cautelares referidas al uso, aprovechamiento, extracción o explotación de recursos naturales hidrobiológicos: el caso de la Ley 29639

3.3. Sobre la actuación inmediata de sentencia impugnada en los procesos judiciales relacionados con la expedición de permisos de pesca y otras modalidades de autorizaciones, permisos o derechos pesqueros

3.4. Sobre la solicitud de expedición de permisos de pesca y otras modalidades de autorizaciones, permisos o derechos pesqueros a través de procesos judiciales sin previo procedimiento administrativo a cargo de produce

§4. Sobre el presunto menoscabo de las atribuciones de produce como consecuencia de las resoluciones del Poder Judicial

4.1. Los casos judiciales detallados en la demanda

4.1.1. Vicio 1: se autoriza el incremento de flota y se otorgan permisos de pesca a través de procesos judiciales en los que produce no ha sido parte

4.1.1.1 Análisis del vicio identificado

4.1.2. Vicio 2: Incumplimiento de lo dispuesto en la Ley 29639, "Ley que regula el otorgamiento de medidas cautelares referidas al uso, aprovechamiento, extracción o explotación de recursos naturales hidrobiológicos"

4.1.2.1 Análisis del vicio identificado

4.1.3. Vicio 3: extender los efectos de la sentencia estimatoria impugnada luego de que fuera revocada en segundo grado sin que exista debida motivación

4.1.3.1 Análisis del vicio identificado

4.1.4. Vicio 4: expedición de permisos de pesca y otras modalidades de autorizaciones, permisos o derechos pesqueros a través de procesos judiciales sin previo procedimiento administrativo

4.1.4.1 Análisis del vicio identificado

§5. Efectos de la sentencia

III. FALLO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 25 días del mes de julio de 2019, el Tribunal Constitucional, en sesión del Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Blume Fortini (presidente), Miranda Canales (vicepresidente), Ramos Núñez, Sardón de Taboada, Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento del magistrado Ferrero Costa, aprobado en sesión de Pleno de fecha 26 de agosto de 2017. Asimismo, se agrega el fundamento de voto del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera, y los votos singulares de los magistrados Blume Fortini, Sardón de Taboada y Ferrero Costa.

I. ANTECEDENTES

A. Petitorio constitucional

Con fecha 30 de noviembre de 2016, el procurador especializado en materia constitucional del Poder Ejecutivo interpuso demanda de conflicto de atribuciones contra el Poder Judicial por "expedir resoluciones judiciales que afectan las atribuciones exclusivas en materia de pesquería y acuicultura", de acuerdo con lo establecido en los incisos 1 y 3 del artículo 118, 66, 67 y 68 de la Constitución.

Tales atribuciones se ejercen de conformidad con la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo (Ley 29158), Ley de Organización y Funciones del Ministerio de la Producción (Decreto Legislativo 1047) y la Ley General de Pesca (Decreto Ley 25977).

B. Debate constitucional

Las partes postulan una serie de razones o argumentos que, resumidamente, se presentan a continuación.

B.1 Argumentos de la demanda

El demandante afirma que el Poder Judicial ha vulnerado las atribuciones del Poder Ejecutivo a partir de una incorrecta interpretación judicial que se expresa en las resoluciones referidas en la demanda, mediante las que se habrían otorgado derechos y permisos de pesca a particulares, desconociendo la atribución exclusiva del Ministerio de la Producción (Produce), de conformidad con los incisos 1 y 3 del artículo 118, 66, 67 y 68 de la Constitución.

Alega que estas resoluciones básicamente ordenan a Produce otorgar permisos o derechos de pesca a embarcaciones, aunque no cumplan los requisitos legales para ello. Con esto último se estaría vulnerando la atribución del Poder Ejecutivo de cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes, y de proteger los recursos pesqueros. Tales actos jurisdiccionales estarían provocando un conflicto constitucional de menoscabo en sentido estricto, por lo que solicita declarar la nulidad de las resoluciones judiciales referidas en la demanda.

Dichas resoluciones afectan las atribuciones del Poder Ejecutivo, ya que no se limitan a revocar las resoluciones administrativas presuntamente viciosas, sino que otorgan derechos administrativos. Advierte, no obstante, que no se está planteando un vicio de carácter sustantivo, sino uno de naturaleza competencial, ya que no se pretende impugnar las resoluciones judiciales, sino que cuestiona la interpretación institucional que realiza el Poder Judicial que afecta la competencia del Poder Ejecutivo.

Sostiene el procurador de la parte demandante que no se pretende cuestionar las resoluciones de manera individual, sino la interpretación institucional subyacente en ellas que desnaturaliza las atribuciones del Poder Ejecutivo relacionadas con el aprovechamiento de los recursos naturales y el deber de promover la conservación de la diversidad biológica.

Se afirma en la demanda que el Poder Judicial puede, efectivamente, revisar y disponer la nulidad de una resolución administrativa que deniegue arbitrariamente un permiso. Sin embargo, no resulta competente para ordenar que se expida una resolución otorgando, por ejemplo, un permiso de pesca. Y es que las resoluciones judiciales que otorgan derechos administrativos de pesca afectan la competencia de Produce, que, siendo el órgano técnico competente, tiene la obligación de dictar y cumplir las normas que le encargan las normas constitucionales y legales.

La autoridad administrativa fija el límite de captura, las épocas en las que se puede operar, la naturaleza de las embarcaciones y las tallas mínimas de cada especie, entre otras medidas que se orientan a asegurar la sostenibilidad de los recursos hidrobiológicos. Así, si los jueces exceden el ámbito de su competencia otorgando derechos administrativos de pesca, están afectando las atribuciones del Poder Ejecutivo y amenazando, simultáneamente, el equilibrio planificado por la autoridad competente.

Por ello, el demandante insiste en que no pretende impugnar las resoluciones judiciales indicadas en la demanda, sino que, en realidad, lo que plantea es que la interpretación institucional subyacente en ellas afecta la competencia del Poder Ejecutivo, por lo que solicita que se proscriban tales interpretaciones judiciales.

Asimismo, dado que existe un grave riesgo para la conservación de los recursos pesqueros y, en atención de la función pacificadora y ordenadora del Tribunal Constitucional, el demandante solicita que se dejen sin efecto aquellos derechos administrativos de pesca otorgados en virtud de interpretaciones judiciales que afectan la competencia del Poder Ejecutivo.

La parte demandante presenta una serie de casos por medio de los cuales pretende acreditar lo que ha denominado "la transversalidad de la incorrecta interpretación del Poder Judicial". Y alega, además, que no ha existido ninguna vía a la que el Ministerio de Producción no haya recurrido para revertir las interpretaciones que afectan sus atribuciones. Concluye que este Tribunal debe pronunciarse sobre el fondo del asunto, exigir la identificación de las empresas y embarcaciones que han reunido los requisitos para obtener derechos administrativos de pesca, y dejar sin efecto aquellos que se hubiesen expedido en virtud de las resoluciones judiciales que materializan la interpretación institucional judicial que afecta competencias del Poder Ejecutivo, en los términos previamente detallados.

B.2 Contestación de la demanda y otras intervenciones procesales

Con fecha 19 de setiembre de 2017, el procurador público adjunto a cargo de los asuntos judiciales del Poder Judicial, Óscar Rolando Lucas Asencios, solicita que se declare la improcedencia de la demanda.

Alega que, en un primer momento, la jurisprudencia del Tribunal no permitía la posibilidad de pretender la nulidad de resoluciones judiciales vía proceso competencial, pero que, a partir de la Sentencia 006-2006-CC/TC, se desarrolló la posibilidad de extender el efecto nulificante a las sentencias del Poder Judicial que tengan un vicio sustantivo que contravengan la Constitución y los derechos fundamentales.

En dicho caso, se indicó que las sentencias en las que jueces del Poder Judicial inaplicaron una disposición normativa cuya constitucionalidad ya había sido ratificada (Sentencia 009-2001-AI/TC y en el precedente establecido en la Sentencia 4227-2005-AA/TC) afectaron las atribuciones constitucionales del Poder Ejecutivo establecidas en los incisos 1 y 9 del artículo 118 de la Constitución.

No obstante, en la Sentencia 0001-2010-PCC/TC, el Tribunal precisó que, mediante el proceso competencial únicamente pueden revisarse las sentencias que adolezcan de "vicios competenciales", ya que, para revisar los "vicios sustantivos", deben ser cuestionadas mediante otros procesos.

La parte demandada sostiene que, si se considera que la naturaleza procesal de los procesos de amparo y del contencioso-administrativo es restituir, reconocer o resta-

blecer el derecho tutelado, no es sostenible alegar que se están usurpando funciones del Poder Ejecutivo.

Según el Poder Judicial, la demanda se circunscribe a una *vindicatio potestatis indirecta* y, al respecto, el Poder Ejecutivo ha demandado que se declare la proscripción de "determinado sentido interpretativo"; sin embargo, no se ha explicitado "cuál es el sentido interpretativo que se pretende proscribir". Se ha limitado tan solo a sumillar cuál es el desarrollo de los procesos cuestionados. Agrega que en realidad se pretende una calificación sobre el fondo de tales procesos a fin de verificar "cuáles reúnen los requisitos o calidades para acceder a derechos administrativos pesqueros". Así, lo que se pretende con esta demanda es la nulidad de las referidas resoluciones.

Asimismo, considera que, en el presente caso, a diferencia de lo que ocurrió en la Sentencia 0006-2006-CC/TC, las resoluciones cuestionadas no contravienen un precedente ni han inaplicado una norma convalidada por el Tribunal Constitucional.

Finalmente, para el demandado, las sentencias cuestionadas se han emitido en virtud del ejercicio regular de la función jurisdiccional por parte de diversos jueces y órganos colegiados, en mérito de una controversia de relevancia jurídica. Y más aún, el propio Produce ha optado por cuestionar las resoluciones objetadas mediante las vías ordinarias, conforme a derecho, alcanzando resoluciones de jueces superiores, de la Corte Suprema y hasta del Tribunal Constitucional.

B. 2.1. Intervención de Pesquera Mar SAC

Mediante escrito del 14 de abril de 2016, Pesquera Mar SAC se apersona y solicita su intervención en el proceso competencial como litisconsorte. El Tribunal admite su participación, pero en calidad de tercero, mediante Auto 1 de Admisibilidad de fecha 3 de enero de 2017.

En su escrito, Pesquera Mar SAC solicita que la demanda competencial del Poder Ejecutivo sea declarada improcedente. Refiere que, en setiembre de 1992, se declaró fundada la demanda de restitución de todas las acciones y bienes muebles e inmuebles de la antes llamada empresa Pesquera Mar SA, hoy Pesquera Mar SAC. Luego, en ejecución de dicha sentencia, el Primer Juzgado Especializado en lo Contencioso Administrativo ordenó la restitución de permisos de pesca de anchoveta y sardina.

Dicha resolución del 10 de julio de 2003 no fue impugnada, por lo que quedó consentida. En virtud de ello se emitió la Resolución Directoral 253-2003-PRODUCE/DNEPP; sin embargo, la empresa Hope Trading SA se apersonó al proceso contencioso-administrativo solicitando que sea declarada sucesora procesal, solicitud que fue declara fundada. Tal decisión sería declarada nula por medio de un proceso de

amparo que concluyó en la sentencia de fecha 16 de setiembre de 2010, expedida por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema, mediante la que se dispuso que se repongan las cosas al estado anterior a la ejecución de la sentencia de setiembre 1992. Con resolución de fecha 29 de diciembre de 2011, el Primer Juzgado Contencioso-Administrativo ordenó a Produce devolver las autorizaciones de transformación y permisos de pesca de las embarcaciones Tres Hermanos IV, V, VI y VII, y la licencia comercial a Pesquera Mar SAC, sin que tal resolución sea cuestionada, constituyéndose en cosa juzgada. Produce emitió la Resolución Directoral 108-2012-PRODUCE/DNEPP como consecuencia del referido mandato judicial, no obstante, mediante Resolución Viceministerial 033-2012-PRODUCE/DVP, de fecha 26 de junio de 2012, aquella fue dejada sin efecto. Frente a esta situación, Pesquera Mar SAC interpuso demanda de amparo, la cual fue resuelta en última instancia por la Quinta Sala Civil de Lima, confirmando la demanda y alcanzando la calidad de cosa juzgada.

Alega que el proceso competencial no resulta idóneo para cuestionar resoluciones judiciales expedidas en procesos ordinarios o constitucionales. Indica que el propio Tribunal así lo ha establecido en las Sentencias 0001-2010-CC/TC, 0002-2013-CC/TC, 0004-2007-PCC/TC y 0007-2008-CC/TC. En suma, solicita que la demanda sea declara improcedente para el caso de la empresa Pesquera Mar SAC, puesto que cuenta con dos sentencias declaradas fundadas a su favor y subraya que estas han adquirido la calidad de cosa juzgada.

Agrega, además, que esta demanda debe ser rechazada debido a que el Tribunal Constitucional ya lo ha expresado en la Sentencia 03493-2015-PA/TC. Dicha sentencia rechazó la demanda de amparo interpuesta por la Sociedad Nacional de Pesquería (SNP) contra Pesquera Mar SAC, solicitando que esta se abstenga de obtener y de ejercer cualquier derecho pesquero derivado de la expropiación efectuada en 1973. Y refiere que en aquella sentencia interlocutoria el Tribunal Constitucional determinó que la justicia constitucional "no puede interferir en lo resuelto por la judicatura ordinaria".

B. 2.2. Intervención de Fernando Richard Barreto Paredes

Con fecha 13 de diciembre de 2016, Fernando Richard Barreto Paredes se apersona y solicita intervenir como litisconsorte, lo que es rechazado por el Tribunal Constitucional, aunque se acepta su participación como tercero mediante Auto 1 de Admisibilidad de fecha 3 de enero de 2017. Alega que el Poder Judicial emitió resoluciones judiciales en su favor, lo que no constituye una transgresión de competencias, sino un acto de control interorgánico.

Alega que, con fecha 21 de enero de 2003, solicitó que se le otorguen permisos de pesca a sus embarcaciones Britny y Mi Leonila. Produce emitió la Resolución Viceministerial 050-2006-PRODUCE/DVM-PE, que declaró inadmisible su recurso de apelación. Ante tal situación, interpuso demanda contencioso-administrativa contra Produce, la cual fue declarada fundada en parte por la Quinta Sala Especializada en lo Contencioso-Administrativo de Lima, ordenando la nulidad de la resolución administrativa y que se admita a trámite la solicitud. En virtud de ello, Produce otorgó permisos a sus embarcaciones con resoluciones de junio de 2013 e impuso posteriormente los respectivos porcentajes máximos de captura por embarcación (PMCE). No obstante, en diciembre de 2013, Produce declaró la nulidad de esas resoluciones por cuanto se habría incurrido en causales de nulidad. Frente a ello se interpuso una nueva demanda contencioso-administrativa ante el Cuarto Juzgado Permanente Especializado en lo Contencioso-Administrativo (Expediente 3635-2014), y solicitó a su vez una medida cautelar hasta que se resuelva el fondo del asunto.

B. 2.3. Intervención como tercero de la Sociedad Nacional de Pesquería

Con fecha 19 de setiembre de 2017, la Sociedad Nacional de Pesquería solicita que se admita su participación como tercero en el proceso competencial, lo que materializó a través del Auto de Admisibilidad 2, de fecha 25 de octubre de 2017.

En el informe se resalta que esta entidad asocia a las personas naturales y jurídicas de derecho privado establecidas en el Perú que realizan actividad de acuicultura y de extracción de procesamiento pesquero.

Se afirma que la explotación racional de los recursos hidrobiológicos está siendo afectada por cómo el Poder Judicial ha venido otorgando autorizaciones de pesca de forma indebida mediante procesos judiciales. Concluye, por consiguiente, que la actividad del Poder Judicial en materia de actividad pesquera afecta directamente el interés de todos sus asociados.

B. 2.4. Intervención como tercero de LSA Enterprises Perú SAC

Mediante escrito de fecha 2 de noviembre de 2017 presentado por LSA Enterprises Perú SAC, este último solicita intervenir en el presente proceso competencial en calidad de tercero, lo cual es aceptado a través del Auto de Admisibilidad 3, de fecha 7 de noviembre de 2017.

A pesar de la admisión como tercero, no presentó argumentos relevantes para la resolución de la controversia.

B. 2.5. Intervención como Tercero del Sindicato de Pescadores de Anchoveta del Puerto de Pisco

Mediante escrito de fecha 9 de noviembre de 2017 presentado por el Sindicato de Pescadores de Anchoveta del Puerto de Pisco, este último solicitó intervenir en el presente proceso competencial. Dicha intervención en calidad de tercero es aceptada a través del Auto de Admisibilidad 4, de fecha 15 de noviembre de 2017.

A pesar de la admisión como tercero, no presentó argumentos relevantes para la resolución de la controversia.

B. 2.6. Intervención como Terceros de Copersa SA, Pesquera ISA SRL y Pesquera Ninfas del Mar SAC

Mediante escrito de fecha 13 de noviembre de 2017, Copersa SA, Pesquera Isa SRL y Pesquera Ninfas del Mar SAC solicitaron intervenir en el presente proceso competencial, y se las admitió en calidad de terceras a través del Auto de Admisibilidad 5, de fecha 15 de noviembre de 2017.

Los argumentos expuestos por Pesquera ISA SRL y Ninfas del Mar SAC, en el escrito de fecha 8 de enero de 2018, y por Copersa SA, en el escrito de fecha 19 de enero de 2018, son los siguientes:

- Los terceros intervinientes sostienen que el ministerio demandante no ha presentado la autorización del Concejo de Ministros que faculta la interposición de la presente demanda competencial. En tal sentido, los intervinientes arguyen que la demanda debe ser declarada inadmisible.
- Asimismo, indican que, si bien el Poder Ejecutivo demandó formalmente al Poder Judicial ante el Tribunal Constitucional en un proceso por conflicto de competencias, lo que en realidad se pretende es declarar la nulidad de las resoluciones judiciales con calidad de cosa juzgada que resuelven en perjuicio del referido ministerio.
- Además añaden que, en la Sentencia 0001-2010-PCC/TC, este Tribunal Constitucional ha establecido que las resoluciones judiciales cuestionadas en estos procesos deben tener un vicio competencial, y que en ningún caso se permitirá cuestionar su validez sustantiva.
- Sin perjuicio de ello, advierten los intervinientes que el Poder Ejecutivo no ha precisado cuál es el supuesto vicio competencial en el que incurren las resoluciones o interpretaciones judiciales. Tanto es así que, precisan estos intervinientes,

en la vista de la causa, el magistrado Ernesto Blume Fortini solicitó al procurador del Poder Ejecutivo que precise cuál es la competencia supuestamente afectada.

- Así, los intervinientes alegan que cuestionar la validez sustantiva de resoluciones judiciales en un proceso competencial vulnera el derecho fundamental a la cosa juzgada, a no ser desviado del procedimiento establecido por la ley, a la debida ejecución de las resoluciones judiciales, a la seguridad jurídica, al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva.
- Sostienen los terceros que el Tribunal Constitucional no puede prohibir al Poder Judicial pronunciarse sobre conflictos de materia pesquera, pues ello atentaría contra las competencias y atribuciones designadas en lo dispuesto por los artículos 43, 138 y 139 de la Constitución.
- Por otra parte, alegan que las resoluciones judiciales cuestionadas cumplen con todas las condiciones formales para su validez y, por lo mismo, son inimpugnables en la vía competencial.
- En suma, los intervinientes sostienen que, de ampararse la demanda, se estaría vulnerando el principio de separación de poderes, toda vez que se pretende excluir al Poder Judicial de su competencia para conocer casos en los que actuación de la Administración Pública sea contraria a ley.

- Finalmente, sostienen que la presente demanda competencial también vulnera su derecho a la libertad de empresa en relación con sus derechos económicos y sociales, los cuales están garantizados en el artículo 59 de la Constitución.
- Por estas consideraciones, los intervinientes concluyen que la presente demanda competencial debe ser desestimada.

B. 2.7. Intervención como tercero de la Asociación de Pescadores Jubilados del Puerto de Pisco

Mediante escrito de fecha 13 de noviembre de 2017, la Asociación de Pescadores Jubilados del Puerto de Pisco solicitó intervenir en el presente proceso competencial en calidad de tercero, lo cual resultó admitido a través del Auto 6, de fecha 15 de noviembre de 2017. Asimismo, mediante escrito de fecha 24 de enero de 2018, la interviniente adjuntó un informe en el que alegaba el sentido de la resolución que debe expedirse en el presente caso.

Mediante los escritos presentados con fechas 22 de diciembre de 2017 y 28 de setiembre de 2018, expuso los siguientes argumentos:

- La interviniente advierte que la resolución que emita el Tribunal Constitucional va a impactar a los trabajadores de las pequeñas empresas que cuentan con embarcaciones pesqueras. Asimismo, señala que, de amparar la presente demanda, alrededor de mil familias, especialmente en las regiones dependientes de la pesca, serán gravemente afectadas, y que los únicos beneficiaros con esta acción son las grandes empresas pesqueras.
- Respecto a las afectaciones, señala que las pequeñas empresas podrían perder la titularidad de las embarcaciones o de los derechos de pesca que les fueron reconocidos jurisdiccionalmente. Ello, alega la interviniente, afecta el derecho de los pescadores al trabajo, al desarrollo de la libre personalidad y a su propia autodeterminación.
- La asociación pone de manifiesto que el trabajo de un pescador no es solo un medio de subsistencia, sino que es la única forma de autorrealización, toda vez que forma parte de su vocación. Asimismo, se sostiene que, para la cosmovisión de los pescadores, el mar representa un conjunto de pensamientos e ideales materializados como un estilo de vida.
- La asociación interviniente considera necesario desarrollar en el presente proceso competencial una serie de conceptos:

  a) Cuota global: Consiste en la cantidad total de anchoveta que se puede pescar.

  b) Cuota individual: Supone el porcentaje máximo de captura por embarcación (PMCE) y el límite máximo total de captura permisible (LMCE) del recurso de anchoveta.

  c) Incremento de flota: Es una autorización que requiere previamente un permiso de pesca y se otorga para aumentar o sustituir una o más embarcaciones.

  d) Incremento de capacidad de bodega: Se entiende así al aumento de embarcaciones o a la sustitución de embarcaciones, también denominada sustitución de capacidad de bodega.

  e) Permiso de pesca: Lo otorga Produce para la validación de operación de embarcaciones pesqueras.

- Por otro lado, la asociación interviniente señala que no es cierto que se estén otorgando nuevos derechos; por el contrario, a criterio de este interviniente, el juez está reconociendo titularidades preexistentes.

- Así, la asociación sostiene que en ningún caso los jueces han ordenado expedir nuevos permisos, sino reconocer aquellos que ya existían; por ello, a criterio de esta parte, no habría lesión alguna de las competencias del Poder Ejecutivo.
- Asimismo, respecto a la cuota de pesca, la interviniente alega que esta no ha sido aumentada ni por el Poder Ejecutivo ni por el Poder Judicial. La asociación resalta que la cantidad total de anchoveta que se puede pescar en el Perú no ha sido transgredida ni desnaturalizada a raíz de las resoluciones judiciales mencionadas.
- Adicionalmente, la interviniente argumenta que las resoluciones judiciales que reconocen los permisos de pesca no suponen que exista una sobreexplotación de recursos, tal como refiere el demandante.
- Por estas consideraciones, la interviniente concluye que la presente demanda competencial debe ser desestimada.

II. FUNDAMENTOS

1. El Poder Ejecutivo alega que la vulneración de sus atribuciones constitucionales por parte del Poder Judicial se deriva de incorrectas interpretaciones institucionales que se expresan en "resoluciones como las que obran en el expediente".

2. Resalta que no se pretende cuestionar de manera individual las resoluciones judiciales que se han anexado a la demanda, sino la "interpretación institucional subyacente a las mismas (sic)", debido a que con ello se estarían desnaturalizando las atribuciones del Poder Ejecutivo relativas a la pesquería, acuicultura, aprovechamiento sostenible de los recursos naturales y la conservación de la diversidad biológica. Es justamente por ello que sostiene que las decisiones judiciales que disponen el otorgamiento de derechos administrativos de pesca afectan la competencia de Produce.
3. En virtud de lo anterior, el demandante plantea como petitorio lo siguiente:
   a) que se proscriban las interpretaciones judiciales que expiden derechos administrativos de pesca afectando las atribuciones del Poder Ejecutivo;
   b) que se exija la identificación de las empresas y embarcaciones que han reunido los requisitos para obtener derechos administrativos de pesca, dejando sin efecto los expedidos en virtud de las resoluciones judiciales que materializan la interpretación que afecta la competencia del Poder Judicial.
4. Así, el demandante cuestiona concretamente la interpretación institucional subyacente en las resoluciones judiciales detalladas en la demanda que, a su criterio,

menoscaban el ejercicio de sus atribuciones de acuerdo con la Constitución y la ley, en cuanto tales resoluciones ordenan emitir u otorgar derechos de pesca a Produce sin que se haya realizado un procedimiento administrativo para tal efecto, tal y como está previsto en el ordenamiento jurídico peruano.

5. Por lo expuesto, corresponde determinar si lo solicitado por el demandante puede ser atendido o no por este Tribunal en el marco de la naturaleza, objeto y fines del proceso competencial.

§1. Conflicto competencial y resoluciones judiciales

6. En la Sentencia 0001-2010-PCC/TC, el Tribunal declaró fundada en parte la demanda estableciendo, sin embargo, que no procedía realizar un control sustantivo sobre resoluciones judiciales en un proceso competencial, pero precisando las consecuencias jurídicas que genera la inobservancia, contravención o desacato de las reglas establecidas como precedente en la Sentencia 5961-2009-PA/TC.

7. En este último precedente se estableció que el Decreto Legislativo 843 y diversos decretos supremos que regulaban la importación de autos usados y que restringen su libre circulación eran constitucionales, por lo que no podían ser inaplicados por los jueces del Poder Judicial. Tomando ello en consideración, el Tribunal indicó que el problema de fondo ya había sido resuelto, por lo que estimó que las resoluciones judiciales que dispusieran la inaplicación de la normativa revisada por el Tribunal Constitucional referida a autos usados son nulas de pleno de derecho por ser inconstitucionales.

8. Como se observa, el Tribunal basó sus decisiones en precedentes constitucionales que previamente habían establecido los criterios que debían ser seguidos por los jueces del Poder Judicial y por la Administración. Para el caso de la regulación pesquera, sin embargo, el Tribunal no ha emitido un precedente constitucional.

9. En el precedente de la Sentencia 0001-2010-CC/TC, el Tribunal se apartó del criterio establecido en 0006-2006-CC/TC respecto a los alcances de la revisión de resoluciones judiciales en procesos competenciales. El Tribunal precisó que la Sentencia 0006-2006-CC/TC tenía una visión "excesivamente amplia del tipo de vicio de validez que puede ser conocido en un proceso competencial" y puntualizó que en el proceso competencial solamente se pueden resolver vicios de carácter competencial y no de carácter sustantivo.

10. Por ello conviene analizar qué vicios son revisables en un proceso competencial de acuerdo con la jurisprudencia de este Tribunal. En la Sentencia 0001-2010-

CC/TC se puso de relieve que, para que un acto sea válido, se deben cumplir con las siguientes condiciones formales y sustantivas:

> […] a) haber sido emitido por el órgano competente (condición de competencia formal); b) haberse circunscrito al ámbito material predeterminado por el sistema jurídico (condición de competencia material); y, c) haberse observado el procedimiento preestablecido para su dictado (condición de procedimiento).

11. Se añadió una condición sustantiva que se refiere a la conformidad del contenido del acto (lo que ordena, prohíbe o permite) con los derechos, valores y principios sustantivos reconocidos en la Constitución. De ello resulta que un acto puede ser válido desde un punto de vista formal e inválido desde un punto de vista sustantivo, o a la inversa (fundamento 9).

12. De ahí que se haya concluido que, en virtud de lo dispuesto por el artículo 110 del Código Procesal Constitucional (CPCo), el proceso competencial tiene por objeto analizar las condiciones de competencia formal y material del acto o resolución cuestionada, y, a partir de ello, controlar interferencias en las atribuciones de los órganos constitucionales.

13. Este Tribunal señaló también que los elementos relacionados con la competencia formal y material constituyen requisitos para la procedencia de la demanda en el proceso competencial y que, incluso, una vez que se haya identificado algún vicio podría emitirse un "juicio contingente" relacionado con la validez formal procedimental o sustantiva del acto controlado (Sentencia 0001-2010-CC/TC, fundamento 10).

14. En definitiva, de acuerdo con el precedente establecido en la Sentencia 0001-2010-CC/TC vigente, la violación del contenido sustantivo de la Constitución de un acto que cumple con las condiciones de competencia formal y material no puede ser controlada mediante un proceso competencial. Para controlar tales actos se debe acudir a otros procesos constitucionales.

15. En consecuencia, en los procesos competenciales por menoscabo de atribuciones en sentido estricto debe analizarse si es que existe una subrogación inconstitucional de atribuciones o si es que se impide o dificulta irrazonablemente su ejecución por un órgano constitucional, sin entrar a revisar la validez sustantiva de un acto o resolución.

16. Ahora bien, en el presente caso el Poder Ejecutivo afirma que las resoluciones del Poder Judicial referidas en la demanda afectan atribuciones exclusivas del Poder

Ejecutivo en materia de pesquería, acuicultura, aprovechamiento sostenible de los recursos naturales y la conservación de la diversidad biológica.

17. En particular, alega que se estarían afectando las atribuciones del Ejecutivo establecidas en el artículo 118, inciso 1 y 3 de la Constitución, así como su artículo 66, sobre las condiciones para el aprovechamiento de los recursos naturales, el artículo 67, sobre la política nacional del ambiente y uso sostenible de los recursos naturales y el artículo 68, sobre la obligación de conservar la diversidad biológica, puesto que el Poder Judicial no solo estaría interpretando de manera incorrecta la Constitución, sino que, al estimar demandas, revoca resoluciones administrativas y, además, ordena que se expidan derechos adm inistrativos de pesca.

18. En la demanda se reitera que no se pretende impugnar las resoluciones indicadas, sino que se proscriban las interpretaciones judiciales contrarias a la Constitución y, de esta manera, se dejen sin efecto los derechos administrativos de pesca obtenidos mediante la interpretación institucional que en ellas subyace y que afecta atribuciones del Poder Ejecutivo. Así, el demandante plantea que es dicha interpretación institucional subyacente en tales resoluciones judiciales, transversalmente aplicada del Poder judicial, la que genera un conflicto competencial de menoscabo de las atribuciones del Poder Ejecutivo.

19. En vista de lo expuesto, corresponde determinar si es que efectivamente las resoluciones judiciales en las que presuntamente subyace la interpretación institucional cuestionada por el Poder Ejecutivo han sido emitidas por el órgano competente y de manera que se circunscriba al ámbito material predeterminado.

20. En principio, es claro que el Poder Judicial ejerce la potestad de administrar justicia (artículo 138 de la Constitución). Así, resuelve conflictos intersubjetivos de trascendencia jurídica y, a partir de casos concretos, supervisa la actuación de la Administración Pública (artículo 148 de la Constitución), además de resolver en primer y segundo grado demandas de garantías constitucionales (artículo 200, incisos 1, 2, 3 y 6).

21. Si bien ello es así, este Tribunal debe determinar especialmente si en las resoluciones judiciales detalladas en la demanda subyace, como alega el demandante, una interpretación institucional que excede el ámbito material predeterminado para el ejercicio de las atribuciones jurisdiccionales del Poder Judicial, por, presuntamente, menoscabar las atribuciones de Produce relativas a la pesquería, acuicultura, aprovechamiento sostenible de los recursos naturales y la conservación de la diversidad biológica.

§2. El otorgamiento de permisos de pesca y otras modalidades de autorizaciones, permisos o derechos pesqueros en el marco de la Constitución Ecológica

22. En el capítulo segundo del título tercero de la Constitución se desarrolla lo concerniente al ambiente y los recursos naturales, y se establece lo siguiente sobre estos últimos:

    a. son patrimonio de la Nación,

    b. el Estado es soberano en su aprovechamiento, y

    c. por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares.

23. Asimismo, se establece que el Estado determina la política nacional del ambiente promoviendo el uso sostenible de los recursos y la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas. Por último, el constituyente fijó el deber del Estado de promover el desarrollo sostenible de la Amazonía con una regulación adecuada.

24. En la Sentencia 3610-2008-PA/TC, el Tribunal Constitucional indicó que podría hablarse de una auténtica "Constitución ecológica", que no es otra cosa que el conjunto de disposiciones de nuestra Constitución que fijan las relaciones entre el individuo, la sociedad y el medio ambiente (fundamento 33).

25. En ese sentido, siguiendo a la Corte Constitucional de Colombia (Sentencia T-760/07), se explicitó que dicho ámbito de la Constitución tiene una tripe dimensión:

    — Como principio que irradia todo el orden jurídico puesto que es obligación del Estado proteger las riquezas naturales de la Nación.

    — Como derecho de todas las personas a gozar de un ambiente sano, derecho constitucional que es exigible por diversas vías judiciales.

    — Como conjunto de obligaciones impuestas a las autoridades y a los particulares *"en su calidad de contribuyentes sociales"* [Sentencia 3610-2008-PA/TC, fundamento 34].

26. En cuanto al medio ambiente, el Tribunal ha tenido oportunidad de precisar su definición en la Sentencia 0048-2004-AI/TC, a partir de la delimitación del contenido del derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida, reconocido en el artículo 2, inciso 22, de la Constitución Política del Perú de 1993.

27. En dicha oportunidad, el Tribunal sostuvo lo siguiente:

> Desde la perspectiva constitucional, y a efectos de su protección, se hace referencia, de modo general, al medio ambiente como el lugar donde el hombre y los seres vivos se desenvuelven […]. En dicha definición se incluye «(…) tanto el entorno globalmente considerado -espacios naturales y recursos que forman parte de la naturaleza: aire, agua, suelo, flora, fauna- como el entorno urbano» […]; además, el medio ambiente, así entendido, implica las interrelaciones que entre ellos se producen: clima, paisaje, ecosistema, entre otros [fundamento 17].

28. Respecto de lo dispuesto por el artículo 66 de la Constitución, este Tribunal ha sostenido lo siguiente:

> […] su explotación [de los recursos naturales] no puede ser separada del interés nacional, por ser una universalidad patrimonial reconocida para los peruanos de todas las generaciones. Los beneficios derivados de su utilización deben alcanzar a la Nación en su conjunto; por ende, se proscribe su exclusivo y particular goce [Sentencia 0048-2004-AI/TC, fundamento 29].

29. Asimismo, lo anterior se encuentra directamente relacionado con el derecho de toda persona a disfrutar de un entorno ambiental equilibrado y adecuado al desarrollo de su existencia, mencionado *supra*. En referencia a esto último, este Tribunal ha sostenido lo siguiente:

> […] una manifestación concreta del derecho de toda persona a disfrutar de un entorno ambiental idóneo para el desarrollo de su existencia, es el reconocimiento de que los recursos naturales —especialmente los no renovables—, en tanto patrimonio de la Nación, deben ser objeto de un aprovechamiento razonable y sostenible, y los beneficios resultantes de tal aprovechamiento deben ser a favor de la colectividad en general, correspondiendo al Estado el deber de promover las políticas adecuadas a tal efecto [Sentencia 0048-2004-AI/TC, fundamento 33].

30. En atención a ello, este Tribunal ha explicitado que el Estado tiene deberes en relación con dichos bienes constitucionales que deben quedar resguardados. Así, el Tribunal ha indicado que el Estado, impulsado por tal imperativo, "tiene la obligación de acentuar la búsqueda del equilibrio entre la libertad económica, la eficiencia económica, la equidad social y las condiciones dignas de vida material y espiritual para las actuales y venideras generaciones" (Sentencia 0048-2004-AI/TC, fundamento 29).

31. Expresión de lo anterior —es decir, de los deberes del Estado— es la legislación desarrollada sobre la materia. Tal es el caso, sin ánimo de exhaustividad, de normas como las siguientes:

    a. La Ley 26839, Ley sobre la Conservación y Aprovechamiento Sostenible de la Diversidad Biológica, norma que da cuenta del Convenio sobre Diversidad Biológica (CDB), del cual el Estado peruano es parte, y que fue *aprobado* por Resolución Legislativa 26181;

    b. La Ley 28611, Ley General del Ambiente, y las normas que integran el sistema nacional de gestión ambiental, como es el caso de la Ley 28245, Ley Marco del Sistema Nacional de Gestión Ambiental;

    c. El Decreto Legislativo 1013, que crea el Ministerio del Ambiente.

32. En el caso concreto de las actividades pesqueras que inciden en las riquezas hidrobiológicas del país, el 22 de diciembre de 1992, se publicó el Decreto Ley 25977, Ley General de Pesca, cuyo artículo 2 estableció lo siguiente:

> **Artículo 2.-** Son patrimonio de la Nación los recursos hidrobiológicos contenidos en las aguas jurisdiccionales del Perú. En consecuencia, corresponde al Estado regular el manejo integral y la explotación racional de dichos recursos, considerando que la actividad pesquera es de interés nacional.

33. Pero el Ejecutivo debe mantener y desarrollar eficientemente un conjunto de estrategias, planes, acciones y lineamientos con miras a garantizar la conservación de la diversidad biológica. Tal es el caso de la Estrategia Nacional de Diversidad Biológica al 2021 (que contó con el plan de acción 2014-2018), el Plan Nacional de Desarrollo Acuícola 2010-2021, el Plan de Acción Nacional para la Conservación y Ordenamiento de Tiburones, Rayas y Especies Afines en el Perú (PAN Tiburón - Perú), el Plan de Acción Nacional para la conservación de la Biodiversidad Marina en el Perú, entre otros.

2.1. Sobre la competencia exclusiva de Produce en el otorgamiento de permisos de pesca

34. El aprovechamiento económico de los recursos hidrobiológicos debe llevarse a cabo en el contexto de los mandatos constitucionales antes detallados y con respeto de las atribuciones que corresponden a los órganos del Gobierno nacional, los gobiernos regionales y los gobiernos locales, según el caso.

35. En efecto, de acuerdo con la Ley 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, el diseño y supervisión de las políticas nacionales y sectoriales son atribuciones exclusivas del Poder Ejecutivo. Así pues, en el artículo 4 de dicha Ley se indicó lo siguiente:

> El Poder Ejecutivo tiene las siguientes competencias exclusivas:
>
> 1. Diseñar y supervisar políticas nacionales y sectoriales, las cuales son de cumplimiento obligatorio por todas las entidades del Estado en todos los niveles de gobierno.
>
> Las políticas nacionales definen los objetivos prioritarios, los lineamientos, los contenidos principales de las políticas públicas, los estándares nacionales de cumplimiento y la provisión de servicios que deben ser alcanzados y supervisados para asegurar el normal desarrollo de las actividades públicas y privadas. Las políticas nacionales conforman la política general de gobierno.
>
> Política sectorial es el subconjunto de políticas nacionales que afecta una actividad económica y social específica pública o privada.

36. En el caso de la política nacional del ambiente, determinada por el Estado según la Constitución, en atención a la disposición antes detallada, debe entenderse que se trata de una competencia exclusiva del Poder Ejecutivo, lo cual incluye la política nacional del ambiente en lo correspondiente a la industria pesquera, lo que comprende también la política nacional que tutela los ecosistemas marinos y costeros.

37. Dentro de dicha lógica, la ya citada Ley General de Pesca (modificada por el artículo único del Decreto Legislativo 1027) dispuso lo siguiente:

> **Artículo 44.-** Las concesiones, autorizaciones y permisos, son derechos específicos que el Ministerio de la Producción otorga a plazo determinado para el desarrollo de las actividades pesqueras, conforme a lo dispuesto en la presente Ley y en las condiciones que determina su Reglamento.
>
> Corresponde al Ministerio de la Producción, verificar que los derechos administrativos otorgados se ejerzan en estricta observancia a las especificaciones previstas en el propio título otorgado así como de acuerdo con las condiciones y disposiciones legales emitidas, a fin de asegurar que éstos sean utilizados conforme al interés de la Nación, el bien común y dentro de los límites y principios establecidos en la presente ley, en las leyes especiales y en las normas reglamentarias sobre la materia.

> En caso de incumplimiento, el Ministerio de la Producción, a través de los órganos técnicos correspondientes, dicta la resolución administrativa de caducidad del derecho otorgado que permita su reversión al Estado, previo inicio del respectivo procedimiento administrativo, que asegure el respeto al derecho de defensa de los administrados y con estricta sujeción al debido procedimiento.
>
> **Artículo 45.-** Las concesiones, autorizaciones, permisos y licencias se otorgarán previo pago de los correspondientes derechos, cuyo monto, forma de pago y destino, serán fijados mediante Resolución Ministerial.
>
> […]
>
> **Artículo 46.-** Las concesiones, autorizaciones, permisos y licencias, serán otorgados a nivel nacional, por el Ministerio de Pesquería [Produce].

38. Cabe precisar que, en virtud del nuevo régimen normativo establecido por la Ley General de Pesca, se varió el carácter indeterminado de los permisos de pesca otorgados por el otrora Ministerio de Pesquería, según el artículo 107 del Decreto Ley 18810, dejado sin efecto por el citado Decreto Ley 25977, y cuyo artículo 44, como puede advertirse, estableció que tales permisos se otorgaban a plazo determinado y bajo las condiciones de la ley y su correspondiente reglamento.

39. De conformidad con dicho marco normativo, la Ley de Organización y Funciones del Ministerio de la Producción, aprobada por el Decreto Legislativo 1047, dispuso en su artículo 5 que las siguientes son funciones rectoras no compartidas:

> **Artículo 5.- Funciones Rectoras**
>
> 5.1. Formular, planear, dirigir, coordinar, ejecutar**,** supervisar y evaluar la política nacional y sectorial bajo su competencia aplicable a todos los niveles de gobierno.
>
> 5.2. Dictar normas y lineamientos técnicos para la adecuada ejecución y supervisión de las políticas, la gestión de los recursos del sector, así como para el otorgamiento, reconocimiento de derechos, la sanción, fiscalización y ejecución coactiva.

40. Asimismo, en el artículo 11 de dicho cuerpo legal se especificó que dichas atribuciones recaen en el Viceministerio de Pesca y Acuicultura. De tal forma, se indicó que este Viceministerio tiene las siguientes funciones:

11.1 Formular, coordinar, ejecutar y supervisar la política de desarrollo del subsector pesca y subsector acuicultura, de conformidad con la respectiva política nacional.

11.2 Coordinar, orientar y supervisar las actividades que cumplen los órganos del Ministerio, que están dentro del subsector pesca y subsector acuicultura.

11.3 Emitir Resoluciones Viceministeriales en los asuntos que le corresponden en función a las actividades del subsector pesca y subsector acuicultura conforme a Ley.

11.4 Las demás que le asigne la Ley y el Reglamento de Organización y Funciones.

41. En todo caso, lo anterior se complementa con lo sostenido por este Tribunal en la Sentencia 1473-2009-PA/TC, donde se estableció lo siguiente:

> 23. El dominio estatal sobre los recursos naturales es eminente, es decir, el cuerpo político tiene la capacidad jurisdiccional para legislar, administrar y resolver las controversias que se susciten en torno a su mejor aprovechamiento. Pero dicha facultad legislativa no solo se limita a las normas relativas a su aprovechamiento, sino también a establecer en las empresas ciertas cargas a cambio el aprovechamiento sostenido de los recursos marinos.
>
> 24. Por su parte, el artículo 2 de la Ley General de Pesca (Decreto Ley 25977) declara que son patrimonio de la Nación los recursos hidrobiológicos contenidos en las aguas jurisdiccionales del Perú. Establece, además, que corresponde al Estado regular el manejo integral y la explotación racional de dichos recursos, considerando que la actividad pesquera es de interés nacional.
>
> 25. El Ministerio de la Producción, conforme al artículo 9 de la Ley General de Pesca, modificado por Decreto Legislativo Nro. 1027, determina, según el tipo de pesquerías, los sistemas de ordenamiento pesquero, las cuotas de captura permisible, las temporadas y zonas de pesca, la regulación del esfuerzo pesquero, los métodos de pesca, las tallas mínimas, captura y demás normas que requieran la preservación y explotación racional de los recursos hidrobiológicos (fundamentos 23-25).

42. De la normativa previamente citada se desprende que la titularidad de la atribución exclusiva sobre las concesiones, autorizaciones y permisos de pesca a nivel nacional, así como la determinación de las cuotas de captura permisible corresponden a Produce, sin perjuicio de las competencias de los gobiernos regionales en el ámbito de sus respectivas jurisdicciones, de conformidad con el artículo 52 de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, la Ley 27867, y el artículo 3 del Decreto Legislativo 1047, según el cual Produce comparte las competencias con "los Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales (…) en materia de pesquería artesanal, Acuicultura de Micro y Pequeña Empresa (AMYPE) y Acuicultura de Recursos Limitados (AREL)".

43. Estando a lo anterior, y de acuerdo con el ordenamiento jurídico peruano, solo podrá accederse a una concesión, autorización o permiso de pesca y se determinará la cuota de captura permisible, a través de un procedimiento administrativa previo y preestablecido en el Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA) de Produce que se encuentre vigente.

2.2. Sobre el límite máximo total de captura permisible y sobre el límite máximo de captura por embarcación

44. Corresponde advertir que, en la Sentencia 0026-2008-PI/TC (y acumulado), el Tribunal desestimó la demanda de inconstitucionalidad al rechazar los argumentos que sustentaban la supuesta inconstitucionalidad, por la forma y por el fondo, de los Decretos Legislativos 1027 (Decreto Legislativo que modifica la Ley General de Pesca, Decreto Ley 25977) y 1084 (Ley sobre los límites máximos de captura por embarcación).

45. Como consecuencia de ello, el Tribunal también desestimó una demanda de amparo (Sentencia 4363-2009-PA) planteada por una empresa pesquera que alegaba que el límite máximo de captura por embarcación, establecido por el Decreto Legislativo 1084, así como la determinación de cuotas individuales de pesca era inconstitucional por cuanto vulneraba sus derechos fundamentales a la libertad de empresa, a la libre competencia y a la igualdad.

46. Queda claro entonces que, desde que se expidiera la Sentencia 0026-2008-PI/TC (y acumulado), se habían determinado que los límites máximos de captura establecidos por el Decreto Legislativo 1084 eran constitucionalmente válidos.

47. Al respecto, cabe recordar que los artículos 2 y 3 del Decreto Legislativo 1084 establecieron lo siguiente:

Artículo 2. Límite Máximo Total de Captura Permisible

El Ministerio fija para cada temporada de pesca el Límite Máximo Total de Captura Permisible del recurso anchoveta para Consumo Humano Indirecto, sobre la base del informe científico de la biomasa de dicho recurso preparado por el Instituto del Mar del Perú - IMARPE.

Artículo 3. Límite Máximo de Captura por Embarcación

En aplicación de la presente Ley, la captura de anchoveta destinada al Consumo Humano Indirecto que cada titular de permiso de pesca podrá realizar durante cada temporada de pesca quedará establecida en función del Límite Máximo de Captura de anchoveta y anchoveta blanca por Embarcación.

[…]

Artículo 4. Ámbito de Aplicación

[…]

2. Se asignará un Límite Máximo de Captura por Embarcación de anchoveta y anchoveta blanca a las embarcaciones que cuenten con permisos de pesca vigentes para desarrollar actividades extractivas de dicho recurso en la fecha de entrada en vigencia de la Ley.

48. El Tribunal debe advertir, entonces, que, en virtud del artículo VI del Código Procesal Constitucional, los jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad, como sucede en el caso del Decreto Legislativo 1084.

49. Asimismo, este Tribunal aprecia que, para el pleno cumplimiento de una norma cuya constitucionalidad ha sido confirmada a través de un proceso de control abstracto, en lo que respecta al proceso de fijación del Límite Máximo Total de Captura Permisible del recurso de anchoveta para Consumo Humano Indirecto, en particular, y respecto a las medidas de ordenamiento de los recursos hidrobiológicos en general (artículo 22 del Decreto Ley 25977), el Instituto del Mar del Perú (Imarpe) cobra un papel crucial.

50. Por ello, en la medida en que dicha entidad se encuentra adscrita al Produce, este último ministerio deberá garantizar, a través de medicas concretas, el cumplimiento cabal de los fines que son inherentes al Imarpe de acuerdo con su marco legal de funcionamiento.

51. Al respecto, cabe destacar especialmente la importancia de que el Imarpe difunda periódicamente los resultados de sus investigaciones y de los estudios científicos o técnicos que realiza, incluyendo la metodología empleada, para que sean de conocimiento de la comunidad científica y del público en general, en aras de la mayor transparencia posible, que es una exigencia dimanante del Estado constitucional.

§3. Sobre la judicialización del otorgamiento de permisos de pesca y otras modalidades de autorización, permisos o derechos pesqueros

52. Este Tribunal advierte que, en no pocas ocasiones, los particulares han recurrido directamente a procesos judiciales (civiles, contencioso-administrativos y amparos) para solicitar permisos de pesca, autorización de incremento de flota, etc., cuando lo dispuesto por el ordenamiento jurídico es, básicamente, el seguimiento de procedimientos administrativos establecidos en el TUPA de Produce para la obtención de permisos de pesca y, en general, de cualquier autorización, permiso o derecho que involucre la explotación de recursos hidrobiológicos.

53. Sin perjuicio de lo anterior, este Tribunal considera oportuno reiterar algunas consideraciones ya esbozadas con anterioridad en controversias constitucionales y, además, establecer pautas adicionales, como las que se indicarán a continuación.

3.1. Sobre la condición de "parte" del Ministerio de la Producción en los procesos judiciales relacionados con la expedición de permisos de pesca y otras modalidades de autorizaciones, permisos o derechos pesqueros

54. Corresponde ahora determinar si Produce debe ser parte de los procesos judiciales donde se encuentre en controversia la expedición de permisos de pesca y otras modalidades de autorizaciones, permisos o derechos pesqueros a nivel nacional.

55. En principio, desde la expedición del Decreto Ley 25977, Ley General de Pesca, y modificatorias, es claro que en nuestro ordenamiento jurídico la competencia exclusiva en torno a la expedición de permisos de pesca y otras modalidades de autorizaciones, permisos o derechos pesqueros a nivel nacional corresponde a Produce, de lo que se desprende que, en todo proceso judicial en el que se discutía la expedición de tales permisos, correspondía al juez de la causa incorporar a Produce en el respectivo proceso.

56. Tal criterio fue materializado en la jurisprudencia de este Tribunal en la Sentencia 0654-2007-PA/TC, caso en el que se declaró fundada la demanda de amparo

interpuesta por Produce contra el Juzgado Mixto de Huarmey. En dicho caso, tal juzgado había declarado fundada la demanda sobre otorgamiento de escritura pública y, en consecuencia, dispuso, bajo apercibimiento de ser denunciados penalmente los responsables por desacato, la emisión de un acto administrativo, por parte de Produce, que autorice el incremento de flota y el permiso de pesca a favor de la parte demandante.

57. En aquella oportunidad, el Colegiado concluyó que se había vulnerado el derecho de defensa y el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales.

58. Pero, además, el Tribunal desarrolló un importante criterio: la no inclusión de Produce en ese tipo de procesos en donde se ven implicados derechos de pesca, no solo vulnera derechos de orden procesal, sino que además constituye un impedimento arbitrario del ejercicio de la defensa de un interés público, que corresponde al Estado, como es el caso de la explotación racional de los recursos hídricos de nuestro mar territorial y, en concreto, la conservación de la diversidad biológica marina, según los artículos 66 y 68 de la Constitución (Sentencia 0654-2007-PA/TC, fundamento 21).

59. En suma, en dicha sentencia, el Tribunal enfatizó que el juez ordinario había sustituido con su decisión el procedimiento administrativo a cargo de Produce, de conformidad con el Decreto Ley 25977, Ley General de Pesca, y su reglamento.

60. Por último, cabe resaltar que, en la actualidad, rige en nuestro ordenamiento jurídico el Decreto Legislativo 1084, cuya constitucionalidad fue confirmada como se indicó *supra*. El artículo 34 de dicha norma establece lo siguiente:

> **Artículo 34.- Participación del Ministerio como litisconsorte necesario**
>
> El Ministerio se constituye en litisconsorte necesario, con los alcances a que se refiere el artículo 93 del Código procesal Civil, en los procesos judiciales de cualquier naturaleza donde se discuta la titularidad de un permiso de pesca, el derecho de sustitución de bodega, el límite máximo de captura por embarcación y, en general, cualquier autorización, permiso o derecho que involucre la explotación de recursos hidrobiológicos
>
> […].
>
> La incorporación del Ministerio en los procedimientos que se encuentren en trámite a la entrada en vigencia de la presente Ley, se efectuará en la etapa en la que éstos se encuentren

61. Por todo lo expuesto, se advierte que, en nuestro ordenamiento jurídico, los jueces están obligados a incorporar a Produce en los procesos judiciales de cualquier naturaleza relacionados directa o indirectamente con la expedición de permisos de pesca, con el derecho de sustitución de bodega, con el límite máximo de captura por embarcación y, en general, con cualquier autorización, permiso o derecho que involucre la explotación de recursos hidrobiológicos, no solo en atención al Decreto Ley 25977, Ley General de Pesca, reglamento y modificatorias, sino también por mandato expreso del artículo 34 del Decreto Legislativo 1084, criterio recogido también en la Sentencia 0654-2007-PA/TC.

3.2. Sobre el otorgamiento de medidas cautelares referidas al uso, aprovechamiento, extracción o explotación de recursos naturales hidrobiológicos: el caso de la Ley 29639

62. La Ley 29639, "Ley que regula el otorgamiento de medidas cautelares referidas al uso, aprovechamiento, extracción o explotación de recursos naturales hidrobiológicos", ha establecido que para el otorgamiento de la medida cautelar en sede judicial respecto de los derechos administrativos referidos al uso, aprovechamiento, extracción o explotación de recursos naturales hidrobiológicos o que se encuentren relacionados con cualquier otro pedido de naturaleza similar, es necesaria la concurrencia de los siguientes requisitos:

a. verosimilitud del derecho invocado;

b. peligro en la demora o cualquier otra razón justificable;

c. pedido cautelar adecuado o razonable para garantizar la eficacia de la pretensión; por ello, deberá sopesarse la eventual afectación que causaría la medida cautelar al interés público, en especial al medio ambiente, o a terceros, y el perjuicio que causaría al recurrente su no otorgamiento; y

d. se exija y se presente una contracautela con determinadas características.

63. Con relación a la contracautela, la norma aludida ha establecido varios requisitos a cumplir. En primer lugar, la contracautela debe consistir en una carta fianza:

a. incondicional;

b. irrevocable;

c. de realización automática;

d. con una vigencia de dos años prorrogables;

e. otorgada por una entidad de primer orden supervisada por la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones;

f. su importe debe ser igual o mayor al monto del valor del producto a obtenerse, a fin de garantizar el eventual resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda irrogar la ejecución de la medida; y

g. todo lo anterior debe ser observado, bajo responsabilidad.

64. Dicha ley, que entró en vigencia a partir del 25 de diciembre del 2010, estableció en la única disposición complementaria transitoria su aplicación a los procesos en trámite; incluso estableció un plazo de adecuación para las medidas cautelares ya otorgadas.

65. Asimismo, debe precisarse que dichas exigencias se aplican a todo tipo de proceso judicial, incluidos los procesos constitucionales, de conformidad con el artículo 2 de la citada ley; además de las normas del Código Procesal Civil que resulten aplicables.

66. De esta forma, todos los procesos de amparo en los que se cuestione la vulneración o amenaza de violación de derechos fundamentales en el trámite de derechos administrativos referidos al uso, aprovechamiento, extracción o explotación de recursos naturales hidrobiológicos o que se encuentren relacionados con cualquier otro pedido de naturaleza similar, tales criterios deben ser observados para el otorgamiento de medidas cautelares, bajo responsabilidad.

67. Lo anterior se encuentra justificado para el presente caso en el respeto de los mandatos de la Constitución ecológica y, concretamente, en la preservación de los recursos hidrobiológicos del mar peruano, patrimonio de la Nación y, especialmente, en la conservación de la diversidad biológica marítima (artículos 66 y 68 de la Constitución).

68. Además, en los procesos judiciales deberá observarse exclusivamente, según dispone el artículo 2 de la Ley 29639, el artículo 630 del Código Procesal Civil, de forma tal que "si la sentencia en primera instancia desestima la demanda, la medida cautelar queda cancelada de pleno derecho, aunque aquella hubiere sido impugnada".

69. Pero lo anterior tiene una excepción. Sobre el particular, en el caso de los procesos constitucionales, como es sabido, en lo que respecta a la extinción de la medida

cautelar, debe observarse el artículo 16 del Código Procesal Constitucional, lo que excluye la aplicación del artículo 630 del Código Procesal Civil, excepción ya prevista en el artículo 15 de la norma adjetiva constitucional. Así, según el referido artículo 16: "la medida cautelar se extingue de pleno derecho cuando la resolución que concluye el proceso ha adquirido la autoridad de cosa juzgada".

70. En suma, este Tribunal advierte que, más allá de dicha excepción, propia de los procesos constitucionales donde no corresponde aplicar el artículo 630 del Código Procesal Civil, como dispone el artículo 2 de la Ley 29639, esta última debe ser aplicada, para todo lo demás, en lo que respecta al trámite de las medidas cautelares solicitadas en procesos judiciales donde se dilucide el otorgamiento de permisos de pesca y, en general, el uso aprovechamiento, extracción o explotación de recursos naturales hidrobiológicos, o que se encuentren relacionados con cualquier otro pedido de naturaleza similar.

71. De ese esfuerzo de armonización, resulta que en los procesos constitucionales y en el proceso de amparo en concreto, para el otorgamiento de medidas cautelares en procesos donde se invoque la violación o amenaza de violación de derechos fundamentales relacionados con el trámite de los derechos administrativos referidos al uso, aprovechamiento, extracción o explotación de recursos naturales hidrobiológicos o que se encuentren relacionados con cualquier otro pedido de naturaleza similar, además de los requisitos establecidos previamente, deberá atenderse a la irreversabilidad de la medida y a los fines de los procesos constitucionales y postulados constitucionales (artículo 15 del Código Procesal Constitucional).

3.3. Sobre la actuación inmediata de sentencia impugnada en los procesos judiciales relacionados con la expedición de permisos de pesca y otras modalidades de autorizaciones, permisos o derechos pesqueros

72. El artículo 22 del Código Procesal Constitucional establece que "la sentencia que ordena la realización de una prestación de dar, hacer o no hacer es de actuación inmediata".

73. Esto quiere decir que, según esta institución procesal, la sentencia debe ejecutarse aún cuando haya sido recurrida y mientras dura el trámite del recurso impugnativo interpuesto.

74. En el fundamento 63 de la Sentencia 00607-2009-PA/TC (caso Flavio Jhon Rojas), este Tribunal ha establecido, en relación con los efectos de la sentencia de segundo grado, lo siguiente:

> Si la sentencia de segundo grado revoca la decisión del juez *A Quo* que se venía ejecutando provisionalmente podrá seguir surtiendo efectos se mantengan los presupuestos en atención a los cuales fue inicialmente otorgada; lo que se justifica en la finalidad esencial de los procesos constitucionales que, de acuerdo a lo previsto en el artículo II del Título Preliminar del C.P. Const., es la vigencia efectiva de los derechos fundamentales.

75. Así, para este Tribunal, en los procesos constitucionales de la libertad, si bien tiene preponderancia el alcance de la vigencia efectiva de los derechos fundamentales, lo que en un caso concreto involucra un balance de razones correspondientes a los derechos en juego, también es cierto que en ellos emerge como fin adicional el de garantizar la supremacía constitucional y, con ello, la del orden constitucional en su conjunto, como una unidad.

76. Por ello, en los casos en los que el juez, atendiendo a dichos fines esenciales de los procesos constitucionales de la libertad, luego de interpuesto el recurso de agravio constitucional por el demandante, opte por disponer que siga surtiendo efectos la decisión de primer grado favorable a este que se estaba ejecutando, pese a haberse emitido una sentencia de segundo grado que la revocaba, deberá desarrollar, en todos los casos, una motivación cualificada, racional y controlable que incluya, además, la justificación en torno a la verificación en la realidad del mantenimiento de los criterios en atención a los cuales se arribó inicialmente a la decisión de ejecutar anticipadamente la sentencia impugnada.

3.4. Sobre la solicitud de expedición de permisos de pesca y otras modalidades de autorizaciones, permisos o derechos pesqueros a través de procesos judiciales sin previo procedimiento administrativo a cargo de Produce

77. Este Tribunal aprecia que, a través de procesos judiciales, los particulares solicitan permisos de pesca, el derecho de sustitución de bodega, el límite máximo de captura por embarcación y, en general, diversos tipos de autorización, permisos o derechos que involucran la explotación de recursos hidrobiológicos.

78. Sin embargo, como ya se ha dejado establecido *supra*, la entidad titular de la competencia exclusiva para el otorgamiento de las concesiones, autorizaciones, permisos y licencias de pesca a nivel nacional es Produce, sin perjuicio de las competencias de los gobiernos regionales, en el ámbito de sus respectivas jurisdicciones, de conformidad con el artículo 52 de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, Ley 27867, y el artículo 3 del Decreto Legislativo 1047, que incluye a los gobiernos locales.

79. En todo caso, queda claro que la expedición de tales permisos de alcance nacional en general, relativos a la explotación de recursos hidrobiológicos, son actos administrativos emitidos en el marco del correspondiente procedimiento administrativo previsto en el TUPA de Produce, titular exclusivo de tales competencias.

80. Siendo ello así, este Tribunal explicita que los jueces no son competentes para otorgar permisos de pesca, el derecho de sustitución de bodega, el límite máximo de captura por embarcación y, en general, diversos tipos de autorización, permisos o derechos que involucran o están relacionados con la explotación de recursos hidrobiológicos. De esta manera, si a través de procesos judiciales sin previo procedimiento administrativo se otorgan tales permisos o derechos, los jueces que así lo determinen estarían sustituyendo al Produce, titular de la competencia correspondiente de acuerdo con lo explicado previamente y, en ese sentido, estarían menoscabando una competencia del Poder Ejecutivo.

81. Cosa distinta es que, en el marco de un procedimiento administrativo, habiéndose agotado la vía administrativa, cuando la Administración hubiese incurrido en alguna eventual arbitrariedad, de conformidad con el artículo 148 de la Constitución y bajo la observancia de la Ley 27584, Ley que Regula el Proceso Contencioso-Administrativo, y modificatorias, el administrado tenga expedita la vía del proceso contencioso-administrativo para cuestionar cualquier presunta arbitrariedad de la Administración.

82. Sin embargo, cabe precisar que, en el marco de este proceso contencioso-administrativo, el órgano jurisdiccional puede declarar la nulidad de cualquier acto administrativo que presente un vicio, expedido en el marco de un procedimiento administrativo previo y relativo al otorgamiento de permisos de pesca, al derecho de sustitución de bodega, al límite máximo de captura por embarcación y, en general, a diversos tipos de autorización, permisos o derechos que involucran o están relacionados con la explotación de recursos hidrobiológicos.

83. Los jueces no tienen competencia para otorgar autorización, permisos o derechos de pesca sino para controlar las razones expuestas por la administración en las resoluciones que hubiesen sido impugnadas ante su despacho. Corresponderá al propio Produce enmendar lo que se encuentre viciado según lo declarado por el órgano jurisdiccional competente.

84. Por otro lado, corresponde indicar también que, en lo concerniente a los procesos de amparo, resultan improcedentes todos aquellos pedidos que, sin mediar un previo procedimiento administrativo, requieran al juez constitucional, en

calidad de pretensión principal o accesoria, la expedición de permisos de pesca, o el reconocimiento de derechos de sustitución de bodega, o la fijación del límite máximo de captura por embarcación y, en general, toda demanda relacionada con los diversos tipos de autorización, permisos o derechos que involucran o están relacionados con la explotación de recursos hidrobiológicos sin que previamente todo ello haya sido solicitado en el marco del correspondiente procedimiento administrativo establecido en el TUPA de Produce.

85. Ello es así por cuanto, de acuerdo con la naturaleza, objeto y fines del proceso de amparo, en el seno de este tipo de procesos no corresponde dilucidar la titularidad de algún derecho; antes bien, esta debe ser previamente indiscutible, a fin de reponer la situación al estado de cosas anterior en caso de violación o amenaza de vulneración de derechos fundamentales.

86. Y es que, como se ha explicado previamente, es competencia del Produce la decisión sobre la titularidad de este tipo de derechos de pesca en general a nivel nacional, por lo que, en el marco de un proceso de amparo, no resulta constitucionalmente admisible que dichos permisos sean expedidos por un juez constitucional.

87. Una situación distinta se advertiría que si, durante la realización de algún procedimiento administrativo, se vulneran o amenazan con vulnerar los derechos fundamentales de los administrados, ante lo cual aparecería la posibilidad de que estos últimos pudiesen acudir, en principio, a un proceso de amparo, siempre que se respete lo establecido en el artículo 5 del Código Procesal Constitucional.

88. Al respecto, debe tenerse presente que, en variada jurisprudencia de este Tribunal sobre el particular, se encuentra como criterio reiterado la declaración de improcedencia de recursos de agravio constitucional en aplicación de la causal recogida en el artículo 5, inciso 2, del Código Procesal Constitucional, referido a la existencia de vías igualmente satisfactorias para tutelar el derecho invocado, lo cual ha sido desarrollado por el precedente establecido en la Sentencia 02383-2013-PA/TC (Caso Elgo Ríos).

89. De esta forma, este Tribunal, en aplicación de dicho precedente, viene resolviendo que, en casos en los que a través del proceso de amparo se invoque la violación o amenaza de derechos fundamentales en el marco de procedimientos administrativos relativos a la expedición de permisos de pesca, o al reconocimiento de derechos de sustitución de bodega, o la fijación del límite máximo de captura por embarcación y, en general, cuando se soliciten diversos tipos de autorización, permisos o derechos que involucran o están relacionados con

la explotación de recursos hidrobiológicos, el recurso de agravio constitucional interpuesto resulta improcedente por cuanto el proceso contencioso-administrativo es la vía igualmente satisfactoria al amparo en tales casos.

90. Se trata pues de un criterio reiterado, aplicable en principio y que no impide, claro está, que el juez constitucional considere las particularidades de cada controversia sometida a su conocimiento, a efectos de determinar si procede o no el amparo en cada caso concreto (como paso previo a la emisión de su decisión sobre el fondo del litigio constitucional), evaluación que consistiría en la verificación en el caso de la existencia del riesgo de que se produzca la irreparabilidad de la afectación alegada o la necesidad de una tutela urgente derivada de la relevancia del derecho o de la gravedad de las consecuencias (STC 02383-2013-PA/TC, FJ 15),

91. Precisamente, en atención a esto último, este Tribunal estima oportuno y pertinente precisar que lo sostenido en la presente sentencia en nada obsta o impide que los jueces de la República, sea a través del proceso contencioso-administrativo, o excepcionalmente a través del proceso de amparo, cuando corresponda ante la vulneración o amenaza de violación de derechos fundamentales, controlen la corrección de la actuación de Produce en materia de los procedimientos administrativos sobre permisos de pesca y otras modalidades de autorizaciones, permisos o derechos pesqueros.

92. Y, es que, como es sabido, el rol de los jueces en un Estado Constitucional de Derecho es medular en el control de los excesos del poder, sea éste público o privado. Asimismo, en el caso concreto de la justicia constitucional, no debe olvidarse que la fuerza normativa de los derechos fundamentales irradia a todo el ordenamiento y es plenamente vinculante, de manera directa, frente la Administración a fin de evitar y/o prolongar las arbitrariedades en las que ésta pueda incurrir.

93. De esta manera, nada de lo dicho en la presente sentencia puede entenderse en el sentido de restringir el acceso a la justicia, sea ordinaria o constitucional, por parte de los administrados. Como es sabido, el derecho fundamental de acceso a la justicia es exigible frente a toda vulneración de derechos humanos, como manifestación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva reconocida en el inciso 3 del artículo 139º de la Constitución, interpretado a la luz del inciso 1 de los artículo 8 y de los incisos 1 y 2 del artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, los mismos que disponen que:

> Artículo 8.1.: Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente,

independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otra índole.

Artículo 25.1.:Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

Artículo 25.2.: Los Estados partes se comprometen:

a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga el recurso;

b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial; y,

c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que haya estimado procedente el recurso.

94. Las exigencias dimanantes de tal derecho no significan que toda demanda judicial deba ser admitida o, que incluso, deba ser estimada o resuelta en un determinado sentido.

95. Este Tribunal ha sostenido que en el ámbito de protección de este derecho se encuentra no solo "la posibilidad de acceder a un tribunal y que exista un procedimiento dentro del cual se pueda dirimir un determinado tipo de pretensiones, sino también la existencia de un proceso rodeado de ciertas garantías de efectividad e idoneidad para la solución de las controversias" (Sentencia 0010-2001-PI/TC, fundamento 10).

96. Siendo ello así, si se determina en el presente caso que se menoscaban directamente las atribuciones del Poder Ejecutivo, y en concreto de Produce, cuando a través de procesos judiciales sin previo procedimiento administrativo se otorgan permisos de pesca, derechos de sustitución de bodega, o se fija el límite máximo de captura por embarcación, entre otros tipos de autorización, permisos o derechos que involucran o están relacionados con la explotación de recursos hidrobiológicos, no se está incidiendo negativamente en el contenido iusfundamental del derecho de acceso a la justicia, protegido constitucional y convencionalmente.

97. Tampoco se configura ninguna afectación o amenaza de vulneración de este derecho cuando se dispone que en el marco de un proceso de amparo resultan improcedentes todos aquellos pedidos que, sin haber tenido lugar un previo procedimiento administrativo, requieran al juez constitucional, en calidad de pretensión principal o accesoria, la expedición de los permisos, autorizaciones y derechos de pesca antes detallados, por cuanto, el derecho de acceso a la justicia se ejerce de conformidad con los límites que le son inmanentes y que provienen del propio ordenamiento jurídico, conforme a lo establecido *supra*.

§4. Sobre el presunto menoscabo de las atribuciones de produce como consecuencia de las resoluciones del Poder Judicial

98. El demandante sostiene que el Poder Judicial ha incurrido en un menoscabo de las atribuciones del Poder Ejecutivo a partir de una ilegítima interpretación judicial, que se expresaría en un conjunto de resoluciones detalladas en la demanda, las que habrían otorgado derechos y permisos de pesca a particulares, desconociendo la atribución exclusiva del Produce, amenazando con ello la subsistencia de un recurso de gran importancia en nuestro país como el ictícola.

728

99. A fin de determinar si se ha producido un menoscabo en las atribuciones del Poder Ejecutivo, este Tribunal ha analizado detalladamente cada uno de los casos planteados en la demanda. Así, en esta oportunidad se ha logrado establecer determinados criterios de análisis transversales a todos ellos que permitieron arribar a las consideraciones que se indicarán a continuación.

4.1. Los casos judiciales detallados en la demanda

100. En la demanda se adjuntaron un conjunto de anexos que contenían diversas resoluciones judiciales que tenían como propósito sustentar el argumento central que ha motivado la presente demanda competencial, a saber, que los eventuales vicios identificados por el demandante no constituyen una interpretación aislada de jueces de un determinado grado o materia, sino que en realidad alcanza a la institución en su conjunto.

101. Al respecto, se han detallado un total de dieciocho casos, los que han sido clasificados como sigue:

    a. procesos civiles;

    b. procesos contencioso-administrativos; y

    c. procesos de amparo.

102. Tales casos son los que, en su mayoría, habrían generado como respuesta de Produce la interposición de procesos de amparo contra resoluciones judiciales. Dichos casos son los siguientes:

Cuadro 1

Caso	Número de expediente	Particular involucrado
1	2005-1476	Pesquera Olimpo SRL, Pesquera Don Abelardo SAC y Sebastián Martín Novoa Porras (respecto al proceso de amparo, solo se dirigió contra Pesquera Olimpo SRL)
	03589-2005-0-2501-JR-CI-03	
	41763-2006-0-1801-JR-CA-08	
	41763-2006	
	9635-2012-Lima	
	40255-2013-0-1801-JR-CI-06	
2	2006-0182-JPLNC	José Mercedes Álvarez Carrera y otro
	2008-0010-2201-SC-01	
	2008-0011	
	1468-2009	
3	2006-180-JPLNC	Juan Miguel Marín Taboada
	2008-0011-2201-SC-01	
	1483-2009	
	010-2008	
4	2007-0153-0-1612-JP-CI-01	Héctor Hermes Flores Castellano (sucesor procesal de Carlos Díaz Huanilo)
	092-08-2SC	
	4691-2009	
	092-2008	
5	2010-0161-0-1709-JM-CI-01	Toribio Pichilingue Suárez
	34-2014-ODECMA-CSJLA-PJ/L	
	31854-2013-0-1801-JR-CI-07	
	31854-2013	
6	2010-0160-0-1709-JM-CI-01	Valeriana Lucero Paredes
	12900-2014-0-1801-JR-CI-01	
	12900-2014-70-1801-JR-CI-01	
	12900-2014-44-1801-JR-CI-01	

7	2005-961-JP-CI-01	Janio Otto Quijada Bujaico (sucesor procesal de Juan Manuel Neryra García)
	070-2006-0-2501-JR-CI-01	
	3076-2007	
8	6927-2006-16-0101-JC-03	Eloy Leopoldo Torres García
	968-09	
	2794-2010-0-1601-JR-CI-07	
	2794-2010-0-1601-JR-CI-07	
	01476-2010-0-1601-JR-CI-07	
9	390-99	Pesquera Mar SAC
	390-1999-87	
	31003-2013-0-1801-JR-CI-08	
	02016-2016	
	04787-2014	
	04787-2014-0-1801-JR-CI-04	
10	02005-2015-62 (expediente de origen: 3128-2014)	Fernando Barreto Paredes
	03128-2014-62-1801-JR-CA-04	
11	03063-2012-0-1801-JR-CI-05	Pesquera Majat
	3063-2012-0	
	03063-2012-50-1801-JR-CI-05	
	03063-2012-34-1801-JR-CI-05	
	1966-2016	
12	1674-2011-0-0701-JR-CI-02	LSA Enterprises
	1674-2011-0-0701-JR-CI-02	
13	00957-2015-87-0701-JR-CI-03	LSA Enterprises
	538-2015	
14	03811-2010-0-1801-JR-CI-01	Alfredo Quispe Muguerza
	600-2011-47 (expediente de origen: 3811-2010-47)	
15	00857-2015-0-1801-JR-CI-27	Pesquera Mar SAC
	7796-2012-0-1801-JR-CI-07	
	7796-2012	
	426-2015	

16	0027-2012-39-2802-JM-CI-01	Copersa y Promasa
	0027-2012-81-2802-JM-CI-01	
	0027-2012-48-2802-JM-CI-01	
	0027-2012-48-2802-JM-CI-01	
17	18996-2013-0-1801-JR-CI-07	Edgar Raúl Oyola Romero y otros
18	0235-2014-0 (expediente de origen: 43365-2005-0-1801-JR-CI-65)	Aurora SRL
	05906-2015	

Elaboración: Comisión de Procesos de Inconstitucionalidad y Competenciales

103. Ahora bien, de su análisis pormenorizado, este Tribunal ha podido detectar un conjunto de vicios que a continuación se detallarán:

4.1.1. Vicio 1: se autoriza el incremento de flota y se otorgan permisos de pesca en procesos judiciales en los que Produce no ha sido parte

104. Este Tribunal Constitucional ha identificado, cuando menos, 8 casos en los cuales a través de procesos civiles entre particulares, como parte de los puntos resolutivos de los correspondientes fallos, los jueces disponían que se cursen partes judiciales a la Dirección General de Extracción y Procesamiento Pesquero de Produce para que expida el acto administrativo de autorización de incremento de flota y permiso de pesca, según cada caso, para la extracción de anchoveta para consumo humano indirecto, a favor de los demandantes.

105. Los casos identificados son los siguientes:

CASO 1

– Mediante la Resolución 1 del 24 de agosto de 2005, el Juzgado de Paz Letrado de la Corte Superior de Justicia del Santa concedió medida cautelar temporal sobre el fondo y ordenó ejecutar anticipadamente y parcialmente lo que se iba a decidir, por lo que dispuso oficiar adjuntando copias certificadas del escrito y resolución cautelar a la Dirección Nacional de Extracción y Procesamiento Pesquero de Produce para que dentro del plazo de 3 días expida el permiso de pesca a que se refiere la Resolución Viceministerial 020-2004-PRODUCE/DVM-PE, de fecha 02 de setiembre de 2004, a favor de la embarcación pesquera Don Abelardo, hasta que se resuelva el proceso principal, debiendo cumplir con los requisitos que establece el TUPA de la Administración; bajo aperci-

bimiento de incurrir en responsabilidad penal, civil o administrativa el Director de Extracción.

- Si bien dicha medida cautelar fue cancelada mediante Resolución 8 de fecha 24 de octubre de 2005 expedida por el Juzgado de Paz Letrado de la Corte Superior de Justicia del Santa, posteriormente, se expidió la Resolución 2, de fecha 9 de febrero de 2006, según la cual el juez de vacaciones de la Corte Superior de Justicia del Santa declaró la nulidad de la Resolución 8 y declaró la validez y subsistencia de la Resolución 1.
- Ahora bien, a través del artículo 1 de la aludida Resolución Viceministerial 020-2004-PRODUCE/DVM-PE se dispuso el otorgamiento "[…] a la empresa pesquera Olimpo S. R. Ltda. de la autorización de incremento de flota vía sustitución de igual capacidad de bodega de la embarcación pesquera 'Dominó' […] para la adquisición de la embarcación 'Don Abelardo' […], la misma que se dedicará a la extracción del recurso anchoveta con destino para el consumo humano indirecto".
- El 8 de noviembre de 2006, el propio ministerio interpuso una demanda contencioso-administrativa contra la Resolución Viceministerial 020-2004-PRODUCE/DVM-PE, que fue declarada fundada en doble instancia, pero fue más tarde revocada por la Corte Suprema en casación (CAS 9635-2012-Lima), atendiendo a que no se habría acreditado el interés público y no se habría considerado la Resolución Ministerial 500-1998-PE.

- Posteriormente, Produce, con fecha 4 de diciembre de 2013, interpuso una demanda de amparo contra la CAS 9635-2012-Lima en el extremo en el que se declaró fundado el recurso de casación interpuesto por la Pesquera Olimpo SRL, alegando la vulneración de su derecho a obtener una resolución fundada en derecho, entre otros derechos fundamentales.
- Mediante Resolución 1, de fecha 27 de diciembre de 2013, del Sexto Juzgado Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima se declaró improcedente la demanda, lo que fue confirmado a través de la Resolución 11 de fecha 23 de enero de 2019, expedida por la Segunda Sala Constitucional Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima.
- Interpuesto el recurso de agravio constitucional, actualmente el caso se encuentra pendiente de resolución en el Tribunal Constitucional con el número de Expediente Nº 01659-2019-AA/TC.

CASO 2

- Mediante Resolución 3 del 5 de octubre de 2006, expedida en el Proceso Ejecutivo correspondiente al Expediente 182-2006, el Juzgado de Paz Letrado de Nueva Cajamarca de la Corte Superior de Justicia de San Martín declaró fundada la demanda de proceso de otorgamiento de escritura pública de cesión de derechos administrativos de pesca, y ordenó extender escritura pública respecto de la cesión de permiso de pesca sin intervención ni notificación a Produce.
- Mediante Resolución 16, de fecha 01 de abril de 2008, emitida por el Juzgado de Paz Letrado de Nueva Cajamarca, se declaró la nulidad e insubsistencia de la Resolución 9, de fecha 6 de marzo de 2007, debiendo darse cumplimiento a lo ordenado en la Resolución 8, esto es, reiterar los partes respectivos para que la Dirección General de Extracción y Procesamiento Pesquero de Produce expida el acto administrativo de autorización de incremento de flota y permiso de pesca para la extracción de anchoveta para consumo humano indirecto de la embarcación pesquera Jhonny Manuelito III.

- Contra las Resoluciones 3 y 16, Produce, con fecha 26 de mayo de 2008, interpuso demanda de amparo alegando la violación de su derecho a la defensa, entre otros derechos. Mediante Resolución 1, de fecha 7 de julio de 2008, la Sala Civil de Moyobamba de la Corte Superior de Justicia de San Martín concedió medida cautelar innovativa a Produce (Expediente 2008-0011).
- Posteriormente, mediante Resolución 30, de fecha 26 de enero de 2009, la Sala Civil de Moyobamba de la Corte Superior de Justicia de San Martín declaró fundada la demanda de amparo, y declaró nulo e insubsistente todo lo actuado en el Expediente 182-2006, reponiéndose dicho proceso a la etapa de postulación, comprendiendo a Produce, a quien debería conferirse traslado de la demanda.
- Finalmente, mediante la Sentencia P. A. 1468-2009, San Martín, la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República confirmó la Resolución 30, de fecha 26 de enero de 2009.
- En dicho caso, el propio Poder Judicial, con intervención de la Sala Civil de Moyobamba de la Corte Superior de Justicia de San Martín y de la Corte Suprema declaró fundada la demanda de amparo y ordenó la nu-

lidad de lo actuado en el Expediente 182-2006. En todo caso, si bien se advierte que el propio Poder Judicial remedió la incorrecta actuación de uno de sus órganos, ello se produjo años después desde que un órgano jurisdiccional cometiera el vicio de no incorporar a Produce al proceso en la etapa de postulación por tratarse de la concesión del incremento de flota y del otorgamiento de permiso de pesca.

CASO 3

- En un proceso ejecutivo sobre obligación de formalizar documento el Juez de Paz Letrado de Nueva Cajamarca, mediante Resolución 3 de fecha 4 de octubre de 2006, declaró fundada la demanda y ordenó a los demandados formalizar el documento de transacción extrajudicial extendiendo la escritura pública de cesión de derecho administrativo de pesca correspondiente a la embarcación Santo Toribio I, bajo apercibimiento de hacerlo el juzgado, así como también ordenó a Produce, que no era parte del proceso, que expida autorización de incremento de flota y permiso de pesca para la extracción de anchoveta y sardina para consumo humano indirecto con capacidad equivalente a la embarcación pesquera antes aludida

- Mediante Resolución 9 del 6 de marzo de 2007, el propio juzgado declaró inejecutable la segunda parte de la sentencia; pero dicha resolución fue declarada nula por el Segundo Juzgado Mixto de Nueva Cajamarca, cuya Resolución 18, de fecha 19 de marzo de 2008, la revocó y ordenó ejecutar lo resuelto en todos los extremos de la sentencia.

- El 26 de mayo de 2008, el Ministerio de la Producción interpuso demanda de amparo contra la sentencia en mención y contra la Resolución 18, solicitando además una medida cautelar que le fue concedida mediante Resolución 1 de fecha 7 de julio de 2008, expedida por la Sala Civil de Moyobamba de la Corte Superior de Justicia de San Martín. Posteriormente, mediante Resolución 31, de fecha 27 de enero de 2009, la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Moyobamba declaró fundada la demanda y, en consecuencia, se declaró nulo e insubsistente todo lo actuado en el Expediente 180-2006, reponiéndose dicho proceso a la etapa de postulación, comprendiendo a Produce, a quien debería conferirse traslado de la demanda.

- Esta última resolución fue confirmada por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema a través de la Sentencia P. A. 1483-2009 San Martín, de fecha 14 de octubre de 2009.

- En este caso, como en el anterior, se advierte que, aún cuando el Poder Judicial remedió la incorrecta actuación de uno de sus órganos, declarando fundada la demanda de amparo y ordenando la nulidad de lo actuado en el Expediente 180-2006, también es cierto que ello se produjo tiempo después de que un órgano jurisdiccional cometiera el vicio de no incorporar a Produce al proceso en la etapa de postulación por tratarse de la concesión del incremento de flota y del otorgamiento de permiso de pesca.

CASO 4

- En un proceso ejecutivo sobre obligación de formalizar documento el Juez de Paz Letrado de Virú, mediante Resolución 3, de fecha 3 de setiembre de 2007, declaró fundada la demanda y ordenó a la demandada formalizar el documento de transacción extrajudicial extendiendo la escritura pública de cesión de derecho administrativo de pesca correspondiente a las embarcaciones Picsa I, Medellín y Abbe, así como también ordenó al Produce, que no era parte del proceso, que expida el acto administrativo de autorización de incremento de flota para la construcción o adquisición de una nueva embarcación pesquera en sustitución con una capacidad de bodega equivalente a las tres embarcaciones antes descritas, y una vez acredita la construcción o adquisición de esta embarcación, se expida el permiso de pesca correspondiente, bajo apercibimiento de hacerlo dicho juzgado en caso de incumplimiento.

- El juez de paz letrado de Virú, con fecha 23 de mayo de 2008 declaró infundada la solicitud de nulidad de todo lo actuado deducida por Produce.

- El 15 de julio de 2008, el Ministerio de la Producción interpuso demanda de amparo contra la aludida Resolución 3 y las resoluciones posteriores emitidas en ejecución de sentencia por el Juzgado de Paz Letrado de Virú, alegando la vulneración de su derecho de defensa, entre otros derechos, solicitando además por escrito de fecha 22 de octubre de 2008 una medida cautelar de innovar que le fue concedida mediante Resolución 2 de fecha 9 de febrero de 2009, expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad.

- Esta última Sala declaró fundada la demanda de amparo mediante Resolución 16, de fecha 25 de setiembre de 2009; y, en consecuencia, nulo todo lo actuado en el Expediente 2007-0153-0-1612-JP-CI-01, orde-

nándose que el juez de la causa efectúe una nueva calificación de la demanda.

- Dicha resolución sería confirmada por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema mediante la Sentencia P.A. 4691-2009 La Libertad, del 9 de setiembre de 2010.

- En este caso, como en el anterior, se advierte que, aún cuando el Poder Judicial remedió la incorrecta actuación de uno de sus órganos, declarando fundada la demanda de amparo y ordenando la nulidad de lo actuado en el Expediente 2007-0153-0-1612-JP-CI-01, también es cierto que ello se produjo tiempo después de que un órgano jurisdiccional cometiera el vicio de no incorporar a Produce al proceso por tratarse de la concesión del incremento de flota y del otorgamiento de permiso de pesca.

CASO 5

- El Juzgado Penal Unipersonal y Mixto de Motupe, en el contexto de un proceso judicial entre dos particulares sobre otorgamiento de escritura pública, donde Produce no era parte, ordenó a los demandados, a través de la Resolución 3 del 2 de setiembre de 2009, en el plazo de 5 días de notificada la resolución, que cumpla con formalizar el documento de transacción extrajudicial, extendiendo la escritura pública de transferencia y cesión de derechos administrativos de los permisos de pesca de anchoveta de las embarcaciones pesqueras denominadas La Santiago, La Rosario, Peguisa I, Don Juan, San Gallán, Asia 7, Chimbote y Moche 5; así como también dispuso que se cursen los partes judiciales a la Dirección General de Extracción y Procesamiento Pesquero del Produce para que expida a favor del demandante la resolución de permiso de pesca que autoriza la extracción de anchoveta para consumo humano indirecto a las citadas embarcaciones.

- Habiendo sido desestimados los pedidos de nulidad deducidos contra resoluciones expedidas en etapa de ejecución, Produce presentó una demanda de amparo, con fecha 31 de octubre de 2013, solicitando la nulidad de todo lo actuado en el proceso judicial signado con número de Expediente 00161-2010-0-1715-JM-CI-01, alegando la vulneración de su derecho de defensa, entre otros derechos, proceso que se encuentra en trámite; aunque debe resaltarse que, en dicho caso, el Sétimo Juzgado Constitucional de Lima, con fecha 9 de octubre de 2014, concedió una medida cautelar que suspende provisionalmente resoluciones expe-

didas en ejecución de sentencia, entre ellas la Resolución 19, de fecha 22 de noviembre de 2013, expedida por el Juzgado Unipersonal Mixto MBJ-Motupe, de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, que impuso a la Dirección General de Extracción y Producción Pesquero para Consumo Humano Indirecto del Produce una multa de 3 URP al haberse acredito el incumplimiento con lo ordenado por dicha judicatura.

CASO 6

- El Juzgado Penal Unipersonal Mixto de Motupe, en el contexto de un proceso judicial entre dos particulares sobre otorgamiento de escritura pública, donde Produce no era parte, le ordenó al demandado a través de la Resolución 3, de fecha 2 de setiembre de 2010, que cumpla con formalizar el documento de transacción extrajudicial, extendiendo la escritura pública de cesión de derechos administrativos de permiso de pesca de anchoveta para una capacidad de bodega equivalente a las embarcaciones pesqueras Constancia II, Constancia 3, Constancia 4 y Río Perené 4; así como también dispuso que se cursen los partes judiciales a la Dirección General de Extracción y Procesamiento Pesquero del Produce, para que expida a favor de la demandante el acto administrativo de autorización de incremento de flota para la adquisición o construcción de embarcación pesquera de una capacidad equivalente a las citadas embarcaciones pesqueras; y que, una vez acreditada la embarcación, dicha dependencia administrativa otorgue el respectivo permiso de pesca para la extracción del recurso hidrobiológico anchoveta, destinado al consumo humano indirecto, para una capacidad de bodega igual a dichas embarcaciones pesqueras.

- Habiendo sido desestimados los pedidos de nulidad, Produce presentó una demanda de amparo, con fecha 12 de marzo de 2014, solicitando la nulidad de todo lo actuado en el proceso judicial signado con número de Expediente 00160-2010-0-1715-JM-CI-01, alegando la vulneración del derecho a la defensa, entre otros derechos. Dicho proceso se encuentra en trámite, aunque debe resaltarse que, en dicho caso, el 1.er Juzgado Constitucional de Lima, mediante Resolución 2, con fecha 12 de junio de 2014, concedió una medida cautelar de no innovar que suspende provisionalmente la orden antes detallada.
- El otorgamiento de la medida cautelar ha sido confirmado por la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima mediante la Resolución 2 de fecha 8 de abril de 2015.

CASO 7

- El Primer Juzgado de Paz Letrado de la Corte Superior de Justicia del Santa, mediante Resolución 4, de fecha 17 de agosto de 2005, declaró fundada la demanda de otorgamiento de escritura pública entre dos particulares, donde Produce no era parte, y ordenó a los demandados que formalicen o extiendan la escritura pública de cesión de derecho administrativo a favor del demandante; así como también dispuso que se remitan partes judiciales a la Dirección Nacional de Extracción y Procesamiento Pesquero de Produce, para que emita el acto administrativo de incremento de flota y permiso de pesca, que correspondía a las embarcaciones pesqueras Progreso 4 y Piura 7.

- Posteriormente, el referido Juzgado, mediante Resolución 29 del 27 de junio de 2007, ordenó que se otorgue permiso de pesca para la embarcación pesquera Neptuno, a favor del cesionario Janio Otto Quijada Bujaico.

- El Juzgado aludido rechazó la apelación interpuesta por Produce contra la aludida Resolución 4, de fecha 17 de agosto de 2005, atendiendo a que no era parte en el proceso; así como también desestimó los pedidos de nulidad que le siguieron (como es el caso de la nulidad deducida contra la Resolución 29 de fecha 27 de junio de 2007) interpuestos por Produce.

- Con fecha 16 de agosto de 2011, se requirió al juez de paz letrado de origen del presente caso que "[r]emita el expediente en mención a este Juzgado, agotando la búsqueda física y/o el seguimiento respectivo sobre su paradero bajo apercibimiento de darse cuenta a la ODECMA de esta Corte, en caso de incumplimiento".

- Es decir, se encontraría extraviado el expediente principal correspondiente a los referidos autos. Produce planteó la demanda de amparo, que fue declarada inadmisible. A pesar de ser notificada, no habría cumplido con subsanar la omisión declarada por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Santa. Dicho órgano dispuso que se notificara nuevamente con la resolución que declaró la inadmisibilidad de la demanda, pero esta vez en el domicilio real de la entidad demandante.

- Contra dicha resolución, el litisconsorte necesario pasivo, Janio Otto Quijada Bujaico, reconocido en el proceso, dedujo nulidad que fue rechazada por la Sala. Dicha decisión fue apelada y resuelta por la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema en el Expediente

3076-2007 mediante la resolución de fecha 24 de enero de 2008 que, revocándola, determinó haber nulidad, por cuanto el artículo 48 del Código Procesal Civil dispone que, si no se subsana la omisión, debe archivarse el expediente.

- Contra esta resolución, Produce interpuso el recurso de agravio constitucional, que llegaría a conocimiento del Tribunal Constitucional en el Expediente 2866-2008-PA/TC, que declaró nulo el concesorio del recurso contra la resolución que resolvió en segundo grado el incidente de nulidad.
- En conclusión, tenemos que en el presente caso se dio una orden judicial a Produce para que emita una autorización de pesca, luego se extravió el expediente y la demanda de amparo resultó rechazada por no haberse subsanado oportunamente la inadmisibilidad dispuesta por el órgano jurisdiccional competente.

CASO 8

- El Tercer Juzgado Especializado Civil, mediante Resolución 2, de fecha 12 de octubre de 2006, declaró fundada la demanda ejecutiva de obligación de formalizar documento interpuesta por Macedonio Rodrigo Cordero Macedo, proceso en el que Produce no era parte, y ordenó que, dentro del plazo de 5 días, la emplazada cumpla con formalizar el documento de transacción extrajudicial extendiendo la escritura pública de cesión de derecho administrativo de permiso de pesca, equivalente a la embarcación pesquera Ica 1; así como también dispuso que se cursen partes judiciales a la Dirección General de Extracción y Procesamiento Pesquero del Produce para que expida el acto administrativo de autorización de incremento de flota y permiso de pesca para la extracción de anchoveta para consumo humano indirecto con capacidad equivalente a la embarcación pesquera antes mencionada.

- Dicha sentencia fue declarada nula mediante Resolución 10, con fecha 31 de mayo de 2007, en el extremo que dispone que se cursen partes judiciales a Produce.
- Mediante Resolución 35, de fecha 30 de noviembre de 2009, el mismo juzgado declaró nula la Resolución 10 del 31 de mayo de 2007. Con posterioridad, se planteó una demanda de nulidad de cosa juzgada fraudulenta contra la Resolución 2, de fecha 12 de octubre de 2006, recaída en el proceso ejecutivo de obligación de formalizar documento.

- El Segundo Juzgado Especializado en lo Civil Transitorio de Descarga de Trujillo declaró fundada la demanda de nulidad de cosa juzgada fraudulenta y, en consecuencia, nula la Resolución 2 del 12 de octubre de 2002. Dicha resolución sería confirmada por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad e interpuesto el recurso de casación, este fue declarado improcedente por la Sala Civil de la Corte Suprema.
- Por último, se planteó una demanda de amparo contra diversas resoluciones judiciales que declaraban improcedente el pedido de nulidad de la resolución que a su vez declaró la nulidad de la Resolución 2, de fecha 12 de octubre de 2006, en el extremo que dispuso que se cursen partes judiciales a Produce.
- En primera instancia, el Primer Juzgado Civil de Trujillo, a través de la Resolución 65, del 5 de mayo del 2016, declaró fundada la demanda de amparo. En segunda instancia, la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad declaró la conclusión del proceso de amparo sin declaración sobre el fondo, por haber operado la sustracción de la materia, ya que, como se dejó establecido, mediante la Resolución 35 de fecha de 30 de noviembre de 2009 se había dejado sin efecto la resolución contra la que se presentó la demanda.

- Interpuesto el recurso de agravio constitucional, fue declarado improcedente por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 01895-2017-PA/TC, por cuanto las decisiones cuestionadas han devenido en ineficaces. En consecuencia, según el Tribunal Constitucional, el derecho de propiedad invocado por los recurrentes era litigioso, controvertido o de titularidad discutida; y, por lo tanto, no puede ser objeto de pronunciamiento constitucional.
- En conclusión, el Poder Judicial, al declarar la nulidad de la cosa juzgada fraudulenta, dejó sin efecto la Resolución de 12 de octubre de 2006, que ordenaba, entre otros aspectos, que se cursen partes judiciales a Produce.

4.1.1.1 Análisis del vicio identificado

106. Este Tribunal Constitucional considera que la verificación de la reiterada situación caracterizada por la autorización de incremento de flota y el otorgamiento de permisos de pesca a través de procesos judiciales en los que Produce no era parte menoscaba de manera manifiesta y sustancial las atribuciones de este último, configuradas según el ordenamiento jurídico peruano establecido por la Constitución Política de 1993.

107. En relación con ello, este Tribunal sostiene que los jueces no tienen competencia para subrogar a la dirección correspondiente del Produce en el ejercicio de sus atribuciones, desconociendo el procedimiento establecido para tal efecto en la legislación sobre la materia (Decreto Ley 25977, sus normas complementarias y su reglamento).

108. A los jueces del Poder Judicial solo les corresponde conocer de estas materias a través del proceso contencioso-administrativo, conforme al artículo 148 de la Constitución y a la ley que regula dicho proceso, Ley 27584 y modificatorias (Sentencia 0654-2007-PA/TC, fundamento 13).

109. De esta manera, se advierte que lo solicitado en todos estos procesos involucra el despliegue de las atribuciones reservadas al Poder Ejecutivo, a través de Produce, por lo cual resultaba indispensable que, en todos estos casos, cuando menos, se le emplace. En caso contrario, las resoluciones judiciales resultantes son inválidas, de conformidad con el artículo 93 del Código Procesal Civil.

110. En el presente caso, de conformidad con la normativa legal aplicable y la jurisprudencia de este Tribunal, puede identificarse no solo la incompetencia ab initio de los jueces civiles, sino también la desnaturalización de estos procesos por la violación del derecho de defensa de Produce, en los cuales la entidad no pudo defender sus atribuciones. Cabe recordar al respecto que el ejercicio legítimo y conforme a ley de dichas atribuciones se asienta en un interés público indiscutible, como la defensa de los recursos naturales y, en especial, la conservación de la diversidad biológica del mar peruano.

111. Siendo ello así, en los casos previamente detallados donde se resolvieron pedidos de autorización del incremento de flota y solicitudes de permisos de pesca, se advierte que, aún cuando por mandato de la Ley General de Pesca, vigente desde 1992, se haya establecido que el otorgamiento de tales permisos de pesca —y en general, de cualquier autorización, permiso o derecho que involucre la explotación de recursos hidrobiológicos a nivel nacional— es una competencia exclusiva de Produce, los jueces en los procesos civiles establecidos (jueces de paz letrados, jueces especializados en lo civil y otros) no incorporaron a dicha entidad en calidad de litisconsorte necesario; lo cual también significó desconocer las razones invocadas por este Tribunal al momento de resolver el caso establecido en la Sentencia 0654-2007-PA/TC, así como también, lo dispuesto en el artículo 34 del Decreto Legislativo 1084, vigente desde el 29 de junio de 2008.

112. Lo anterior significa que los jueces que conocieron tales casos no observaron la normativa aplicable ni la jurisprudencia pertinente. Es más, en algún caso,

se advierte que aún cuando Produce no fue parte emplazada en el proceso, se llegó a otorgar una medida cautelar a favor del demandante.

113. Todo lo previamente explicado puede apreciarse en los siguientes cuadros:

Cuadro 2

Caso	Órgano Jurisdiccional	**Produce fue parte del proceso**
1	Juzgado de Paz Letrado (Del Santa)	No
2	Juzgado de Paz Letrado (San Martín)	No
3	Juzgado de Paz Letrado (San Martín)	No
4	Juzgado de Paz Letrado (La Libertad)	No
5	Juzgado Penal Unipersonal y Mixto (Lambayeque)	No
6	Juzgado Penal Unipersonal y Mixto (Lambayeque)	No
7	Primer Juzgado de Paz Letrado (Del Santa)	No
8	Tercer Juzgado Especializado en lo Civil (La Libertad)	No

Elaboración: Comisión de Procesos de Inconstitucionalidad y Competenciales

Cuadro 3

Caso	**Se respetó la STC 0654-2007-PA/TC (publicada el 21/11/2007)**	**Se respetó el artículo 34 del D. Leg. 1084 (vigente desde 28/6/2008)**
5	No	No
6	No	No

Elaboración: Comisión de Procesos de Inconstitucionalidad y Competenciales

114. A la luz de lo previamente expuesto, este Tribunal advierte que, efectivamente, el Poder Judicial ha menoscabado la atribución de Produce, en tanto dicho ministerio no fue incluido como parte de los procesos en los que se encontraba en discusión el otorgamiento de permisos de pesca y, en general, cualquier autorización, permiso o derecho que involucre la explotación de recursos hidrobiológicos a nivel nacional, competencia esta última que es exclusiva de Produce, conforme al marco legal establecido por el Decreto Ley 25977, sus normas complementarias y su reglamento.

115. En todo caso, dicho menoscabo resulta más evidente en los casos 5 y 6, donde se aprecia que, pese a lo indicado por este Tribunal en la Sentencia 0654-

2017-PA/TC y pese a la entrada en vigencia del Decreto Legislativo 1084, los órganos jurisdiccionales no incorporaron a Produce en los procesos ya aludidos.

116. Por lo tanto, corresponde estimar la demanda en el citado extremo.

4.1.2. Vicio 2: Incumplimiento de lo dispuesto en la Ley 29639, "Ley que regula el otorgamiento de medidas cautelares referidas al uso, aprovechamiento, extracción o explotación de recursos naturales hidrobiológicos"

117. En segundo término, este Tribunal ha identificado un conjunto de casos en los cuales se otorgaron medidas cautelares en los procesos analizados en contravención de lo dispuesto en la Ley 29639, "Ley que regula el otorgamiento de medidas cautelares referidas al uso, aprovechamiento, extracción o explotación de recursos naturales hidrobiológicos", o donde también se interpuso una demanda de amparo con el fin de que dicha ley sea inaplicable al demandante, esta ya se encontraba plenamente vigente en el ordenamiento jurídico-peruano.

118. Al respecto, de los casos detallados *supra*, este Tribunal Constitucional ha identificado cuando menos tres en los cuales, efectivamente, en los correspondientes procesos judiciales se otorgaron medidas cautelares sin respetar lo dispuesto en el artículo 1 de la citada Ley 29639, en tanto que, en un caso adicional, la pretensión principal era precisamente la inaplicación de la referida ley al demandante.

119. Tales casos son los siguientes:

CASO 10

- El señor Fernando Barreto Paredes, con fecha 12 de mayo de 2014, interpuso demanda contencioso-administrativa contra el Ministerio de la Producción requiriendo la nulidad de las resoluciones administrativas que anularon los permisos de pesca expedidos mediante Resoluciones Directorales 078-2013 y 079-2013-PRODUCE/DGCHI, que fueron ordenados previamente por sentencia de la Quinta Sala Contencioso Administrativa de Lima (Expediente 03128-2014).
- En dicho caso, solicitó un medida cautelar que sería estimada mediante la Resolución 1 de fecha 18 de junio de 2014 en la que se dispuso suspender el efecto de las resoluciones que dejaban sin efecto los permisos.

- Luego, presentada la oposición de Produce en la que se invocaba el incumplimiento de lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 1 de la Ley 29639, el 4.º Juzgado Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima, a través de la Resolución 9, de fecha 13 de enero de 2015, la declaró infundada. Presentada la apelación, la Segunda Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima confirmó la referida Resolución 9, de fecha 13 de enero de 2015.
- Dicha medida cautelar sería cancelada luego de que se declarara infundada la demanda mediante la Resolución 9 de fecha 31 de agosto de 2015.
- La sentencia desestimatoria fue declarada nula por la Segunda Sala Contencioso Administrativa de Lima con fecha 7 de junio de 2016. El Cuarto Juzgado Contencioso Administrativo declaró, finalmente, fundada la demanda mediante la sentencia expedida mediante la Resolución 13 de fecha 11 de mayo de 2017.
- A la fecha se encuentra en trámite el recurso de apelación concedido mediante la Resolución 14 de fecha 6 de junio de 2017. También se encuentran en trámite los recursos de apelación interpuestos en el cuaderno cautelar respecto del auto de adecuación de la contracautela (Resolución 25 de fecha 22 de enero de 2018).

CASO 12

- Mediante Resolución 1, de fecha 3 de octubre de 2011, el Segundo Juzgado Civil de la Corte Superior de Justicia del Callao (en el Expediente 01674-2011), a cargo de la jueza Noemí Fabiola Nieto Nacarino, otorgó medida cautelar de no innovar a LSA Enterprises Perú SAC, y dispuso mantener provisionalmente la situación de hecho y derecho al momento antes de la publicación de la Ley 29639 y de la expedición de las Resoluciones 13, de fecha 13 de abril del 2011 emitida por el Tercer Juzgado Permanente Contencioso Administrativo de Lima, y 03, de fecha 03 de marzo del 2011, expedida por los vocales de la Cuarta Sala Especializada en lo Contencioso-Administrativo de Lima, mientras se resolvía el proceso principal.
- Posteriormente, dicho juzgado, mediante la Resolución 16 de fecha 22 de noviembre de 2012, declaró fundada la demanda de amparo interpuesta por LSA Enterprises Perú SAC; y, en consecuencia, declaró inaplicables a la demandante los requisitos contenidos en la Ley 29639 y también las

resoluciones recaídas en el cuaderno cautelar correspondiente al Expediente 20461-2007 (nulidad de resolución o acto administrativo que se tramitara ante el Tercer Juzgado Contencioso Administrativo de Lima).

- Dicha resolución ordenó que el Produce otorgue a la demandante "la resolución administrativa definitiva correspondiente para el permiso de pesca a la embarcación pesquera 'Doña Licha II'".
- Asimismo, en lo que respecta al incidente cautelar, a través de la Resolución 12, de fecha 30 de enero de 2013, el Segundo Juzgado Civil declaró infundada la oposición presentada por Produce.
- La Sala Civil Permanente de la Corte Superior de Justicia del Callao, mediante Resolución 32, de fecha 13 de setiembre de 2013, revocó la Resolución 16 en cuanto desestimó la excepción de incompetencia territorial y, reformándola, la declaró fundada, declarando nulo todo lo actuado y dando por concluido el proceso.
- El recurso de agravio constitucional llegó a conocimiento de este Tribunal Constitucional que declaró improcedente el recurso de agravio constitucional a través de la Sentencia 3969-2014-PA/TC, por cuanto la demanda se habría interpuesto de modo extemporáneo.

- Asimismo, en el incidente cautelar, apelada la Resolución 12, esta última fue dejada sin efecto por la Sala Civil Permanente del Callao mediante Resolución 7, del 11 de junio de 2014, al declarar fundada la oposición a la referida medida cautelar. Luego, redistribuido el Expediente al Tercer Juzgado Civil del Callao, y habiendo presentado la demandante la aclaración de la Resolución 7, la jueza aludida, Noemí Fabiola Nieto Nacarino, entonces jueza del Tercer Juzgado Civil del Callao, a través de la Resolución 10, de fecha 14 de abril de 2015, dispuso entender que "el trámite de la medida cautelar a favor de la embarcación pesquera 'Doña Licha II' […] se mantuvo y se mantendrá en vigencia hasta que el Tribunal Constitucional expida una resolución final".
- Contra dicha Resolución 10, Produce interpuso recurso de apelación, el que fue resuelto por Resolución 19 de fecha 10 de marzo de 2016, que revocó la Resolución 10 y, reformándola, declaró improcedente la solicitud de aclaración formulada por LSA Enterprises SAC.
- Corresponde advertir que, en relación con el expediente de referencia, llegó a conocimiento de este Tribunal el Recurso de Queja 0115-2017-

Q/TC que fue desestimado de plano, por cuanto se trataba de una queja interpuesta por denegatoria de un recurso de apelación y no de un RAC.

- Asimismo, a través de la Resolución 28, de fecha 20 de agosto de 2018, la Jefatura Suprema de la Oficina de Control de la Magistratura del Poder Judicial de la Corte Suprema de Justicia de la República, en la Investigación Definitiva 458-2016-Callao, resolvió proponer ante el Consejo Nacional de la Magistratura que se imponga la medida disciplinaria de destitución a la magistrada Noemí Fabiola Nieto Nacarino y se disponga la medida cautelar de suspensión preventiva en el ejercicio de todo cargo en el Poder Judicial, hasta que se resuelva en definitiva su situación jurídica materia de investigación disciplinaria.

CASO 13

- Mediante Resolución 1, de fecha 13 de abril de 2015, el Tercer Juzgado Civil del Callao concedió medida cautelar de no innovar a favor de LSA Enterprises Perú SAC en un proceso de amparo, disponiendo, entre otros aspectos, que se incluya provisionalmente a la embarcación pesquera C&Z 4 de matrícula CE-4523-PM dentro del listado de asignación de porcentaje máximo de captura por embarcación (PMCE) correspondiente a la zona centro norte, hasta que se resuelva el fondo del proceso; que se restituya provisionalmente la vigencia y los alcances del permiso de pesca de la embarcación pesquera C&Z 4, de matrícula CE-4523-PM hasta que se resuelva el fondo del presente proceso; y que se admita provisionalmente la declaratoria de procedencia de la solicitud 095129-2014 de asociación o incorporación del PMCE de la E/P C & Z 4, con matrícula CE-4523-PM a la E/P ESTEFANIA I, con matrícula CO-16602-PM, conforme a lo dispuesto en el artículo 7, inciso 2 del D. Leg. 1084, así como lo previsto en el procedimiento 131 del TUPA del Ministerio de la Producción, hasta que se resuelva el fondo del presente proceso.

- Mediante Resolución 10, de fecha 15 de mayo de 2015, el Tercer Juzgado Civil del Callao declaró fundada la oposición a la medida cautelar formulada por Produce por la ausencia de verosimilitud o apariencia del derecho respecto de la demanda, por lo que dejó sin efecto la medida cautelar previamente citada. Posteriormente, mediante Resolución 7, de fecha 7 de noviembre de 2016, la Sala Civil Transitoria de la Corte Superior de Justicia del Callao confirmó la Resolución 10 antes referida y ordenó que se remitan copias certificadas a la Oficina Desconcentrada de

Control de la Magistratura del Callao, con copia a OCMA, a fin de que dicho órgano actúe conforme a sus atribuciones respecto de la posible inconducta funcional de la magistrada Noemí Fabiola Nieto Nacarino, en su actuación como jueza del Tercer Juzgado Civil del Callao, al expedir y ejecutar la Resolución 1, de fecha 13 de abril del 2015.

- Posteriormente, mediante Resolución 17, de fecha 16 de noviembre de 2015, el Tercer Juzgado Civil del Callao declaró fundada la excepción de incompetencia territorial formulada por Produce, extremo que no fue apelado por ninguna de las partes y quedó consentido. Luego, mediante Resolución 33, de fecha 29 de agosto de 2018, la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Callao revocó la Resolución 17 antes mencionada para declarar nulo todo lo actuado, dar por concluido el proceso y ordenar su archivo, imponer además una multa de 10 URP a la demandante LSA Enterprises Perú SAC, y ordenar la remisión de copias certificadas de lo actuado al Ministerio Público para que proceda conforme a sus atribuciones.

- Paralelamente a tales actuaciones, con fecha 28 de abril de 2015, Produce interpuso queja contra la jueza Noemí Fabiola Nieto Nacarino por graves irregularidades en la tramitación del proceso constitucional de amparo, la cual fue declarada inadmisible mediante Resolución 1 de fecha 30 de abril de 2015 y, posteriormente, fue admitida en lo que respecta a la expedición de la Resolución 3 de fecha 22 de abril de 2015.

- Asimismo, con fecha 28 de abril de 2015, Produce interpuso denuncia penal contra la referida jueza por su actuación como jueza provisional del Tercer Juzgado Civil del Callao ante la eventual comisión de los delitos contra la Administración Pública en la modalidad de abuso de autoridad y contra la Administración de Justicia en la modalidad de prevaricato en agravio del Estado-Ministerio de la Producción, previstos en los artículos 376 y 418 del Código Penal.

CASO 16

- Mediante Resolución 1, de fecha 18 de abril de 2012, el Primer Juzgado Mixto de Ilo declaró fundada la solicitud de medida cautelar de no innovar incoada por los demandantes Copersa y Procesadora de Productos Marinos SA (Promasa) en un proceso de amparo, por lo que se dispuso mantener provisionalmente la situación de hecho y derecho antes de la suspensión del permiso de pesca o el impedimento de zarpe de

las embarcaciones Aleta Azul I de matrícula IO-1096-PM, ALeta Azul III de matrícula OI-1094-PM, Aleta Azul IV de matrícula IO-4330, Jose Manuel III de matrícula PT-5128-CM, CHIRA 4 de matrícula IO-0967-PM, Tambo 2 de matrícula IO-0957-PM y Yayo de matrícula CO-4187-CM, y se ordenó la suspensión de toda resolución emitida por la Dirección General de Seguimiento Control y Vigilancia de Produce que disponga la suspensión del permiso de pesca o el impedimento de zarpe de las embarcaciones antes detalladas.

- Dicha resolución fue apelada por Produce y, mediante auto de vista de fecha 30 de enero de 2013, la Sala Mixta de Ilo declaró nula la Resolución 1 por el incumplimiento de la Ley 29639, "Ley que regula el otorgamiento de medidas cautelares referidas al uso, aprovechamiento, extracción o explotación de recursos naturales hidrobiológicos", ordenando remitir copias de las piezas pertinentes al jefe de la Oficina Desconcentrada de Control de la Magistratura de la Corte Superior de Justicia de Moquegua, a efectos de que proceda conforme a sus atribuciones.

- Contra dicha resolución se interpuso recurso de agravio constitucional, que fue declarado improcedente mediante Resolución 4. Los demandantes interpusieron un recurso de queja, que fue declarado improcedente a través de la resolución del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 0090-2013-Q/TC, de fecha 5 de junio de 2014.

- Cuando regresó el cuaderno cautelar al Primer Juzgado Mixto de Ilo, se expidió la Resolución 19, de fecha 17 de setiembre de 2013, mediante la cual se declaró inadmisible la solicitud de medida cautelar de no innovar, otorgando el plazo de quince días a Copersa y Promasa para que cumplan con adecuar la contracautela conforme a lo dispuesto en el inciso 3 del artículo 1 de la Ley 29639. El auto de vista de fecha 12 de noviembre de 2013 la Sala Mixta de Ilo confirmó dicha Resolución.

- Sin embargo, los demandantes plantearon una nueva solicitud cautelar que sería resuelta mediante Resolución 1 de fecha 13 de noviembre de 2013, a través de la cual se dictó medida cautelar de no innovar y se ordenó suspender los efectos de las resoluciones directorales emitidas por la Dirección General de Seguimiento Control y Vigilancia de Produce establecieron sanciones a la embarcación Aleta Azul I, a la embarcación Aleta Azul III, a la embarcación Aleta Azul IV, a la embarcación José Manuel III, a la embarcación Tambo 2, y a la embarcación Yayo, por cuanto había quedado firme la sentencia de fecha 29 de octubre de 2013

que declaró fundada la demanda y ordenó suspender las resoluciones que disponían sancionar a las empresas demandantes.

- Produce formuló oposición contra dicha resolución, la que fue declarada infundada mediante Resolución 7 de fecha 3 de marzo de 2015 por el Primer Juzgado Mixto de Ilo. Posteriormente, mediante Resolución 10, con fecha 2 de junio de 2015, se declaró improcedente por extemporáneo el recurso de apelación interpuesto por Produce contra la referida Resolución 7.
- Tal como se señalara en el trámite del cuaderno principal, a través de la Resolución 22 de fecha 29 de octubre de 2013, se declaró fundada la demanda y se ordenó suspender los efectos de las resoluciones directorales emitidas por la Dirección General de Seguimiento Control y Vigilancia de Produce que establecieron sanciones a la embarcación Aleta Azul I, a la embarcación Aleta Azul III, a la embarcación Aleta Azul IV, a la embarcación José Manuel III, a la embarcación Tambo 2 y a la embarcación Yayo.
- Produce interpuso recurso de apelación que daría lugar a la emisión de la Resolución 36, de fecha 18 de marzo de 2014, en la que la Sala Mixta de Ilo declaró nulo todo lo actuado después de la notificación de la sentencia de primera instancia por considerar que esta quedó consentida. Contra dicha resolución, Produce dedujo nulidad, lo que fue declarado infundado mediante auto de fecha 10 de junio de 2014.
- En ejecución de sentencia, el Juzgado Mixto de Ilo, antes llamado Primer Juzgado de Ilo, mediante Resolución 53 de enero de 2016, tuvo por cumplida la Resolución 22 de fecha 29 de octubre de 2013 por parte de Produce. Luego, mediante Resolución 54 de enero de 2016, declaró improcedente la solicitud de represión de actos lesivos homogéneos deducida por los demandantes.
- Toda vez que Produce cumplió con la sentencia, solicitó en diciembre de 2015 la cancelación de la medida cautelar, petitorio que fue declarado fundado mediante Resolución 19 de fecha 13 de abril de 2016. Esta sería confirmada mediante la Resolución 26 de fecha 27 de mayo de 2016.
- Contra dicha resolución, Copersa interpuso recurso de casación, entendido como recurso de agravio constitucional, lo que fue declarado improcedente a través de la Resolución 27 de fecha 13 de junio de 2016. Asimismo, Promasa interpuso recurso de agravio constitucional, que fue

declarado improcedente mediante Resolución 29 de fecha 22 de junio de 2016. Contra la resolución que deniega el RAC se interpuso una queja que se tramitó en el Expediente 0096-2016-Q/TC, la cual fue rechazada por cuanto no procede el recurso respecto de incidentes cautelares.

- Mediante Resolución 70 de fecha 27 de marzo de 2017, el Juzgado Mixto de Ilo, antes Primer Juzgado de Ilo, dispuso el archivo definitivo del proceso.
- El presente caso, concluyó con sentencia firme a favor de las empresas demandantes por cuanto la Sala Mixta de Ilo declaró nulo el concesorio del recurso de apelación contra aquella. Si bien en el presente caso no se ordenó expedir permisos de pesca, se dejaron sin efecto las resoluciones directorales que les imponían sanciones que impedían utilizar las embarcaciones.

4.1.2.1 Análisis del vicio identificado

120. Como puede apreciarse, en tales casos se otorgaron medidas cautelares en un proceso contencioso-administrativo (Caso 10) y en procesos de amparo (Casos 16) sin verificar el cumplimiento del inciso 3 del artículo 1 de la Ley 29639, esto es, sobre las características que debía tener la contracautela en tanto requisito para el otorgamiento de la medida cautelar. Además, hubo un caso en el cual se otorgó la medida cautelar pese a la ausencia de verosimilitud o apariencia del derecho (Caso 13). Así también, se identificó un caso en el que la pretensión principal fue precisamente la inaplicación de la Ley 29639 (Caso 12), como se detalla a continuación:

750

Cuadro 4

Caso	Proceso	Tipo de vicio a la Ley 29639
10	Contencioso-administrativo	Incumplimiento de los requisitos de la contracautela (inciso 3 del artículo 1 de la Ley).
12	Amparo	Inaplicación de la propia Ley al demandante
13	Amparo	Ausencia de verosimilitud o apariencia de derecho (inciso 1 del artículo 1 de la Ley).
16	Amparo	Incumplimiento de los requisitos de la contracautela (inciso 3 del artículo 1 de la Ley).

Elaboración: Comisión de Procesos de Inconstitucionalidad y Competenciales

121. Por todo lo expuesto, este Tribunal considera que, en los casos antes referidos, se evidencia que determinados jueces del Poder Judicial no cumplieron con lo dispuesto por la Ley 29639, actuaciones que directa o indirectamente han repercutido en el menoscabo en sentido estricto de las atribuciones exclusivas de Produce en lo relativo a la autorización de incremento de flota y otorgamiento de permisos de pesca, y, en general, en lo referente a cualquier autorización, permiso o derecho que involucre directa o indirectamente la explotación de recursos hidrobiológicos a nivel nacional.

122. Por ello, corresponde declarar fundada la demanda en dicho extremo.

4.1.3. Vicio 3: Extender los efectos de la sentencia estimatoria impugnada luego de que fuera revocada en segundo grado sin que exista debida motivación

123. En tercer lugar, este Tribunal ha identificado un caso en el cual se dispuso la continuación de los efectos se la sentencia estimatoria impugnada pese a que en segundo grado se desestimó la demanda de amparo, encontrándose pendiente la evaluación del recurso de agravio constitucional.

124. Tal caso es el siguiente:

CASO 17

- Edgar Raúl Oyola Romero interpuso demanda de amparo contra Produce a fin de que se declare la inejecutabilidad de las sanciones de suspensión de permiso de pesca a la embarcación Liliana, incurridas antes del 8 de agosto de 2007, y que se especifique en el portal de internet de Produce el área geográfica donde se cometieron las infracciones por parte de dicha embarcación, con fecha anterior al 15 de noviembre de 2006, que fueron sancionadas con fecha posterior.
- Mediante Resolución 6, de fecha 15 de enero de 2014, el 7.º Juzgado Constitucional de fecha 15 de enero de 2014 declaró fundada en parte la demanda de amparo interpuesta por Edgar Raúl Oyola Romero. En consecuencia, declaró inaplicables a los demandantes los Oficios 455-2013 y 565-2013-PRODUCE/DGS de fechas 4 y 24 de junio de 2013, expedidos por la Dirección General de Sanciones del Produce; se dispuso la aplicación del inciso 3 del artículo 139 del Reglamento de la Ley General de Pesca (Decreto Supremo 012-2001-PE, modificado por el Decreto Supremo 023-2006-PRODUCE), y se ordenó a la Dirección General de Sanciones del Produce que especifique el área geográfica donde se

habrían cometido infracciones por la embarcación pesquera Liliana, de matrícula PT-16862-CM, antes de 15 de noviembre de 2006, que fueron sancionadas en fecha posterior. Asimismo, se dispuso que se permita al demandante extraer la cuota de captura de pesca que le hubiera correspondido, si alcanzase, durante el periodo de extracción del 6 de julio al 31 de julio de 2013, en la temporada de pesca de 2014.

- A través de la Resolución 7, de fecha 2 de junio de 2014, el 7.º Juzgado Constitucional declaró fundada la solicitud de actuación inmediata de sentencia estimatoria.
- Sin embargo, posteriormente, mediante Resolución 3, de fecha 22 de agosto de 2017, la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima declaró improcedente la demanda de amparo, contra la cual se interpuso el recurso de agravio constitucional. En la actualidad, está pendiente de resolución el caso en el Tribunal Constitucional (Expediente 04480-2017-PA/TC).
- Finalmente, mediante Resolución 21, de fecha 31 de enero de 2018, el 7.º Juzgado Constitucional declaró improcedente temporalmente la solicitud de dejar sin efecto la actuación inmediata de sentencia estimatoria en tanto no se resuelva la pretensión del accionante en el Tribunal Constitucional y dispuso que cumpla la parte demandante con presentar contracautela por el monto a que ascendería su pretensión.

- En resumen, en el presente caso, que se encuentra en trámite en tanto se ha interpuesto un recurso de agravio constitucional, contó con una sentencia estimatoria de primer grado, la que luego fue revocada por el propio Poder Judicial. Sin embargo, se mantienen los efectos de la resolución que dispuso la actuación inmediata de la referida sentencia estimatoria de primer grado.

4.1.3.1 Análisis del vicio identificado

125. El vicio identificado en el presente caso consiste en que, al expedirse la Resolución 21, de fecha 31 de enero de 2018, solamente por el hecho de encontrarse pendiente de resolución el recurso de agravio constitucional en sede de este Tribunal, se dispuso prolongar los efectos de la ejecución de la sentencia estimatoria revocada en segundo grado, sin que ello se haya sustentado o justificado. Dichas razones debían incluir, necesariamente, en la evaluación del mantenimiento de los presupuestos que conllevaron inicialmente a disponer esta actuación de la sentencia estimatoria de primer grado, de acuerdo con

la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (Sentencia 00607-2009-PA/TC, fundamento 63).

126. Así, en este caso también se advierte un incumplimiento de lo dispuesto en la jurisprudencia de este Tribunal, lo que, directa o indirectamente, ha repercutido en el menoscabo de las competencia exclusiva de Produce en lo relativo al otorgamiento de permisos de pesca y, en general, cualquier autorización, permiso o derecho que involucre la explotación de recursos hidrobiológicos a nivel nacional.

127. Por tal razón, corresponde declarar fundada la demanda en dicho extremo.

4.1.4. Vicio 4: Expedición de permisos de pesca y otras modalidades de autorizaciones, permisos o derechos pesqueros a través de procesos judiciales sin previo procedimiento administrativo

128. Este Tribunal ha identificado que en los casos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 y 8, los jueces del Poder Judicial autorizaron el incremento de flota y expidieron permisos de pesca, sin que previamente se haya realizado el procedimiento administrativo correspondiente a cargo de Produce. Se trata de pronunciamientos que accedieron a lo solicitado por los demandantes a través de las resoluciones detalladas previamente.

129. Así, puede apreciarse lo siguiente:

Cuadro 5

Caso	Pedido	Hubo procedimiento administrativo previo a cargo de Produce
Caso 1	Permiso de pesca	No
Caso 2	Incremento de flota y permiso de pesca	No
Caso 3	Incremento de flota y permiso de pesca	No
Caso 4	Incremento de flota y permiso de pesca	No
Caso 5	Permiso de pesca	No
Caso 6	Incremento de flota y permiso de pesca	No
Caso 7	Incremento de flota y permiso de pesca	No
Caso 8	Incremento de flota y permiso de pesca	No

Elaboración: Comisión de Procesos de Inconstitucionalidad y Competenciales

4.1.4.1 Análisis del vicio identificado

130. En tales casos, se advierte que, en segundo grado, los jueces del Poder Judicial declararon fundadas las demandas entabladas por los particulares, en las que se solicitaba la autorización del incremento de flota y permisos de pesca, sin que previamente se haya pronunciado Produce, titular de la atribución exclusiva, a través de un procedimiento administrativo.

131. Todo lo anterior constituye un menoscabo directo de la aludida competencia exclusiva de Produce, en lo relativo a la autorización del incremento de flota y permisos de pesca y, en general, a cualquier autorización, permiso o derecho que involucre la explotación de recursos hidrobiológicos a nivel nacional, por cuanto todo lo anterior debe ser tramitado a través de los procedimientos administrativos correspondientes a cargo de Produce.

132. Por lo previamente indicado, corresponde declarar fundada la demanda en este extremo.

§5. Efectos de la sentencia

754

133. Los vicios detectados previamente dan cuenta de una situación anómala que atenta contra el balance de poderes propio del Estado Constitucional. En efecto, en los casos detallados anteriormente se advierte que Produce ha sido, finalmente, obligado por los jueces del Poder Judicial a autorizar incrementos de flota y permisos de pesca, sin poder revisar si es que se cumplían los requisitos requeridos para ello de acuerdo con la normativa correspondiente.

134. En términos generales, se advierte que, en los casos vinculados con los vicios detectados, bajo la apariencia de una actividad jurisdiccional apegada a la Constitución y a la ley, se estaban menoscabando en sentido estricto las competencias de Produce.

135. A fin de remediar las irregularidades descritas, Produce interpuso procesos de amparo contra las resoluciones judiciales que incurrieron en vicios; sin embargo, no en todos los casos logró obtener una sentencia favorable. A ello debe añadirse que, aún cuando se haya obtenido una sentencia favorable para Produce en el marco de procesos de amparo contra resoluciones judiciales en determinados casos, ello no necesariamente fue logrado de manera célere y oportuna, avalándose con ello la indebida explotación temporal de los recurso naturales pesqueros de la Nación peruana.

136. Asimismo, se advierte que, en determinados casos, las resoluciones que causaban agravio a Produce fueron declaradas consentidas ante la interposición

extemporánea de los correspondientes recursos impugnativos, lo cual, a criterio de este Tribunal, debe conllevar al despliegue de una conducta mucho más diligente por parte de quienes se encuentran a cargo de la defensa jurídica del Produce, por hallarse en juego la protección de los recursos naturales y, especialmente, la conservación diversidad biológica del mar peruano.

137. Ahora bien, el menoscabo descrito previamente ha sido reconocido desde hace años atrás por el propio Poder Judicial. Muestra de ello es la expedición de la Resolución Administrativa 188-2012-P-PJ, de la Presidencia de la Corte Suprema, que contiene la "circular referida a la tramitación de procesos donde se disponga el otorgamiento de permisos de pesca" por parte de Produce, cuyo artículo 1 dispone lo siguiente:

> **Artículo Primero**: Exhortar a los jueces de la República a dar cabal cumplimiento a lo dispuesto por el Decreto Legislativo 1084 que regula la intervención litisconsorcial [sic] del Ministerio de la Producción en todos los procesos en los que se discuta la titularidad de un permiso de pesca, el derecho de sustitución de bodega, el límite máximo de captura por embarcación y, en general, cualquier autorización, permiso o derecho que involucre la explotación de recursos hidrobiológicos. Asimismo, a aplicar debidamente la Ley Nº 29639 referente al otorgamiento de medidas cautelares relacionadas al uso, aprovechamiento, extracción o explotación de recursos naturales hidrobiológicos.

138. Con relación a lo anterior, cabe recordar que, previamente, a través de la Resolución de Jefatura 006-2011-J-OCMA-PJ, se había establecido que constituía una falta disciplinaria muy grave que los jueces "en los procesos que tengan por pretensión principal o accesoria el reconocimiento, autorización, permiso o licencia para la explotación de recursos hidrobiológicos, inexcusablemente, no incorporen al Ministerio de la Producción como litisconsorte necesario".

139. En vista de lo previamente explicado, este Tribunal advierte que en el presente caso ha existido una subrogación inconstitucional de atribuciones de parte de los jueces del Poder Judicial, en detrimento del Produce, según lo desarrollado en el fundamento 10 *supra*.

140. Y es que las resoluciones judiciales viciadas emitidas en el marco de procesos judiciales (civiles, contencioso-administrativos, amparos) dispusieron la realización de actos jurídicos que excedían el ámbito material predeterminado por el ordenamiento jurídico-constitucional para tales procesos (condición de

competencia material), al haberse ordenado a Produce, sin la realización del correspondiente procedimiento administrativo, que autorice el incremento de flota, expida permisos de pesca, entre otros, a favor de los demandantes.

141. Asimismo, en muchos de esos casos, los jueces no observaron las reglas establecidas en general para los casos judiciales (condición de procedimiento) en los que se evalúen eventuales arbitrariedades cometidas por la Administración, o se alegue la vulneración o amenaza de vulneración de derechos fundamentales relacionadas con procedimientos administrativos sobre otorgamiento de permisos de pesca, sobre el derecho de sustitución de bodega, sobre el límite máximo de captura por embarcación y, en general, sobre cualquier autorización, permiso o derecho que involucre la explotación de recursos hidrobiológicos. Tales reglas son las establecidas en el artículo 34 del Decreto Legislativo 1084 (que es coincidente con lo resuelto por este Tribunal en la Sentencia 0654-2007-PA/TC) o las normas sobre el trámite de las medidas cautelares recogidas en la Ley 29639, o incluso lo dispuesto por este Tribunal en materia de actuación inmediata de sentencias impugnadas (Sentencia 00607-2009-PA/TC).

142. Siendo ello así, este Tribunal reitera para los jueces de la República lo siguiente:

- En todo proceso judicial relacionado directa o indirectamente con el otorgamiento de permisos de pesca, con el derecho de sustitución de bodega, con el límite máximo de captura por embarcación y, en general, con cualquier autorización, permiso o derecho que involucre la explotación de recursos hidrobiológicos, Produce debe ser incorporado al proceso en calidad de litisconsorte necesario.

- En todo proceso judicial relacionado, directa o indirectamente, con el otorgamiento de permisos de pesca, con el derecho de sustitución de bodega, con el límite máximo de captura por embarcación y, en general, con cualquier autorización, permiso o derecho que involucre la explotación de recursos hidrobiológicos, deben observarse las disposiciones de la Ley 29639, "Ley que regula el otorgamiento de medidas cautelares referidas al uso, aprovechamiento, extracción o explotación de recursos naturales hidrobiológicos", según los alcances desarrollados por este Tribunal en la presente sentencia.

- En todo proceso de amparo en el que se alegue la vulneración o amenaza de vulneración de derechos fundamentales con ocasión del trámite del

procedimiento administrativo sobre otorgamiento de permisos de pesca, sobre derecho de sustitución de bodega, sobre el límite máximo de captura por embarcación y, en general, sobre cualquier autorización, permiso o derecho que involucre la explotación de recursos hidrobiológicos, el juez de la causa solo podrá disponer la continuación de los efectos de la sentencia de primer grado favorable al demandante que haya sido revocada, siempre que, verificada la interposición del correspondiente recurso de agravio constitucional, expida una resolución con una motivación cualificada, que necesariamente incluya la evaluación sobre el mantenimiento de los presupuestos en atención de los cuales fue inicialmente otorgada la actuación de sentencia estimatoria impugnada, de conformidad con lo indicado por este Tribunal en la presente sentencia.

– Los jueces de la República no pueden, sin que exista un previo procedimiento administrativo a cargo de Produce, otorgar directamente los permisos de pesca o los derechos de sustitución de bodega, ordenar el recálculo del límite máximo de captura por embarcación y, en general, expedir cualquier autorización, permiso o derecho que involucre o esté relacionado directa o indirectamente con la explotación de recursos hidrobiológicos. Antes bien, los jueces deberán pronunciarse por eventuales arbitrariedades cometidas por la Administración en el trámite de los correspondientes procedimientos administrativos a fin de que esta las subsane o, en todo caso, deberán resolver controversias en las que se invoque la violación o amenaza de derechos fundamentales en el marco del trámite de un procedimiento administrativo previo a cargo de Produce, en materia de permisos de pesca o cualquier otra modalidad de permisos, sobre la base de la plena observancia de los requisitos de procedencia del proceso de amparo y el precedente establecido en la Sentencia 02383-2013-PA/TC (Caso Elgo Ríos), de acuerdo con lo establecido por este Tribunal en la presente sentencia.

143. Ahora bien, los vicios anteriormente identificados, al incumplir condiciones de competencia material y de procedimiento para que un acto sea válido, esto es, condiciones en un sentido formal, resultan controlables a través del presente proceso competencial. Y, en ese sentido, de conformidad con el artículo 113 del Código Procesal Constitucional, esta sentencia "vincula a los poderes públicos y tiene efectos frente a todos".

144. Además, este Tribunal advierte que las diversas modalidades de permisos y autorizaciones de pesca otorgadas por Produce y que sean resultado de todos los

casos en los que se produjeron los vicios identificados en la presente sentencia, constituyen actos administrativos emanados de mandatos judiciales que han sido expedidos en el marco del menoscabo de atribuciones del Poder Ejecutivo, a través de Produce.

145. Por lo tanto, habiéndose identificado un conjunto de vicios revisables en un proceso competencial que se derivan de los casos previamente citados, este Tribunal, a fin de garantizar la supremacía constitucional y en cumplimiento de sus funciones de ordenación y pacificación, en atención a la magnitud del menoscabo de atribuciones en el que ha incurrido el Poder Judicial en detrimento del Poder Ejecutivo (Produce), estima necesario disponer que el Poder Ejecutivo, a través de Produce, determine en qué casos corresponde, de conformidad con el artículo 202 de la Ley 27444, "Ley del Procedimiento Administrativo General" y modificatorias: i) iniciar la declaratoria de la nulidad de oficio de los actos administrativos que hubiese expedido Produce como consecuencia de un mandato judicial en procesos en los que el Poder Judicial menoscabó sus atribuciones, o en su defecto, ii) demandar la nulidad de tales actos administrativos ante el Poder Judicial a través de una demanda contencioso-administrativa; y que se proceda en consecuencia, siempre que se trate de actos administrativos expedidos como consecuencia de las resoluciones judiciales en las que se haya incurrido en los vicios competenciales detallados en la presente sentencia.

146. Para el caso de que no se pueda recurrir a la solución legal prevista en el artículo 202 de la Ley del Procedimiento Administrativo General ya citado por vencimiento del término, este Tribunal considera necesario habilitar el plazo de 3 meses para que Produce pueda interponer las demandas contencioso-administrativas que correspondan contra los actos administrativos que hubiera debido expedir como consecuencia de las resoluciones judiciales en las que se haya incurrido en los vicios competenciales advertidos en la presente sentencia.

147. De esta forma se configurarían tres escenarios para el cuestionamiento de los actos administrativos expedidos por Produce como resultado de resoluciones judiciales en los que el Poder Judicial menoscabó sus atribuciones. Efectivamente, la nulidad:

    a. Puede ser dispuesta de oficio por produce en el plazo de 2 años contado a partir de la fecha en que hayan quedado consentidos (artículo 202.3 LPAG);

b. Puede ser demandada judicialmente a través del proceso contencioso administrativo cuando haya prescrito el plazo previsto en el punto anterior siempre que la demanda se interponga dentro de los tres (3) años siguientes a contar desde la fecha en que prescribió la facultad para declarar la nulidad en sede administrativa (artículo 202.4 LPAG); y

c. Puede ser demandada extraordinariamente a través del proceso contencioso administrativo cuando hayan transcurrido los plazos señalados en los literales a) y b), siempre que la demanda se interponga dentro de los tres (3) meses contados desde el día siguiente de la publicación de la presente sentencia en el diario oficial *El Peruano*, de conformidad con los artículos 81 (primer párrafo) y 112 (segundo párrafo) del Código Procesal Constitucional.

148. Los efectos descritos y especialmente la habilitación del plazo dispuesta por este Tribunal, se encuentran justificados en el alto interés público que tiene la preservación de los recursos hidrobiológicos en cuanto forman parte del patrimonio de la Nación, lo que se enmarca, a su vez, en la obligación del poder público de preservación del medio ambiente sano y equilibrado.

149. En ese sentido, este Tribunal, como guardián de la Constitución, garante de la supremacía constitucional y de la tutela de los derechos fundamentales, tiene el deber de efectivizar los mandatos constitucionales a partir de la protección real y efectiva de los bienes constitucionales involucrados en cada caso sometido a su conocimiento.

150. De esta manera, no solo se protegerá de manera directa lo dispuesto por la Constitución Ecológica, en lo que respecta al resguardo de los bienes constitucionales que la integran, sino también, que se contribuirá a una auténtica configuración de las condiciones básicas para el pleno ejercicio del derecho fundamental a un ambiente sano y equilibrado de las presentes y de las futuras generaciones en el país.

151. De otra parte, este Tribunal estima oportuno indicar que lo resuelto en el presente caso no afecta el normal desenvolvimiento de los procesos judiciales sobre otorgamiento de permisos de pesca, sobre el derecho de sustitución de bodega, sobre el límite máximo de captura por embarcación y, en general, sobre cualquier autorización, permiso o derecho que involucre la explotación de recursos hidrobiológicos, que se encuentren en trámite, los mismos que deberán ser resueltos de acuerdo al marco constitucional y legal vigente, estiman-

do o desestimando las demandas en aplicación de lo establecido en la presente sentencia, respetando las atribuciones del Poder Ejecutivo a través de Produce, de acuerdo a lo expresado *supra*, bajo responsabilidad.

152. Asimismo, este Tribunal considera necesario que se ponga en conocimiento de la Oficina de Control de la Magistratura del Poder Judicial la presente sentencia para que proceda de conformidad con sus atribuciones. Asimismo, también debe ponerse en conocimiento del Produce, de la procuraduría de dicho ministerio y de su Oficina de Control Institucional la presente sentencia a fin de que se determinen las responsabilidades a que hubiere lugar en el caso de los funcionarios, servidores públicos, empleados de confianza y, en general, de todos aquellos que resulten responsables por la falta de impugnación oportuna de las resoluciones judiciales adversas a Produce en materia de permisos de pesca y otras modalidades de autorizaciones, permisos o derechos pesqueros.

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

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda competencial interpuesta por el Poder Ejecutivo al haberse advertido el menoscabo de sus atribuciones por haber incurrido el Poder Judicial en los siguientes vicios competenciales:

   1.2. Autorización del incremento de flota y otorgamiento permisos de pesca en procesos judiciales en los que Produce no ha sido parte;

   1.2. Incumplimiento de lo dispuesto en la Ley 29639, "Ley que regula el otorgamiento de medidas cautelares referidas al uso, aprovechamiento, extracción o explotación de recursos naturales hidrobiológicos";

   1.3. Extender los efectos de una sentencia estimatoria impugnada luego de que fuera revocada en segundo grado sin que exista debida motivación; y

   1.4. Expedición de permisos de pesca y otras modalidades de autorizaciones, permisos o derechos pesqueros a través de procesos judiciales sin previo procedimiento administrativo.

2. **DISPONER** que el Poder Ejecutivo, a través de Produce, determine en qué casos corresponde de conformidad con los incisos 3) y 4) del artículo 202 de la Ley 27444, "Ley del Procedimiento Administrativo General" y modificatorias:

i) iniciar la declaratoria de la nulidad de oficio de los actos administrativos expedidos por Produce por mandato judicial en procesos en los que el Poder Judicial menoscabó sus atribuciones, o en su defecto, ii) demandar la nulidad de tales actos administrativos ante el Poder Judicial a través de una demanda contencioso-administrativa; y que se proceda en consecuencia, siempre que se trate de actos administrativos expedidos como resultado de las resoluciones judiciales en las que se haya incurrido en los vicios competenciales detallados en la presente sentencia.

3. **HABILITAR** el plazo de tres (3) meses contados desde el día siguiente de la publicación de la presente sentencia en el diario oficial *El Peruano*, de conformidad con los artículos 81 (primer párrafo) y 112 (segundo párrafo) del Código Procesal Constitucional, para que Produce pueda interponer las demandas contencioso-administrativas que correspondan contra los actos administrativos que hubiera debido expedir como consecuencia de las resoluciones judiciales que hayan incurrido en los vicios competenciales advertidos *supra*, siempre que hubiesen vencido los plazos establecidos en el punto resolutivo anterior, sea para iniciar la declaratoria de la nulidad de oficio de tales actos administrativos o para demandar judicialmente su nulidad a través del proceso contencioso-administrativo.

4. **DISPONER** que el Poder Ejecutivo, a través de Produce, informe a este Tribunal sobre el listado total de los casos en los que el Poder Judicial hubiera menoscabado sus atribuciones y las medidas que adoptará en cada uno de ellos de acuerdo a lo dispuesto en los puntos resolutivos 3 y 4 *supra*.

5. **PONER EN CONOCIMIENTO** de la Oficina de Control de la Magistratura del Poder Judicial la presente sentencia para que proceda de conformidad con sus atribuciones.

6. **PONER EN CONOCIMIENTO** de la Contraloría General de la República la presente sentencia para que proceda de conformidad con sus atribuciones determinando las eventuales responsabilidades que pudieren corresponder a los funcionarios, servidores públicos, empleados de confianza y, en general, respecto de todos aquellos que resulten responsables por la falta de impugnación oportuna de las resoluciones judiciales adversas a Produce en materia de permisos de pesca y otras modalidades de autorizaciones, permisos o derechos pesqueros, según lo indicado en los fundamentos desarrollados *supra*.

7. **NOTIFICAR** la presente sentencia al Instituto del Mar del Perú (Imarpe) a fin de que proceda conforme a sus atribuciones difundiendo periódicamente los

resultados de sus investigaciones y las conclusiones de los estudios científicos o técnicos que realiza, incluyendo la metodología empleada.

Publíquese y notifíquese

SS.

MIRANDA CANALES
RAMOS NÚÑEZ
LEDESMA NARVÁEZ
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

PONENTE LEDESMA NARVÁEZ

Caso de las resoluciones judiciales en Materia de Pesquería
Expediente 00005-2016-PCC/TC

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Coincido con el sentido de lo resuelto por mis colegas magistrados, sin embargo, considero necesario hacer las siguientes precisiones:

1. El caso que ha planteado el Gobierno busca desarrollar una vez mas lo que ha sido establecido en alguna jurisprudencia de este Tribunal (pues no estuvo previsto en el articulado del Código Procesal Constitucional), como un conflicto constitucional por menoscabo, mediante el cual lo que busca evitarse es que un organismo causa interferencia en la esfera de actuación de otro organismo o Poder del Estado mediante un ejercicio ilegítimo de sus competencias (STC 00006-2006-CC/TC, f.j. 20)

2. Conocidas son mis discrepancias con la manera en que se planteó y se usó esta figura. Y es que, frente a la afirmación de que existan resoluciones judiciales en las cuales la judicatura ordinaria habría emitido resoluciones consagrando situaciones o resoluciones jurídicas más allá de sus potestades, se procedía a la declaración de nulidad de esas resoluciones judiciales, valiéndose para ello de un medio procesal de –por lo menos- discutible idoneidad. Y lo más grave, aquello se hacía sin participación (e incluso sin conocimiento) de aquellos a los cuales, con razón o sin ella, se le habrá reconocido ciertas pretensiones.

3. Y es que un escenario procesal constitucional puede ser polémico y hasta incomodo, pero lo que no debe jamás es devenir en consagratorio de situaciones de indefensión. No es posible soslayar que es a través de los diferentes procesos constitucionales que se busca establecer una especial y especifica canalización a la concretización de las diferentes disposiciones constitucionales. Así se busca asegurar el mantenimiento y el fortalecimiento de la dinámica propia de un Estado Constitucional, y esa es precisamente la tarea que nos corresponde como jueces y juezas constitucionales.

4. Sostener entonces que la consecuencia de una actuación en un escenario procesal constitucional (llámase conflicto competencial por menoscabo o como se le quiera denominar) implica la consagración de situaciones de indefensión, en el cual, sin posibilidad de defender nuestras pretensiones se le quita valor jurídico a lo ya acogido por la judicatura ordinaria, no es algo que condice precisamente con el espíritu que motiva la labor de un juez o jueza constitucional

5. Es por ello que coincido con la dinámica que a partir de esta sentencia se otorga al denominado conflicto competencial por menoscabo: si no puede descartárselo, que los efectos de su sentencia se circunscriban a detectar dónde se vulneraron las competencias de una entidad, y habilitar que se recurra al medio procesal correspondiente para que allí se diluce la materia controvertida. Así se evita la plasmación de un escenario de indefensión contrario, repito, a la dinámica de un Estado Constitucional.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

EXP. N.° 0005-2016-PCC/TC
PODER EJECUTIVO

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

Discrepamos de la sentencia de mayoría que estima la demanda de conflicto competencial que entabla el Poder Ejecutivo contra el Poder Judicial, al haber resuelto conflictos contractuales que involucran la titularidad de derechos administrativos de pesca, soslayando que las sentencias judiciales datan del 2005 y 2006, cuando estaba vigente la Ley General de Pesca de 1992.

Recién el 2013 el Decreto Legislativo 1084 estableció la necesaria participación de Produce al transmitirse tales derechos, por lo que mal podían los jueces aplicar el 2005 y 2006 una norma legal que aún no existía.

Es más, en la sentencia recaída en el expediente 03317-2012-PA/TC, el Tribunal Constitucional ya señaló lo anterior, sustentándose en que el artículo 103 de la Constitución establece que las leyes rigen hacia adelante, no hacia atrás.

La sentencia de mayoría se aparta de lo entonces resuelto, sobre la base de pretender que el artículo 46 de la Ley General de Pesca obligaba a los jueces a convocar a Produce, en tanto que dice:

Las concesiones, autorizaciones, permisos y licencias, serán otorgados a nivel nacional, por el Ministerio de Pesquería [cursiva añadidas].

No obstante ello, en estos casos, lo que estaba en cuestión no era el *otorgamiento* de derechos de pesca sino la *transmisión* de derechos que ya habían sido previamente otorgados por Produce, lo cual es distinto.

Es más, la Ley General de Pesca no requería que Produce diera su visto bueno a cada transferencia de derechos porque no eran otorgados *intuitu personæ* sino constituidos como accesorios de las embarcaciones pesqueras. No eran derechos personales sino derechos reales.

De hecho, ratificando que se trata de derechos reales, el artículo 34 del Reglamento de la Ley General de Pesca dice lo siguiente:

El permiso de pesca es indesligable de la embarcación pesquera a la que corresponde. La transferencia de la propiedad o posesión de las embarcaciones pesqueras de bandera nacional durante la vigencia del permiso de pesca conlleva la transferencia de dicho permiso en los mismos términos y condiciones en que se otorgaron. Sólo realiza actividad extractiva el titular del permiso de pesca [cursivas añadidas].

Ciertamente, el 2007 se introdujo un segundo párrafo, señalando lo siguiente:

No procede la autorización de cambio de titular del permiso de pesca, en caso de verificarse que los transferentes de la embarcación pesquera cuentan con sanciones de multa que no han sido cumplidas, impuestas mediante actos administrativos firmes o que hayan agotado la vía administrativa o confirmadas con sentencias judiciales que hayan adquirido la calidad de cosa juzgada.

En el mejor de los casos, a partir de entonces habría sido necesario recabar la autorización de Produce, pero no antes. El 2005 y 2006, los jueces no tenían cómo saber que el 2007 habría dicha reforma reglamentaria y el 2013 la reforma legal mencionadas.

Por todo ello, nuestro voto es porque la demanda sea declarado IMPROCEDENTE.

SS.

BLUME FORTINI
SARDÓN DE TABOADA
FERRERO COSTA

AUTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Lima, 29 de octubre de 2019

VISTA

La demanda de conflicto competencial interpuesta con fecha 10 de octubre de 2019por el señor Pedro Carlos Olaechea Álvarez-Calderón, quien invoca la condición de Presidente del Congreso de la República, contra el Poder Ejecutivo; y

ATENDIENDO A QUE

1. Conforme a lo establecido en el inciso 3 del artículo 202 de la Constitución Política del Perú, el Tribunal Constitucional es competente para conocer los conflictos de competencias o de atribuciones que esta asigna a los poderes del Estado, los órganos constitucionales y los gobiernos regionales y municipales.

2. Este Tribunal, en reiterada jurisprudencia, ha establecido que para que se configure un conflicto competencial se requiere de la concurrencia de dos elementos: uno subjetivo y otro objetivo.

3. El primero de ellos está referido a que los sujetos involucrados en el conflicto deben contar con legitimidad para obrar. Al respecto, el artículo 109 del Código Procesal Constitucional reconoce legitimidad activa, con carácter de *numerus clausus*, a determinadas entidades estatales.

4. El segundo de los elementos que debe tener un conflicto competencial es de carácter objetivo. Este se encuentra referido a la naturaleza del conflicto mismo, la cual deberá tener dimensión constitucional; es decir, deberá tratarse de competencias o atribuciones derivadas de la Constitución o de las leyes orgánicas respectivas.

5. El conflicto puede oponer, según nuestra normatividad: (i) al Poder Ejecutivo con uno o más gobiernos regionales o locales; (ii) a un gobierno regional o local

con uno o más gobiernos regionales o locales; y, (iii) a un poder del Estado con otro poder del Estado o con una entidad constitucional autónoma, o a estas entre sí.

6. Dicho artículo establece también que las entidades estatales en conflicto deben actuar en el proceso a través de sus titulares, y si el órgano tiene composición colegiada debe contar, además, "con la aprobación del respectivo pleno".

A) La legitimación activa en el presente caso (elemento subjetivo)

7. Debe tomarse en cuenta que, en la Edición Extraordinaria del Diario Oficial *El Peruano* del 30 de setiembre de 2019, se publicó el Decreto Supremo 165-2019-PCM, mediante el que se "disuelve el Congreso de la República y convoca a elecciones para un nuevo Congreso" de acuerdo con lo previsto en el artículo 134 de la Constitución. Esta disposición establece que:

> "[e]l Presidente de la República está facultado para disolver el Congreso si éste ha censurado o negado su confianza a dos Consejos de Ministros.
>
> El decreto de disolución contiene la convocatoria a elecciones para un nuevo Congreso. Dichas elecciones se realizan dentro de los cuatro meses de la fecha de disolución, sin que pueda alterarse el sistema electoral preexistente.
>
> No puede disolverse el Congreso en el último año de su mandato. **Disuelto el Congreso, se mantiene en funciones la Comisión Permanente, la cual no puede ser disuelta** (...)"(negritas agregadas).

8. Como fue señalado *supra,* el Código Procesal Constitucional exige que las entidades estatales actúen en el proceso competencial a través de sus titulares, y si el órgano tiene composición colegiada debe contar, además, "con la aprobación del respectivo pleno".

9. En el presente caso, la materia controvertida consiste en determinar si es que la parte actora tenía facultades para interponer la demanda de conflicto competencial de autos, presentada ante este Tribunal el 10 de octubre de 2019, en atención a que el Pleno de la citada entidad se encuentra disuelto.

10. Ahora bien, de conformidad con la Constitución, la Comisión Permanente, durante el interregno parlamentario, continúa ejerciendo sus funciones. Esto no implica que la Comisión Permanente tenga las facultades del Pleno del Congreso y pueda hacer sus veces, sino que está limitada a lo dispuesto en el artículo 135 de la Constitución. Efectivamente, la Comisión Permanente y el Pleno

del Congreso de la República son órganos diferentes y no tienen las mismas competencias, es decir, esta última no es un Pleno reducido, ni tiene sus mismas atribuciones.

11. Por ello, determinar la legitimidad activa en este caso no es un asunto de sencilla dilucidación. Y es que, como se advertirá, existen extremos de la demanda que han contado, según indica la parte actora, con la autorización del Pleno del Congreso, mientras que, en otros casos, la licencia para hacerlo ha sido brindada por la Comisión Permanente. Al respecto, este Tribunal advierte que, con el escrito de demanda competencial, se han adjuntado los siguientes documentos:

    (i) La copia fedateada de la transcripción de la Sesión del Pleno del Congreso de la República del 25 de julio de 2019 (anexo 1 de la demanda), en la cual el entonces Presidente del Congreso, Daniel Salaverry Villa, informa la adopción del siguiente acuerdo:

    > Ha sido aprobada la autorización al Presidente del Congreso de la República, para que interponga una acción competencial y su correspondiente medida cautelar ante el Tribunal Constitucional, a fin de que este órgano constitucional esclarezca el alcance y forma en que se ejerce la cuestión de confianza planteada por el Presidente del Consejo de Ministros en su exposición en este Hemiciclo (fojas 85 del cuaderno principal).

    (ii) La copia fedateada de la transcripción de la Sesión de la Comisión Permanente del Congreso de la República del 2 de octubre de 2019 (anexo 2 de la demanda), en la cual el Señor Pedro Carlos Olaechea Álvarez-Calderón, invocando la condición de Presidente del Congreso de la República, informa la adopción del siguiente acuerdo:

    > En consecuencia, ha sido aprobada la autorización para interponer una acción competencial y su correspondiente medida cautelar ante el Tribunal Constitucional (fojas 121 del cuaderno principal).

12. De este modo, puede notarse que la demanda competencial que aquí se analiza ha sido interpuesta con autorizaciones, respecto del punto (i), del Pleno del Congreso, y, en relación con el punto (ii), con la de la Comisión Permanente. En ese sentido, se alega que diversos actos realizados por el Poder Ejecutivo vulneran las competencias constitucionales del Congreso, el principio de separación de poderes, el Estado de Derecho y el sistema democrático.

13. Se ha solicitado, en particular, que este Tribunal admita a trámite la demanda competencial y declare:

(i) Que el Poder Ejecutivo no tiene competencia para realizar pedidos de cuestión de confianza respecto de atribuciones que son de competencia constitucional exclusiva del Congreso de la República, ya que ello significa menoscabar dichas atribuciones;

Las competencias a las que se hace referencia en la demanda son las de: (a) aprobación de normas de reforma constitucional (artículo 206 de la Constitución); y, (b) la selección y elección de magistrados del Tribunal Constitucional (artículo 201 de la Constitución);

(ii) Que, cuando el Poder Ejecutivo, a través de la Presidencia del Consejo de Ministros, realiza un pedido de cuestión de confianza, este solo puede ser otorgado por el Congreso de la República de forma expresa, a través de una votación del Pleno, y no de manera tácita o "fáctica";

(iii) Que la cuestión de confianza debe plantearse, debatirse y someterse a votación, respetando los procesos establecidos en el Reglamento del Congreso, en función a sus prerrogativas de autorregulación; y,

(iv) La nulidad del acto de disolución contenida en el Decreto Supremo 165-2019-PCM.

14. La primera de dichas pretensiones se relaciona con dos aspectos: (a) la cuestión de confianza respecto de la aprobación de normas de reforma constitucional; y, (b) la cuestión de confianza respecto de la selección y elección de magistrados del Tribunal Constitucional.

15. En relación con la cuestión de confianza respecto de la aprobación de normas de reforma constitucional, existe el acuerdo de la Sesión de Pleno del Congreso del 25 de julio de 2019 -al que se hizo alusión *supra*-, el cual se adoptó como consecuencia de la cuestión de confianza anunciada por el Presidente del Consejo de Ministros con el Oficio 125-2019-PCM (fojas 81 del cuaderno principal), que es el acto cuestionado en este extremo de la demanda. Sobre ello, es posible advertir que el acuerdo del Congreso de la República no se relaciona con algún supuesto concreto que genere la interposición de una demanda de conflicto de competencias, sino, antes bien, se trata de un pedido genérico vinculado con la posibilidad de plantear cuestiones de confianza respecto de leyes de reforma constitucional, asunto que no se dilucida en esta clase de procesos constitucionales, los cuales demandan una conducta concreta que materialice dicha tensión. Del mismo modo, este Tribunal observa que el Congreso de la República otorgó al Poder Ejecutivo, en su momento, la cuestión de confianza sobre los proyectos de leyes de reforma constitucional, los cuales fueron debatidos y aprobados por parte del mismo Poder Legislativo.

16. Por otro lado, respecto de las demás pretensiones (que están relacionadas con el pedido de cuestión de confianza del 30 de setiembre de 2019 y el acto de disolución del Congreso contenido en el Decreto Supremo 165-2019-PCM) no existe un acuerdo adoptado por el Pleno del Congreso, conforme lo requiere el artículo 109 del Código Procesal Constitucional, en tanto el Congreso de la República se encuentra disuelto y únicamente se encuentra en funciones la Comisión Permanente.

17. Al respecto, debería tenerse presente que si este Tribunal, en aplicación estricta de un criterio netamente formal como el contenido en el artículo 109 del Código Procesal Constitucional, rechazara la demanda interpuesta por quien actúa legitimado con el acuerdo de la Comisión Permanente, se estaría desconociendo las funciones que le han sido encargadas directamente por la Constitución, y omitiendo cumplir con su deber de colaborar en la solución jurídica y pacífica de conflictos de carácter constitucional en nuestra sociedad.

18. En tal sentido, corresponde recordar los siguientes principios de interpretación constitucional, establecidos por este Tribunal en el fundamento 12 de la Sentencia 05854-2005-AA/TC:

(i) Corrección funcional: que 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; y,

(ii) Función integradora: El "producto" de la interpretación sólo podrá ser considerado como válido en la medida que contribuya a integrar, pacificar y ordenar las relaciones de los poderes públicos entre sí y las de estos con la sociedad.

19. Atendiendo a dichos principios tenemos que, ante un conflicto competencial de la magnitud del que existe ahora, este Tribunal está llamado a interpretar las atribuciones de los poderes en conflicto de modo tal que se asegure el equilibrio de poderes inherente al Estado Constitucional, pacificando y ordenando las relaciones entre los mismos. Del mismo modo, debe tenerse en cuenta que la imposibilidad de cuestionar jurisdiccionalmente el decreto que dispone la disolución del Congreso de la República generaría que su sola entrada en vigencia suponga su inmunidad, cuestión que atentaría contra el carácter normativo de nuestra Norma Fundamental. Como se ha sostenido con anterioridad,

> afirmar que existen actos de alguna entidad estatal cuya validez constitucional no puede ser objeto de control constitucional, supone sostener, con el mismo énfasis, que en tales ámbitos la Constitución ha perdido su condición de norma jurídica, para volver a ser una mera carta política referencial, incapaz de vincular al poder. Pretender que el Tribunal Constitucional se adhiera a esta tesis, equivale a pretender que abdique del rol de guardián de la Constitución [STC 05854-2005-PA/TC, fundamento 7].

20. Esta necesidad es aún más apremiante si se advierte que, de conformidad con el artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, uno de los fines de los procesos constitucionales es garantizar la primacía de la norma suprema, cuestión que amerita que sea este Tribunal el órgano llamado a dirimir el conflicto y pronunciarse sobre la compatibilidad del acto de la disolución del Congreso de la República con la Constitución de 1993. Es evidente, sobre este punto, que admitir a trámite la demanda no presupone que la misma vaya a ser amparada. Tan solo implica la constatación de que existe una situación que amerita ser resuelta a través de la activación de la jurisdicción constitucional.

21. Por otro lado, si bien la interposición de una demanda de conflicto competencial sin acuerdo de Pleno se trata de un supuesto no previsto expresamente en la Constitución o el Código Procesal Constitucional, este Tribunal advierte que resulta un imposible jurídico exigir que un órgano que no se encuentra en funciones adopte un acuerdo. En ese sentido, es evidente que tanto los constituyentes de 1993 como los autores del Código Procesal Constitucional no se colocaron en el escenario de una eventual demanda de conflicto competencial interpuesta con el Pleno del Congreso de la República disuelto. Sin embargo, desde ningún punto de vista ello puede suponer que la ausencia de una disposición expresa sobre esta materia deba interpretarse en el sentido de restringir de manera injustificada la posibilidad de que dicho órgano pueda cuestionar ante este Tribunal algún acto concreto que, según su percepción, pueda suponer un menoscabo de sus atribuciones.

22. En ese sentido, y toda vez que la situación descrita genera una duda razonable en torno a la admisión a trámite de la presente demanda, corresponde aplicar el principio *pro actione,* incorporado en el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, por lo que debe continuarse con el trámite del proceso, adecuando las exigencias de las formalidades previstas a su finalidad garantizando la primacía de la Constitución.

23. En todo caso, un pronunciamiento en relación con el fondo de la controversia es no solamente lo más beneficioso para fortalecer nuestras instituciones democrá-

ticas, sino que también permitirá que este Tribunal pueda delimitar los alcances de las atribuciones de los órganos que, en esta oportunidad, se encuentran involucrados, esto es, tanto del Congreso de la República como del Poder Ejecutivo.

B) La naturaleza del conflicto competencial en el presente caso (elemento objetivo)

24. En el escrito de demanda de conflicto de competencia se señala que existe un conflicto constitucional por menoscabo en sentido estricto. En este supuesto, cada órgano constitucional conoce perfectamente cuál es su competencia; sin embargo, uno de ellos realiza un indebido o prohibido ejercicio de la atribución que le corresponde, lo que repercute sobre el ámbito del que es titular el otro órgano constitucional.

25. El proceso competencial resulta de importancia justamente para dirimir las controversias que se susciten en torno a las atribuciones asignadas directamente por la Constitución o las leyes orgánicas que delimiten los ámbitos propios de los poderes del Estado y, en consecuencia, el desarrollo del sistema democrático requiere que los casos como el presente sean deliberados y resueltos por este órgano de control de la Constitución. En efecto, resulta evidente que una controversia que gira en torno a la legitimidad de la disolución del Congreso de la República es uno de los más importantes y urgentes conflictos constitucionales que podrían ser materia del proceso de competencias establecido en el inciso 3 del artículo 202 de la Constitución.

26. Por todo lo expuesto, corresponde admitir la demanda competencial planteada por el Señor Pedro Carlos Olaechea Álvarez-Calderón, quien invoca la condición de Presidente del Congreso de la República, contra el Poder Ejecutivo, y emplazar a este último para que la conteste de conformidad con lo establecido en el artículo 112 del Código Procesal Constitucional.

27. A mayor abundamiento, la admisión a trámite de la demanda competencial en el presente caso no podría conllevar a que los efectos de lo resuelto en la sentencia que se emitirá en el marco del presente proceso competencial incidan en el cronograma electoral aprobado por el Jurado Nacional de Elecciones, a través de la Resolución 155-2019-JNE, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 11 de octubre de 2019.

28. Al respecto, y de manera complementaria, debe precisarse que este Tribunal, en controversias jurídicas en las cuales la materia de relevancia constitucional ha estado relacionada directa o indirectamente con el cumplimiento de un crono-

grama electoral, ha dispuesto que la interposición de una demanda no suspende dicho cronograma, todo ello en aras de la seguridad jurídica del proceso electoral, necesaria para la estabilidad y equilibrio del sistema constitucional (STC 05854-2005-PA/TC, fundamentos 38 y 39). Las consideraciones desarrolladas por el Tribunal Constitucional al dirimir la presente controversia tendrán efectos a futuro.

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú, y con los fundamentos de voto de los magistrados Blume Fortini, Miranda Canales, Sardón de Taboada, Ledesma Narváez, Espinosa-Saldaña Barrera y Ferrero Costa,

RESUELVE

ADMITIR a trámite la demanda de conflicto competencial y correr traslado de la misma al Poder Ejecutivo.

Publíquese y notifíquese.

SS.

BLUME FORTINI
MIRANDA CANALES
RAMOS NÚÑEZ
SARDÓN DE TABOADA
LEDESMA NARVÁEZ
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA
FERRERO COSTA

Expediente 00006-2019-CC/TC
AUTO 1 – CALIFICACION

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI

Si bien coincido con admitir a trámite la demanda competencial promovida por el Poder Legislativo contra el Poder Ejecutivo materia de estos autos, considero importante manifestar las razones por las que opino que el señor Pedro Carlos Olaeche Álvarez-Calderón cuenta con legitimación activa suficiente para plantear la presente demanda, así como considero necesario expresar mi discrepancia con relación a los fundamentos 27 y 28 del auto de calificación de la demanda.

1. En primer lugar, soy de la opinión de que la presidencia del Poder Legislativo, en tanto es uno de los poderes del Estado, la mantiene el señor Pedro Carlos Olaechea Álvarez-Calderón, quien, en su momento, fue elegido para tal cargo, bajo el procedimiento parlamentario respectivo.

2. En mi condición de juez constitucional, defensor de la vigencia y fuerza normativa de la Constitución, considero ello en una interpretación constitucional y sistemática del mandato contenido en el párrafo tercero del artículo 134 y el artículo 34 de la Carta Fundamental.

3. En efecto, por mandato del Poder Constituyente expresado en el artículo 43 de la Constitución Política, el Perú es una república democrática, organizada bajo el principio de separación de poderes. En tal sentido, corresponde reafirmar tal mandato y establecer que el ejercicio de la potestad presidencial de disolución del Congreso de la República contenida en el artículo 134 del Texto Constitucional no implica, bajo ningún supuesto, eliminar o extinguir un poder del Estado, más aún cuando, el tercer párrafo del citado artículo, manifiesta clara y certeramente que, la Comisión Permanente del Congreso de la República *"no puede ser disuelta"*.

   Asumir una interpretación, postura o entendimiento en dicho negado sentido interpretativo supondría un alejamiento de la estructura del Estado republicano

y democrático peruano, que vaciaría de *telos* y fuerza normativa a la Constitución Política, así como supondría admitir el decaimiento de la república en provecho de modelos gubernamentales de facto.

4. Cabe precisar que tal representación del Poder Legislativo no solo se desprende, a mí juicio, de la existencia efectiva de este poder del Estado tras la disolución del pleno de Congreso, sino que, además, se encuentra debidamente respaldada en el Reglamento del Congreso -norma de funcionamiento de este poder del Estado- cuando señala con especial énfasis en el párrafo segundo de su artículo 42 que, *"La Comisión Permanente está presidida por el Presidente del Congreso (…)"*, norma que forma parte del bloque de constitucionalidad que opera para el Poder Legislativo.

5. En segundo lugar, discrepo y me aparto de los fundamentos 27 y 28 del auto de admisibilidad, en la medida que considero que restar desde la admisión a trámite, cualquier tipo de efectos al pronunciamiento jurídico que, sobre la materia controvertida, se pueda vislumbrar ya sea porque así lo hay propuesto o no la parte demandante, impide un importante margen de estudio sobre la cuestión jurídica propuesta en la demanda, al igual que reduce la capacidad de respuesta del Tribunal Constitucional como órgano competente constitucional para dilucidar este tipo de situaciones.

6. Si bien resulta cierto que la disolución del Congreso ejecutada por el Poder Ejecutivo en ejercicio de la potestad del artículo 134 de la Constitución, se encuentra vinculada a una convocatoria a elecciones congresales, ello no implica que el Tribunal Constitucional no pueda efectuar un control oportuno de los actos que, como consecuencia del ejercicio de tal potestad, el Poder Ejecutivo se encuentre ejecutando, así como no impide, bajo ninguna circunstancia, en ejercicio de sus competencias constitucionales, mantener una actitud vigilante en aras de verificar la indemnidad democrática del país.

7. Por ello, soy de la opinión que los fundamentos 27 y 28 resultan innecesarios e impertinentes.

S.

BLUME FORTINI

EXP. N.° 00006-2019-PCC/TC
AUTO 1 – CALIFICACION

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO MIRANDA CANALES

En el presente caso si bien me encuentro de acuerdo con que se admita a trámite la demanda, considero pertinente señalar algunas consideraciones adicionales:

1. El punto más controvertido de la demanda consiste en el cumplimiento del requisito previsto en el artículo 109 del Código Procesal Constitucional, el cual en su último párrafo señala que:

   > " (...). Tratándose de entidades de composición colegiada, la decisión requerirá contar con la aprobación del respectivo pleno"

2. Al haberse disuelto el Congreso de la República, dicho poder del Estado no está en condiciones de cumplir con el referido requisito, puesto que no se encuentra en funciones el Pleno del Congreso de la República. Esto nos lleva a dos interpretaciones posibles: 1) Que, en esta excepcional circunstancia, el Congreso de la República se encuentra imposibilitado de interponer demandas competenciales; 2) Que no debemos exigir al Congreso de la República, un requisito que no está en condiciones de cumplir.

3. Considero que la primera opción debe ser descartada, puesto que es contraria a la idea de Estado Constitucional. Conforme lo ha reconocido este Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia, la supremacía normativa de la Constitución, que se reconoce en el artículo 51 de la misma, se sustenta en la inexistencia de zonas exentas de control constitucional. En este sentido, no puede entenderse la disolución del Congreso, prevista en la Constitución, como un lapso en el que dicho Poder del Estado se encuentre imposibilitado de acudir a la justicia constitucional a fin de cuestionar actos que presumiblemente no le permitan ejercer sus competencias, o impliquen un menoscabo en el ejercicio de las mismas. Es por ello que considero que la demanda sí debe ser admitida a trámite.

S.

MIRANDA CANALES

EXPEDIENTE 0006-2019-CC/TC
AUTO 1 – CALIFICACION

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Estoy de acuerdo con admitir la demanda competencial presentada por el Presidente del Congreso de la República, pero me aparto del fundamento 27 del auto, que señala que:

la admisión a trámite de la demanda competencial en el presente caso no podría conllevar a que los efectos de lo resuelto en la sentencia que se emitirá en el marco del presente proceso competencial incidan en el cronograma electoral aprobado por el Jurado Nacional de Elecciones, a través de la Resolución 155-2019-JNE, publicada en el diario oficial El Peruano el 11 de octubre de 2019.

Al auto admisorio le preocupa que la sentencia se expida antes de la realización de las elecciones extraordinarias convocadas por el Jurado Nacional de Elecciones; preferiría que la sentencia se expidiera después de que se realicen tales elecciones.

A mi criterio, la expedición de la sentencia no puede estar sujeta a tales temores —máxime, cuando simultáneamente, por mayoría, el Tribunal Constitucional ha rechazado la medida cautelar solicitada por el Presidente del Congreso de la República.

Así, este fundamento es impertinente.

S.

SARDÓN DE TABOADA

EXP. N.° 00006-2019-PC/TC
LIMA
CONGRESO DE LA REPUBLICA
AUTO 1 – CALIFICACION

FUNDAMENTO DE VOTO DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

En asuntos públicos esenciales para la sociedad como la disolución de un poder del Estado, se hace necesario que el Tribunal Constitucional genere efectivos espacios deliberativos, por ejemplo, mediante la publicidad de las respectivas sesiones de Pleno

1. En lo que hoy tocaba resolver al Tribunal Constitucional, este contaba con más de una opción válida para resolver si admitía o no la demanda y optó por una que se ha estimado corresponde en mejor medida al contexto jurídico político que vive nuestro país. Este caso debe servir para que los ciudadanos aprecien cada vez más la importancia que una Constitución tiene en la solución de los problemas esenciales de nuestra sociedad, ya sea en el equilibrio de los poderes estatales o en la protección de los derechos fundamentales, así como también para apreciar que en el marco constitucional y procesal constitucional no siempre hay respuestas claras, uniformes, únicas o eternas.

2. Si en este caso el Tribunal Constitucional declaraba que la demanda competencial resultaba improcedente, esta era una opción plenamente válida. Tan solo hubiese sido necesario aplicar el artículo 109 del Código Procesal Constitucional para verificar que la Comisión Permanente, *per se*, no es un poder del Estado, ni un órgano constitucional, ni un Gobierno regional o municipal, que son los únicos que tienen legitimidad para demandar. De hecho, ni el poder constituyente (que elaboró la Constitución) ni el poder legislativo (que elaboró el Código Procesal Constitucional), previeron una situación de este tipo y por

eso no la consagraron, de modo que al no estar regulada tal posibilidad podía rechazarse la demanda planteada.

3. Sin embargo, como jueza constitucional asumí que este es un caso excepcional y que la opción antes mencionada, siendo válida, no era una que se adecuaba al contexto jurídico-político vigente, en el que se observa que existe una importante participación de la ciudadanía, manifestada en distintos foros públicos, respecto de una cuestión tan esencial relacionada con la constitucionalidad de la decisión del Presidente de la República de disolver el Congreso el 30 de setiembre de 2019, el uso de las cuestiones de confianza o las competencias del Congreso de la República sobre el particular. Se apreciaba mucha incertidumbre y mas preguntas que respuestas sobre asuntos públicos esenciales. Ante tal contexto ¿qué se hace en una sociedad democrática para despejar esa incertidumbre o para encontrar esas respuestas? Pues bien, en principio, es importante que todos os ciudadanos, por ser también intérpretes de la Constitución, participen expresando su punto de vista. En una democracia constitucional, cada uno de ellos, conforme a su distinta formación u orientación, tiene a libertad e igual derecho de participar en los distintos foros públicos, ya sea mediante medios de comunicación, redes sociales, mecanismos de participación ciudadana de instituciones estatales, etc., expresando su posición respecto de las cuestiones constitucionales que estimen relevantes.

4. Ante la variedad de puntos de vista e interpretaciones existente en el medio social son los jueces los que deben asumir la interpretación especializada de las disposiciones constitucionales. En el especifico proceso de conflicto de competencias entre poderes del Estado, el Tribunal Constitucional es el órgano al que en instancia única le corresponde solucionar dicho conflicto, interpretado adecuadamente las respectivas competencias constitucionales y esgrimiendo los argumentos que justifiquen la interpretación oficial de las disposiciones constitucionales en cuestión.

5. Ahora, no se trata de que cada juez constitucional emita un voto sin que este se encuentre acompañado de argumentos o razones que lo justifiquen. En dicha justificación radica su legitimidad. Por ello, en su justificación se debe ejercer una labor de identificación o reconocimiento de los contenidos normativos que las expresas disposiciones constitucionales establecen y luego, cuando, a raíz de los nuevos casos o supuestos que se presentan, los contenidos normativos no estén muy claros o simplemente no estén , debe ejercer una labor de interpretación creativa que se ajuste a los principios constitucionales básicos y a los valores políticos esenciales que den sustento a nuestro sistema constitucional. Pero no

solo ello, en la justificación de sus decisiones va resultar igualmente importante la coherencia de los votos emitidos por e mismo juez constitucional durante su actividad jurisdiccional. Lo que le está vedado a un juez constitucional es emitir votos sin justificación que obedezcan a intereses no públicos o que resulten incoherentes con otros votos suyos ya emitidos (salvo, en este último caso, que se sustente las razones para un cambio de orientación).

6. Sobre la relevancia que tiene dicha labor de los altos órganos de justicia (Tribunal Constitucional o Corte Suprema, según sea el país), conviene recordar a John Rawls, quien, aludiendo a la experiencia constitucional norteamericana, sostuvo que "es tarea de los magistrados tratar de elaborar y expresar en sus opiniones razonadas la mejor interpretación de la Constitución que puedan dar, utilizando sus conocimientos acerca de a aplicación de la Constitución y de los casos constitucionales precedentes. En esto la mejor interpretación es la que mejor se ajuste al cuerpo de leyes pertinente de esos materiales constitucionales, y se justifique en términos de la concepción pública de a justicia o de una variante razonable de ella. Al hacer esto, se espera que los magistrados recurran a los valores políticos de la concepción pública de la justicia o de una variante razonable de ella. Al hacer esto, se espera que los magistrados recurran a los valores políticos de la concepción pública de la justicia, siempre que la Constitución misma invoque expresa o implícitamente esos valores… El papel de la Suprema Corte en esto es parte de lo público de la razón, y un aspecto del papel más amplio, educativo, de la razón pública".[1]

7. Algunos de esos principios básicos son sin duda la defensa del orden público constitucional en su conjunto y el equilibrio de poder entre las entidades del Estado, entre otros. Por ello, ante un caso inédito como la reciente declaración de disolución del Congreso de la República por parte del Presidente de la República, se configura un caso excepcional que exige al Tribunal Constitucional el uso de principios que le permitan, en el momento de la calificación de admisibilidad de la demanda competencial, la mejor interpretación a fin de abrir el proceso a una etapa deliberativa de fondo que sirva para un correcto pronunciamiento en su oportunidad.

   Dado el rol que en nuestro sistema democrático desempeña el Tribunal Constitucional es indispensable que en el análisis de fondo de los casos de mayor relevancia pública como el presente, este órgano de paso a mayores niveles de deliberación, entendiendo la deliberación "como una forma interactiva de ar-

1 RAWLS, John; *Liberalismo político,* México, Fondo de Cultura Económica, 5° reimpresión, 2006, p. 224.

gumentación que pondera y gestiona información, opciones y preferencias en orden a tomar de modo responsable y reflexivo una decisión o una resolución práctica".[2] Tales niveles de deliberación se podrían manifestar mediante a realización de audiencias en las que puedan intervenir, no sólo las partes involucradas, sino un amplio número de partícipes que puedan coadyuvar con sus respectivas tesis interpretativas, e incluso mediante la publicidad de las sesiones del Pleno del Tribunal Constitucional en las que se pueda mostrar a los ciudadanos las deliberaciones del máximo órgano judicial de defensa de la Constitución.

8. Volviendo a la etapa de admisibilidad, cabe mencionar que ante casos excepcionales como el presente, el Código Procesal Constitucional ha previsto determinados principios procesales constitucionales como el e "adecuación de las formalidades al cumplimiento de los fines de los procesos constitucionales" (artículo III del CPCons) y ha establecido el "deber" del Tribunal Constitucional de utilizarlo cuando se encuentren comprometidos los fines de los procesos constitucionales como por ejemplo "garantizar la primacía de la Constitución" (artículo II del CPCons).

9. En otras palabras, el Código Procesal Constitucional está lleno de formalidades que deben cumplirse: requisitos de procedencia, competencias, exigencias para os justiciables, para los operadores de justicia, para los abogados, etc. los que son conformes con los fines de los procesos constitucionales (garantizar la primacía de a Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales). Sin embargo, existe a posibilidad *excepcional* de que, en supuestos o casos no previstos por el legislador o en nuevos supuestos, algunas de dichas formalidades puedan ser flexibilizadas, ampliadas, cambiadas o mejoradas por el juez o el Tribunal Constitucional en función de tales fines.

10. En tales supuestos excepcionales, los jueces y el Tribunal Constitucional tienen la obligación de expresar (justificar) las razones excepcionales que permitan operar de tal modo. Aquí se le exige al poder jurisdiccional una carga especial de argumentación en la decisión de adecuar las formalidades. No se trata de cambiar las formalidades por cambiarlas. Se trata de que exista alguna justificación relevante.

11. En esa misma línea de razonamiento resulta pertinente citar a Pedro de Vega, quien sostiene que "so pena de traicionarse los objetivos últimos de la justicia

2 VEGA REÑÓN, Luis y otra (editores). *Compendio de lógico, argumentación y retórica.* Madrid, Trotta, 2011, p. 179.

constitucional, no se pueden acoplar a ella algunos de los principios y mecanismos del procedimiento civil ordinario"[3]. Ello se justifica en la medida en que, como ha sostenido el Tribunal en reiterada jurisprudencia, "el Derecho Procesal Constitucional constituye un ordenamiento sustantivo a cuya concretización sirve -la Constitución-, debe ser interpretado e integrado atendiendo a la singularidad que éste presenta respecto al resto del ordenamiento jurídico" (STC 0005-2005-CC/TC, FJ 4). Por ser la Constitución una Norma Fundamental abierta, encuentra en el Derecho Procesal Constitucional y, específicamente, en el CPCons, "un instrumento concretizador de los valores, principios y derechos constitucionales, de manera tal que, en última instancia, estos informan el razonamiento y la argumentación del juez constitucional" (STC 0005-2005-CC/TC, FJ 4).

12. En el presente caso, el esquema argumentativo necesario para proceder a la adecuación de las formalidades es el siguiente:

Paso 1: identificar la formalidad que será objeto de adecuación

La formalidad existente hasta antes de este caso era, conforme aparece en el citado artículo 109 del Código, la siguiente: *para interponer una demanda en el proceso competencial, el Poder Legislativo actuará en el proceso mediante su titular y deberá contar con la aprobación del respectivo Pleno.*

Paso 2: plantear la interrogante que suscita el nuevo caso

¿Puede la Comisión Permanente del Congreso de la República, cuando este ha sido disuelto, interponer una demanda en el proceso competencial en nombre del Poder Legislativo?

Paso 3: expresar las razones (R) que justifican la adecuación de la formalidad identificada

- R1: uno de los fines de los procesos constitucionales es garantizar la primacía de la Constitución (artículo II del CPCons).
- R2: el Tribunal Constitucional es el órgano de "control de la Constitución" y el órgano supremo de control de la constitucionalidad (artículo 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional).
- R3: dados los hechos alegados en a demanda (anexo 2) se aprecia que en la sesión de la Comisión Permanente del 2 de octubre de 2019 se autoriza

3 De Vega, Pedro. *Estudios políticos constitucionales.* México D.F: Universidad Autónoma de México, 1987, p. 306.

a su Presidente para presentar demanda competencial contra el Poder Ejecutivo respecto del planteamiento de la denominada cuestión de confianza "fáctica" de fecha 30 de setiembre de 2019 que conllevó la posterior disolución del Congreso de la República.

– R4: mediante Decreto Supremo 165-2019-PCM de fecha 30 de setiembre de 2019, el Presidente de la República declaró disuelto el Congreso de la República, amparándose en la facultad establecida en el artículo 134 de la Constitución, según la cual "El Presidente de la República está facultado para disolver el congreso si éste ha censurado o negado su confianza a dos Consejos de Ministros…".

- R5: Ni en la Constitución, ni en alguna ley, ni en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional existe algún contenido normativo que indique si las cuestiones de confianza que plantee el Presidente de la República, en aplicación del artículo 134 de la Constitución, deben ser "expresas", "tácitas", "fácticas", todas o sólo algunas de ellas.

- Conclusión: por las razone antes expuestas, se debe adecuar la referida formalidad para permitir que la Comisión Permanente, en el supuesto de disolución del Congreso, pueda interponer demanda en el proceso competencial respecto de la cuestión de confianza del 30 de setiembre de 2019, toda vez que la solución del conflicto que se alega exige que el Tribunal Constitucional interprete correctamente el artículo 134 de la Constitución, entre otras disposiciones y verifique si se han producido o no los alegados vicios de incompetencia.

Paso 4: identificar la nueva formalidad, luego de la adecuación

La nueva formalidad, conforme aparece en el citado artículo 109 del Código y la interpretación del Tribunal Constitucional, es la siguiente: *para interponer una demanda en el proceso competencial, el Poder Legislativo actuará en el proceso mediante su titular y deberá contar con la aprobación del respectivo Pleno. Excepcionalmente, en el supuesto de disolución del Congreso, actuará en su representación la Comisión Permanente.*

Cuestiones adicionales:

13. Ha hecho bien el Pleno del Tribunal Constitucional (fundamento 15) en no tornar en consideración el acuerdo de la sesión del Pleno del Congreso del 25 de julio de 2019, que autoriza al entonces Presidente del Congreso a presentar una demanda competencial contra el Poder Ejecutivo respecto de la cuestión de con-

fianza planteada el 4 de junio de 2019, pues, en estricto, allí no hubo conflicto, tanto es así que la cuestión de confianza fue otorgada e incluso, posteriormente, se aprobaron determinados proyectos planteados, incluso los de reforma constitucional. Al proceso competencial se debe acudir cuando exista algún conflicto, no para realizar consultas sobre futuros e inciertos conflictos.

14. En efecto, la autorización realizada en aquella fecha, 25 de julio de 2019, por el Pleno, se centró en la cuestión de confianza planteada el 4 de junio de 2019, en la que el ex Presidente del Consejo de Ministros, Salvador Del Solar, sustentó y solicitó la confianza sobre 6 proyectos de ley relacionados con la reforma política sobre fortalecimiento institucional y la lucha contra la corrupción, dos de los cuales son proyectos sobre reformas constitucionales.

15. Incluso, dicho pedido fue aprobado por el propio Congreso el 5 de junio de 2019, como lo asevera el propio demandante. Entonces, con independencia de que en la demanda se alegue que el Presidente de la República interpretó subjetivamente que materialmente no se otorgó la confianza por no estar conforme con los proyectos de ley finalmente aprobados por el Pleno del Congreso, lo cierto es que la materia controvertida objeto de la autorización del 25 de julio, esto es, si se podía someter a confianza la aprobación de tales reformas políticas, mereció de parte del propio Pleno una respuesta positiva, porque dicho pedido fue aprobado el 5 de junio e incluso, según asevera en la demanda, a su criterio se aprobaron los 6 proyectos de reforma política sujetos a cuestión de confianza.

16. Entonces, si el propio Congreso aprobó el pedido de confianza según se afirma en la demanda, y si se agrega también que se aprobaron los proyectos de ley objeto de cuestión de la confianza con fecha 25 de julio, ¿resulta procedente que el demandante ahora pretenda que este Tribunal se pronuncie sobre los alcances de una cuestión de confianza que, según alega, el Congreso votó y aprobó en su oportunidad?, ¿corresponde acaso a este Tribunal pronunciarse sobre un supuesto o aparente menoscabo de competencias del disuelto Congreso cuando el propio demandante acepta que dicho presunto "menoscabo" fue convalidado por los propios actos parlamentarios aprobados por aquel Pleno del Congreso? Respuesta: claramente no resulta procedente dicho extremo.

17. **Por consiguiente, conforme se aprecia en el auto del Tribunal Constitucional de fecha 29 de octubre de 2019, el objeto de control en el presente caso se circunscribe a examinar específicamente si existen vicios de incompetencia relacionados con la cuestión de confianza del 30 de setiembre de 2019 y posterior disolución del Congreso, mas no para controlar la cuestión de confianza del 4 de junio de 2019, ni para emitir opiniones consultivas sobre**

las diferentes posibilidades que tiene el Presidente de la República al hacer uso de la cuestión de confianza o las diferentes posibilidades que tiene el Congreso de la República en los conflictos políticos con el Poder Ejecutivo.

No le corresponde al Tribunal Constitucional reemplazar al poder constituyente y emitir tales opiniones consultivas. Le corresponde solucionar un conflicto concreto relacionado con la cuestión de confianza del 30 de setiembre de 2019 y posterior disolución del Congreso. Nada más y nada menos que eso.

En este punto resultan pertinentes las expresiones de Zagrebelsky y Marcenó en el sentido de que "en el concepto de conflicto no se presenta en primer plano el control constitucional de las acciones ilegítimas" y que "el objeto controvertido del conflicto es la distribución de competencias, no consideradas en abstracto, sino en relación con el funcionamiento real de los órganos y entes constitucionales. El juicio, por tanto, no concierne principalmente sobre la legitimidad de actos, sino sobre la competencia de órganos constitucionales. Entre un vicio de legitimidad constitucional y la lesión de la competencia de otros órganos no existe necesariamente coincidencia. Pueden existir actos ilegítimos no lesivos, pero, por el contrario, cualquier lesión sólo puede derivarse de un acto ilegítimo".[4] **Lo que le corresponde al Tribunal Constitucional es examinar lesiones o conflictos de competencia concretos, más no realizar controles de constitucionalidad desvinculados de tales conflictos.**

18. Finalmente, cabe mencionar que la demanda de autos contiene la firma de un abogado que se presenta en el ejercicio privado de la profesión, cuando, en todo caso, de acuerdo a las exigencias de este proceso, quien debe ejercer la defensa legal es el respectivo Procurador, por cuanto, como sostienen el artículo 47 de la Constitución y el artículo 7 del Código Procesal Constitucional, la defensa está a cargo del Procurador Público, de modo que la parte demandante debe proceder a rectificar esta anomalía.

S.

LEDESMA NARVÁEZ

4 ZAGREBELSKY, Gustavo e MARCENÓ, Valeria. Giustizia Costituzionale. T. II. Bologna, Il Mulino, seconda edizione, 2018. p. 266.

EXPEDIENTE 00006-2019-CC/TC
AUTO 1 – CALIFICACION

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Coincido con el sentido de lo resuelto por mis colegas, pero esa coincidencia debe tomar en cuenta las siguientes consideraciones:

1. Cuando en un proceso competencial se hace una primera evaluación de lo presentado, aquello implica un análisis sobre si se procede a admitir la demanda o se hace un rechazo liminar de la misma. Ello involucra, entre otros factores, si hay materia constitucional a discutir y si existe legitimación procesal activa (capacidad para presentar demandas) o legitimación procesal pasiva (capacidad para ser demandado). Ahora bien, ello debe hacerse dentro del marco de las competencias que son propias de un Tribunal Constitucional y de los principios procesales dentro de los cuales se debe desarrollar su labor interpretativa.

2. Y es que todo Tribunal Constitucional asume su labor desde una dinámica finalista: limitar el poder para permitir un razonable ejercicio de los derechos de todas las personas. En ese sentido, además de "constitucionalización del Derecho", la "constitucionalización de la política", la "convencionalización del Derecho" o la integración social, a todo juez(a) constitucional en general, y a quien integra un Tribunal Constitucional en particular, le toca , dentro de su quehacer de concretizar los valores, principios, derechos, deberes y preceptos que tiene una Constitución (o que se infieren de ella, máxime si, como corresponde, se hace una lectura sistemática y convencionalizada de la misma), asumir una tarea mediadora, pacificadora y moderada, ejercida, claro está dentro de los parámetros constitucionales y convencionales vigentes.

3. Y es que nunca debe perderse de vista que un Tribunal Constitucional tiene una posición especial en el ordenamiento jurídico del Estado al cual pertenece. Entre diversos intérpretes vinculantes calificados de lo que es conforme a la Constitu-

ción, le corresponde ser el organismo de cierre en esa interpretación vinculante de dicha Constitución. Dicho con otras palabras, ante una diversidad de interpretaciones o formas de entender lo que quiere decir un texto constitucional, es al Tribunal Constitucional a quien le corresponde dar la última interpretación conforme a la Constitución frente a los problemas económicos, sociales o políticos que pueden derivar de la forma en que comprendemos las principales normas que nos rigen como sociedad.

4. Se deriva de esta posición de intérprete de cierre una serie de responsabilidades que se relacionan con el tipo de casos que conoce un Tribunal Constitucional. Y es que muchas de las causas que se conocen tienen efectos importantes en el ordenamiento jurídico, el sostenimiento de la institucionalidad nacional, y, sobre todo, en la vigencia de los derechos fundamentales de ciudadanos y ciudadanas. El presente caso es precisamente uno de aquellos.

5. En ese mismo tenor, y en reiterada jurisprudencia, este mismo Tribunal ha señalado que asume un rol pacificador, lo cual dista de ser una afirmación únicamente sostenida por buenas intenciones. Como ya se ha dicho en más de una oportunidad, el Tribunal Constitucional no sólo ejerce una función de valoración, entendida como un análisis de compatibilidad de una norma o acto con el parámetro constitucional, "sino también una función ordenadora y pacificadora, esto es, orientada a crear certidumbre, estabilidad y seguridad respecto de los hechos que, directa o indirectamente, sean sometidos a su conocimiento o que puedan tener lugar como consecuencia de la expedición de sus sentencias." (STC 00021-2003-PI/TC, f.j. 2).

6. Así también, se tiene dicho que esta función pacificadora no se predica respecto de "intereses de contenido y alcance subjetivos, sino del orden constitucional (normatividad) y de la realidad social (normalidad) en conjunto; pues, con relación a la Constitución, la jurisdicción constitucional no actúa ni puede actuar como un órgano neutro, sino, por el contrario, como su principal promotor." (STC 00023-2005-PI/TC, f.j. 12).

7. En el mismo sentido va la referencia a un rol moderador, mediante el cual se trata de evitar o apaciguar los posibles conflictos que puedan dañar la institucionalidad del país, aunque desde luego sin invadir competencias que le sean ajenas (00006-2018-PI/TC, f.j. 56).

8. Si ya se tiene especificado este rol hoy central en la labor de todo Tribunal Constitucional, debe también entenderse que la constitucionalización de la política, como fenómeno ya indiscutible en el Perú, parte de una concepción nor-

mativa de la Constitución que sostiene la necesidad de que no existen zonas exentas de interpretación y control conforme a parámetros constitucionales, lo cual también incluye el quehacer político en sus distintas manifestaciones. En consecuencia, esta constitucionalización de la actividad política ha colocado al Tribunal en un rol mediador, dentro del cual, debe responder a las demandas de solución política desde el más relevante parámetro jurídico.

9. Ahora bien, en cuanto a lo que respecta al pronunciamiento de admisibilidad de la demanda competencial, no ha pasado desapercibido para los jueces que conforman el Pleno del Tribunal Constitucional, las expectativas generadas por el presente caso, así como sus posibles desenlaces. Es claro para el suscrito la relevancia que tiene para todos y todas que se dé una respuesta, por ejemplo, a este conflicto competencial, y a los temas que involucra la demanda presentada.

10. En ese sentido, parece, si de función pacificadora, moderadora o mediadora del Tribunal se habla, conviene analizar con especial relevancia si los hechos alegados implican o no una verdadera controversia constitucional. Ello involucraría en primer lugar, determinar si la cuestión de confianza planteada invadía la función propia del Congreso de elegir magistrados(as) del Tribunal Constitucional o solamente implicaba admitir un cambio legal en una parte procedimental de dicha elección (y si ese cambio era de aplicación inmediata o no)

11. En segundo término, involucraba pronunciarse sobre si en la situación en particular se produjo una denegatoria de la cuestión confianza presentada, o más bien se procedió a deducir sin real sustento dicha denegatoria. La respuesta por la cual se opte al respecto es, sin duda, la que determina si la disolución realizada el 30 de setiembre pasado implicó una invasión de competencias o no, o, dicho con otras palabras, si la disolución practicada se hizo o no de acuerdo a la Constitución. Si lo que se busca es una respuesta que modere y pacifique el conflicto, parece ser más oportuno escuchar a quienes se encuentran involucrados para así escuchar a todas las voces generando consenso en la postura jurídica asumida. Ese tipo repuestos difícilmente puede alcanzarse en un escenario de rechazo liminar.

12. De otro lado, las disposiciones sobre legitimación procesal en el Código Procesal Constitucional, como se ha señalado en el auto, utilizan la frase "la decisión [sobre la actuación en el proceso] requerirá contar con la aprobación del respectivo pleno". Dicha disposición, no admitiría, en principio, posibilidad de que sea otro órgano el competente. En ese sentido, solo el Pleno del Congreso y no la Comisión Permanente puede habilitar la demanda competencial.

13. Dicho esto, la interpretación que realiza el Tribunal Constitucional no puede estar aislada de los principios y valores constitucionales. Debe atender, más bien, al rol pacificador y moderador correspondiente a esta Alta Corte. Y es que el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional permite que el Tribunal Constitucional adecue las exigencias de las formalidades previstas en el Código al logro de los fines de los procesos constitucionales. Estos fines, tal corno se señala en el artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, no son otros que los de garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos fundamentales.

14. Necesario es resaltar que las reglas de legitimación y representación procesal no son asuntos menores ni formalidades sin objeto. Muy por el contrario, son parámetros que permiten encausar correctamente el desarrollo de los diferentes procesos constitucionales y adjudicar efectos a sus decisiones. Sin embargo, puede observarse que, en el caso concreto, es posible admitir que el pronunciamiento que se busca sobre la constitucionalidad o no de la disolución del Congreso de la República se encuentra estrechamente vinculado a las relaciones entre Gobierno y Congreso, la forma de comprender la democracia y la interpretación que se da a las normas de la parte orgánica de la Constitución. Ello en un contexto en el cual el Congreso ha sido disuelto (falta determinar si constitucionalmente o no), y por ende, no hay Pleno que convalide una interposición de demanda. Sin duda eso lleva a que, a pesar de encontrarnos hoy en el supuesto del artículo 135 de la Constitución (en tanto y en cuanto todavía no hay un pronunciamiento sobre la constitucionalidad de la disolución del 30 de setiembre pasado) pueda jugarse con una perspectiva más flexible, si del derecho de acceso a la justicia se habla. Estos son solo algunos de los temas que dan cuenta de la relevancia que tendría un futuro pronunciamiento, lo que, a su vez, permite aplicar el principio de flexibilidad y admitir excepcionalmente la demanda.

15. Abona en favor de este razonamiento la aplicación de los principios procesal que deben orientar el quehacer de todo Tribunal Constitucional, y entre ellos, especialmente, los de elasticidad **y** *pro actione* que, entendido en clave de que lo que hoy jurídicamente se le pide a un Tribunal Constitucional, permita, en base a la tutela de un derecho (acceso a la justifica) y la labor propia de la judicatura constitucional, otorgar excepcionalmente legitimación procesal a quien difícilmente en otro contexto podría concederse dicha atribución.

16. Finalmente, lo resuelto al admitir no implica darle la razón a alguno de los intervinientes en el presente proceso. Habilita a que, en el escenario jurídico propio de un Tribunal Constitucional, puede ventilarse el debate de un tema re-

levante, dentro del cual se requiere una más clara y vinculante concretización de los alcances de nuestra Constitución vigente, máxime si aquello va a facilitar el ejercicio de funciones hoy capitales al quehacer de todo Tribunal Constitucional dentro del constitucionalismo contemporáneo, sin perjuicio del resultado final al cual se llegue en esta situación en particular.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

EXPEDIENTE 0006-2019-CC/TC
AUTO 1 – CALIFICACION

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO FERRERO COSTA

Con el mayor respeto por la posición de mis colegas magistrados, emito el presente fundamento de voto por las siguientes consideraciones.

Coincido con admitir la demanda competencial respecto a las pretensiones que la ponencia refiere en su fundamento 16.

En mi opinión, cualquier duda en cuanto a la legitimidad activa para plantear la demanda, debe resolverse en favor de su procedencia, en aplicación del principio *pro actione*, ya que estamos ante un proceso que tiene por finalidad garantizar la primacía de la Constitución (cfr. artículos II y III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional).

Al mismo tiempo, estimo que es deber ineludible del Tribunal Constitucional resolver esta controversia que enfrenta tan seriamente a dos poderes del Estado, por ser este Tribunal el "órgano de control de la Constitución" (artículo 201 de esta) y su supremo intérprete (cfr. artículo 1 de su Ley Orgánica). Más aún si lo ocurrido el 30 de septiembre último es una situación inédita en nuestro Estado de derecho, que incide directamente en el equilibrio de poderes y cuya constitucionalidad ha propiciado ardorosos debates entre juristas y en la opinión pública en general.

S.

FERRERO COSTA

EXPEDIENTE 0006-2019-CC/TC
AUTO 2 – MEDIDA CAUTELAR

AUTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Lima, 29 de octubre de 2019

VISTA

La solicitud de medida cautelar interpuesta con fecha 10 de octubre de 2019 por el señor Pedro Carlos Olaechea Álvarez-Calderón, quien invoca la condición de Presidente del Congreso de la República, contra el Poder Ejecutivo; y

ATENDIENDO A QUE

1. Conforme a lo establecido en el artículo 111 del Código Procesal Constitucional, el demandante en un conflicto competencial puede solicitar al Tribunal la suspensión de la disposición, resolución o acto objeto de conflicto. Ello debe conciliarse con lo dispuesto en el artículo II del mismo código, que señala que uno de los fines esenciales de los procesos constitucionales es garantizar la primacía de la Constitución.

2. Antes de la presentación de la medida cautelar de autos, el Tribunal había recibido únicamente siete solicitudes de medida cautelar en un proceso competencial, conforme a lo dispuesto en el artículo 111 del Código Procesal Constitucional:

MEDIDAS CAUTELARES SOLICITADAS EN CONFLICTOS COMPETENCIALES DESDE LA ENTRADA EN VIGENCIA DEL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL				
EXPEDIENTE	**SOLICITANTE**	**REQUERIDO**	**PRETENSIÓN**	**RESOLUCIÓN DEL TC**
0004-2004-CC	Poder Judicial	Poder Ejecutivo	Suspensión del trámite del Proyecto de Ley Anual de Presupuesto del Sector Público del año 2005, en lo referido al Poder Judicial	Infundada

0004-2006-CC	Municipalidad Distrital de Miraflores	Poder Ejecutivo	Suspensión de los efectos del Decreto de Urgencia 022-2006	Improcedente
0008-2006-CC	Municipalidad Distrital de Jesús María	Poder Ejecutivo	Suspensión de los efectos del Decreto de Urgencia 022-2006	Improcedente
0001-2007-CC	Municipalidad Distrital de La Molina	Poder Ejecutivo	Suspensión de los efectos del Decreto de Urgencia 022-2006	Improcedente
0007-2007-CC	Municipalidad Provincial del Callao	Poder Judicial	Se anulen las resoluciones que han dispuesto el embargo del Fondo de Compensación Municipal y el canon aduanero correspondientes al solicitante	Improcedente
0002-2013-CC	Poder Ejecutivo	Poder Judicial	(i) Suspensión de los efectos de la Resolución Administrativa 235-2012-CE-PJ; y, (ii) Suspensión de los efectos de las resoluciones 91 y 95 del proceso de ejecución del Expediente 6582-2009	Concedida parcialmente
0003-2015-CC	Municipalidad Distrital de Los Olivos	Poder Judicial	Suspensión de los efectos de los actos viciados de incompetencia	Improcedente

3. Adicionalmente, se presentaron dos solicitudes de suspensión (de actos o efectos) antes de la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional, es decir, antes que se regularan las medidas cautelares en los conflictos competenciales, tal y como se indica en el siguiente cuadro:

SOLICITUDES DE SUSPENSIÓN (DE ACTOS O EFECTOS) EN CONFLICTOS COMPETENCIALES PREVIAS A LA ENTRADA EN VIGENCIA DEL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL				
EXPEDIENTE	**SOLICITANTE**	**REQUERIDO**	**PRETENSIÓN**	**RESOLUCIÓN DEL TC**
0001-2003-CC	EDEGEL S.A.A.	---	Suspensión de todo acto o procedimiento vinculado a la materia a resolver	Declara sin lugar la solicitud
0007-2003-CC	Municipalidad Provincial de Urubamba	Municipalidad Distrital de Machupicchu	Suspensión de los efectos de Ordenanza Municipal 003-MDM-2003	Improcedente

4. Un análisis de las medidas cautelares planteadas en el contexto de procesos competenciales permitiría afirmar que éstas han contenido pretensiones manifiestamente improcedentes, y solo en una oportunidad ha sido concedida parcialmente una medida de tal naturaleza. Esto no hace sino reafirmar el hecho que se trata de solicitudes que, por su especial impacto, deben ser adecuadamente analizadas por este Tribunal, a fin de determinar la viabilidad de su otorgamiento. En ese sentido, y a fin de examinar lo solicitado, se analizarán los presupuestos de las medidas cautelares en esta clase de procesos constitucionales.

A) Los presupuestos de las medidas cautelares en los procesos competenciales

5. Las medidas cautelares están destinadas a neutralizar la posible ineficacia del proceso principal, lo que permite garantizar una tutela efectiva de los derechos reclamados en la demanda. A través de ellas se puede pretender conservar o modificar la situación jurídica existente.

6. Las medidas cautelares que se pueden disponer en el proceso competencial tienen los siguientes requisitos, los cuales han sido examinados de manera recurrente por este Tribunal (que deben darse de forma conjunta):

(i) Verosimilitud o apariencia del derecho invocado (*fumus bonis iuris*): se exige demostrar que existe un derecho que debe tutelarse en el proceso principal, sobre la base de una cognición preliminar y sumaria de los hechos. Se trata, en resumidas cuentas, de un examen no exhaustivo de certeza jurídica sobre el fundamento de la pretensión del solicitante;

(ii) Peligro en la demora (*periculum in mora*): se evalúa si, producto de la duración del proceso principal, la sentencia definitiva podría tornarse inexigible o imposible de ejecutar, tomando en cuenta criterios como el comportamiento de las partes, la complejidad del asunto y la naturaleza de la pretensión solicitada. El solicitante debe demostrar que en caso de no adoptarse la medida de inmediato carecería de sentido la sentencia; y

(iii) Adecuación de la pretensión: se requiere que el pedido cautelar sea congruente, proporcional y correlacionado con lo que se pretende asegurar (objeto de la cautela), teniendo en cuenta criterios de razonabilidad y utilidad, a fin de no poner en riesgo innecesariamente los derechos o competencias de la parte demandada.

7. Como se advirtiera *supra*, las medidas cautelares pueden ser innovativas o de no innovar. Las primeras están orientadas a provocar un cambio del estado de cosas existente (efecto modificativo). En este escenario resultará indispensable

demostrar la existencia de un perjuicio grave, irreparable e inminente que justifique la decisión de modificar la situación presente.

8. Además de los requisitos apuntados, el órgano jurisdiccional que conceda una medida cautelar debe observar el principio de reversibilidad, de manera que, en caso de confirmarse la inexistencia de afectación del derecho o la competencia invocada en la demanda, se puedan retrotraer las cosas al estado anterior a que se dictara la medida. La concurrencia de este presupuesto se fundamenta en lo dispuesto en el artículo 15 del Código Procesal Constitucional. Esta disposición, que resulta aplicable supletoriamente al proceso competencial en lo que resulte pertinente, señala lo siguiente:

> Se pueden conceder medidas cautelares y de suspensión del acto violatorio en los procesos de amparo, hábeas data y de cumplimiento, sin transgredir lo establecido en el primer párrafo del artículo 3 de este Código. Para su expedición se exigirá apariencia del derecho, peligro en la demora y que el pedido cautelar sea adecuado o razonable para garantizar la eficacia de la pretensión. Se dictan sin conocimiento de la contraparte y la apelación sólo es concedida sin efecto suspensivo; salvo que se trate de resoluciones de medidas cautelares que declaren la inaplicación de normas legales autoaplicativas, en cuyo caso la apelación es con efecto suspensivo.
>
> Su procedencia, trámite y ejecución dependerán del contenido de la pretensión constitucional intentada y del adecuado aseguramiento de la decisión final, a cuyos extremos deberá limitarse. Por ello mismo, el Juez al conceder en todo o en parte la medida solicitada deberá atender a la irreversibilidad de la misma y al perjuicio que por la misma se pueda ocasionar en armonía con el orden público, la finalidad de los procesos constitucionales y los postulados constitucionales.
>
> Cuando la solicitud de medida cautelar tenga por objeto dejar sin efecto actos administrativos dictados en el ámbito de aplicación de la legislación municipal o regional, se correrá traslado por el término de tres días, acompañando copia certificada de la demanda y sus recaudos, así como la resolución que la da por admitida, tramitando el incidente por cuerda separada, con intervención del Ministerio Público. Con la contestación expresa o ficta, el Juez resolverá dentro del plazo de tres días, bajo responsabilidad.
>
> En todo lo no previsto expresamente en el presente Código, será de aplicación supletoria lo dispuesto en el Título IV de la Sección Quinta del Código Procesal Civil, con excepción de los artículos 618, 621, 630, 636 y 642 al 672.

9. A continuación, se procederá a analizar cada uno de esos requisitos en la solicitud de otorgamiento de medida cautelar que obra en autos.

B) Análisis de la medida cautelar solicitada en autos

10. Este Tribunal advierte que el objeto de la medida cautelar solicitada por el demandante es que se suspendan los efectos del Decreto Supremo 165-2019-PCM, el cual dispone la disolución del Congreso de la República. Ahora bien, el acuerdo del Pleno del Congreso de 25 de julio de 2019, que es el que la parte actora invoca para solicitar la medida cautelar, versa sobre una materia distinta. En ese sentido, lo requerido en ese escrito no tiene relación con lo dispuesto en el acuerdo adoptado, en su momento, por el Poder Legislativo. Es decir, no hay relación entre el acuerdo que sirve como sustento para requerir la medida cautelar y lo efectivamente solicitado.

11. Por solo esta razón, la solicitud cautelar planteada por el demandante resultaría improcedente.

12. No obstante, e independientemente de lo señalado en el punto anterior, este Tribunal considera pertinente realizar algunas consideraciones sobre la solicitud del demandante de que se suspendan cautelarmente los efectos del Decreto Supremo 165-2019-PCM.

13. La necesidad de efectuar estas consideraciones adicionales radica en que se trata de una solución institucional a la controversia planteada, por lo que amerita, por parte del Tribunal Constitucional, el deber de desarrollar de algunas precisiones vinculadas con el pedido de medida cautelar de restitución del funcionamiento del Pleno del Congreso de la República.

14. Al respecto, a fojas 2 del cuaderno cautelar la parte demandante solicita "(…) el otorgamiento de la medida cautelar consistente en la suspensión de los efectos del Decreto Supremo N° 165-2019-PCM".

15. Este Tribunal Constitucional advierte que la controversia gira en torno a si se habría configurado o no la segunda denegatoria de confianza al gabinete, por cuanto, según alega la parte demandante, existió una votación en el Pleno del Congreso en la que se decidió otorgar la confianza solicitada por el Poder Ejecutivo, pese a lo cual se interpretó que existiría una denegatoria tácita o fáctica.

16. Sobre ello, uno de los presupuestos que se analiza en las solicitudes de otorgamiento de medidas cautelares es, como se ha expuesto *supra*, el de la verosimilitud o apariencia del derecho invocado (*fumus bonis iuris*). En este caso,

los puntos cuestionados en el escrito de demanda ostentan un elevado nivel de complejidad y ameritan una prolija interpretación de la Constitución, por lo que no puede considerarse que se trate de materias cuya delimitación y contenido queden fuera de toda duda, más aún si no existe en nuestra jurisprudencia antecedente alguno en relación con el ejercicio de la atribución presidencial de la disolución del Congreso de la República. Se tratará, así, de un *leading case* de materia.

17. De hecho, tampoco es posible identificar *a priori* una respuesta a esta controversia en el derecho comparado, en el que pueden encontrarse múltiples referencias y abordajes a esta temática, y cada una de ellas con matices distintos, lo cual obedece a la peculiaridad e historia de cada ordenamiento constitucional. En el caso peruano, y según la Constitución, el Congreso puede ser disuelto en el escenario en que se haya negado la confianza a dos Consejos de Ministros. El panorama, sin embargo, es mucho más amplio en otras latitudes. En algunas constituciones, como la de Países Bajos de 1983, las dos Cámaras son disueltas después de la adopción de un proyecto de revisión de la norma fundamental; en otras, como la de Grecia de 1975 se establece que operará cuando la Cámara de Diputados no consiga, en tres oportunidades, la mayoría requerida para la elección del Presidente de la República; y, finalmente, puede advertirse el caso de la V República en Francia, cuya Constitución de 1958 establece que el Presidente puede, previa consulta con el Primer Ministro, disolver la Asamblea Nacional [al respecto, consultar: Alcubilla, Enrique (1998). *La disolución del Parlamento y el Parlamento indisoluble*. En: Corts. Anuario de Derecho Parlamentario, Número 6, p. 108]. Evidentemente, también es posible encontrar ordenamientos en los que no existe la posibilidad que el Jefe de Estado tenga la potestad de disolver el Poder Legislativo.

18. Así, la disolución del Congreso de la República se encuentra reconocida en distintos ordenamientos constitucionales, los cuales reconocen escenarios y supuestos diversos en los que procede el ejercicio de dicha atribución. Ello no hace sino contribuir a que se compruebe el hecho que, sobre esta materia, no existe algún contenido plenamente identificable que permita que se haga referencia a la verosimilitud del derecho invocado. En todo caso, esto último es precisamente lo que, previa audiencia, le corresponderá decidir finalmente a este Tribunal.

19. En ese sentido, es posible advertir que los temas que han sido planteados en el conflicto competencial son, tanto en el derecho peruano como en el comparado, objeto de un constante y nutrido intercambio de opiniones entre académicos y tribunales, que incluso a la fecha permanece muy activo.

20. En este caso, también se advierte que el Poder Ejecutivo, al ejercer su atribución de disolver el Congreso de la República, invocó, en el Decreto Supremo 165-2019-PCM, el artículo 134 de la Constitución. El Tribunal nota que las partes en este proceso competencial precisamente difieren en cuanto a la validez del procedimiento realizado, lo cual obedece a la inexistencia de criterios previos sobre esta materia. Distinto sería, claro está, el escenario en que una autoridad, sin invocar alguna cláusula constitucional, o simplemente ignorando cualquier procedimiento previo previsto en la Constitución, dispusiera el cierre inmediato del Congreso de la República. Es evidente que, ante un supuesto manifiesto de disolución arbitraria como el expuesto, la apariencia de derecho alegada por la parte demandante sería notoria, por cuanto se trataría de una interrupción manifiestamente ilegítima del orden constitucional, supuesto en el cual sería un deber ineludible de este Tribunal adoptar alguna medida en aras de salvaguardar la supremacía de nuestra *norma normarum*.

21. De esta forma, este Tribunal, ya en el fondo de la controversia, deberá analizar si la disolución del Congreso de la República fue o no válida de conformidad con las disposiciones y el espíritu que fundamentan nuestra norma suprema.

22. En consecuencia, al no existir apariencia de derecho, la medida cautelar solicitada por el demandante no cumple con los requisitos necesarios para ser otorgada, por lo que corresponde declarar, también por estos motivos, improcedente la solicitud presentada.

23. Por último, a fojas 6 del cuaderno cautelar, el recurrente sostiene que "(…) la disolución del Congreso de la República genera un considerable peligro en la demora de imposibilidad de ejercicio de la función constitucional de control político respecto de la responsabilidad política del Presidente de la República". Añade que esta situación supone una suerte de "impunidad política" del Poder Ejecutivo.

24. De este modo, de acuerdo con la tesis del recurrente, existe peligro en la demora porque no se podrá vacar al Presidente de la República o censurar a los ministros en el interregno parlamentario derivado de la disolución. Este Tribunal entiende que dicha circunstancia no demuestra, en absoluto, la necesidad de anticipar cautelarmente la decisión y genera, más bien, un alto riesgo de irreversibilidad en el supuesto de que la medida se concediera. En todo caso, también es posible advertir que esas funciones de control pueden ser asumidas con posterioridad, y, en ese sentido, no se advierte tampoco la concurrencia del *periculum in mora*.

25. Otra de las razones por las que, en la solicitud de medida cautelar, la parte demandante alega el peligro en la demora tiene que ver con el hecho que no se le permita presentar propuestas relacionadas a leyes orgánicas o a materias sujetas a reserva de ley, así como fiscalizar los decretos de urgencia que pueda formular el Poder Ejecutivo. El Tribunal considera que esas solas razones no son suficientes para estimar un pedido como el aquí presentado. En efecto, es importante resaltar, como se hizo *supra*, que estas funciones pueden ser realizadas en el momento en que, según la Constitución y lo que disponga este Tribunal, el Pleno del Congreso vuelva a operar, aspecto que se analizará en la sentencia de fondo.

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú, y los votos singulares de los magistrados Blume Fortini y Sardón de Taboada, así como los fundamentos de voto de los magistrados Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera,

RESUELVE

Declarar **IMPROCEDENTE** la solicitud de medida cautelar.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MIRANDA CANALES
RAMOS NÚÑEZ
LEDESMA NARVÁEZ
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA
FERRERO COSTA

EXPEDIENTE 0006-2019-CC/TC
AUTO 2 – MEDIDA CAUTELAR

FUNDAMENTO DE VOTO DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

La tutela anticipada se justifica en la medida que mostrando un derecho casi cierto, el tiempo genere efectos nocivos e irreparables sobre a pretensión reclamada.

Todo proceso es una suma de tiempos por lo mismo que encierra una suma de etapas; por tanto, hay que generar mecanismos que lleven a contrarrestar los efectos del tiempo sobre la pretensión que se busca alcanzar, a fin de que la decisión final sea eficaz.

En las instituciones procesales existen diversos mecanismos orientados a ese fin y se sustentan en la necesidad de una tutela urgente, como la tutela cautelar y la tutela anticipada, entre otras.

El contenido del artículo 15 del Código Procesal Constitucional no solo está referido a las medidas cautelares con un objetivo de aseguramiento del éxito de lo que se va a decidir a futuro; también acoge la posibilidad de la tutela anticipatoria en aras que la pretensión que se quiere alcanzar sea satisfecha de manera inmediata.

Esto implica que cuando estemos ante una tutela anticipatoria, la verosimilitud requiera una mayor intensidad que linde con la casi certeza del derecho que se alegue, toda vez que se busca (sin haber agotado el contradictorio, sin tener un título de ejecución y sin tener la certeza del derecho que se invoca) un pronunciamiento provisorio de fondo de lo que se quiere alcanzar en la sentencia de fondo; de ahí que se califique a este tipo de tutelas anticipatorias como mecanismos que acogen una "cosa juzgada provisoria", la cual será confirmada o reproducida en la futura decisión final.

El artículo 15 del Código Procesal Constitucional hace expresa referencia a la tutela cautelar en los procesos de amparo, *habeas data* y, de manera especial, en el proceso competencial, en el artículo 111 del citado código, con la atingencia de que esta medida cau-

telar está orientada a "suspender la disposición, resolución o acto objeto del conflicto."

La suspensión del acto materia de la controversia es un acto que busca satisfacer anticipadamente lo que será el pronunciamiento final, por lo que se requiere, entre otros requisitos para ampararla, tener la cuasi certeza de que la pretensión de fondo se estimará y, por tanto, ante situaciones de necesidades impostergables o de situaciones de irreparabilidad, se debe estimar la medida anticipada, siempre que se trate de decisiones reversibles y que no afecten el interés y el orden público.

El artículo 15 del citado Código Procesal Constitucional nos remite supletoriamente a las normas del Código Procesal Civil, con las limitantes que el citado artículo 15 señala. Hay que considerar que las medidas cautelares y las medidas anticipadas, ambas, están contenidas en la sección V del Código Procesal Civil, bajo el mismo *nomen iuris,* aunque no todo el contenido de esta sección —en esencia- esté dedicado al proceso cautelar.

En el caso de autos, se advierte de la solicitud cautelar que el demandante pide *la suspensión de los efectos del Decreto Supremo No 165-2019-PCM, Decreto Supremo que disuelve el Congreso de la República y convoca a elecciones para un nuevo Congreso.*

El presente pedido cautelar reproduce uno de los puntos del petitorio de su demanda; por tanto, para amparar este pedido de tutela anticipada, se requiere analizar si existe una alta probabilidad del derecho invocado; presupuesto que no se advierte en este estadio del proceso competencial, en el que aún no se ha agotado el contradictorio, y en el que, sobre el objeto de la dirimencia, no hay una posición definida aún por la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional respecto de un tema que constituirá —como se dice en el fundamento 16 del Auto n.° 1 de calificación *(Expediente No 0006-2019-CC/TC)*— un *leading case* de la materia, toda vez que la presente controversia gira en torno a la legitimidad de la disolución del Congreso de la República.

En relación a la urgencia se advierte que en el auto de calificación citado, se deja precisado en el fundamento 27 que la admisión a trámite de la demanda competencial no podría conllevar que los efectos de lo resuelto en la sentencia incidan en el cronograma electoral aprobado por el Jurado Nacional de Elecciones, posición asumida por el Tribunal Constitucional en la STC 05854-2005-PA/TC, fundamentos 38 y 39).

Por todas estas consideraciones estimo que la medida cautelar debe declararse **IMPROCEDENTE.**

S.

LEDESMA NARVÁEZ

EXP. N.° 0006-2019-CC/TC
AUTO 2 – MEDIDA CAUTELAR

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Coincido con el sentido de lo resuelto por mis colegas magistrados, pero considero pertinente dejar sentadas las siguientes consideraciones:

1. En primer lugar, y como bien lo señala la ponencia, existen una serie de presupuestos para el otorgamiento de medidas cautelares en el marco de los procesos competenciales. Dichos presupuestos tienen como objetivo garantizar la vigencia efectiva de la Constitución (y del Derecho y los derechos que contiene o se infieren de ella), y más precisamente en este caso, el ejercicio de las competencias invocadas mientras se resuelve la demanda competencial interpuesta.

2. Es así que debe quedar claro que el análisis aquí debe realizarse en torno a parámetros jurídicos claramente delimitados y que, por lo demás, han sido utilizados recurrentemente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en el marco de procesos constitucionales como los de amparo, habeas corpus o procesos de inconstitucionalidad. En atención a ello, la utilización de estos mismos criterios resultará también pertinente para el caso de los procesos competenciales. Y es que, como ya lo ha señalado nuestra misma jurisprudencia, a través de las medidas cautelares, al margen del proceso constitucional del que se trate, *"(...) se garantiza el aseguramiento del cumplimiento de una sentencia estimatoria, posibilitando que el tiempo que toma el decurso del proceso y las incidencias de este no comporten la inejecutabilidad de la sentencia o su ejecución incompleta o insuficiente. (...)"*. (STC 06356-2006-AA/TC, fundamento 9).

3. Conviene además tener presente que, aun cuando admite razonamiento en sentido contrario, siempre debe partirse de una presunción de constitucionalidad de los actos y las normas, máxime si el objeto de este proceso y de la medida cautelar que lo acompaña parece ser el mismo, el de considerar que el gobierno no habría ejercido constitucionalmente sus competencias de plantear cuestiones de confianza y de disolver al Congreso.

4. A esto debe añadírsele una evaluación sobre el riesgo de irreversibilidad de una materia cautelar como la solicitada, e incluso un pronunciamiento sobre la adecuación de la medida planteada, problemas por cierto comunes a aquellos casos en donde se esbozan medidas cautelares de este tipo dentro de procesos constitucionales de la denominada jurisdicción constitucional orgánica.

5. Y es que el otorgamiento o no de una medida cautelar no se orienta en base a interpretaciones antojadizas que puedan llevar a desnaturalizar el otorgamiento de estas medidas, despojándolas así de su finalidad de neutralizar una posible ineficacia de lo solicitado como pretensión en la demanda. Por ende, se reclama el cumplimiento de ciertos presupuestos y el cumplimiento de determinados requisitos. No estamos pues ante meros juicios referidos a la oportunidad o pertinencia política de la decisión a adoptar, algo a todas luces inadmisible como parte de la labor de un juez constitucional en un Estado Constitucional.

6. Ahora bien, lo recientemente señalado no obsta para que, en el marco del análisis jurídico de los requisitos para otorgar una medida cautelar, bien pueda hacerse referencia a las consecuencias que puede traer el otorgamiento o no de dicha medida, pero ello solamente es posible cuando guarde relación con el análisis de los presupuestos y requisitos antes mencionados o con una posible vulneración de derechos fundamentales o principios constitucionales, de tal forma que pueda evitarse consecuencias irreversibles que vayan en detrimento de los mencionados derechos y principios constitucionales de producirse una sentencia estimatoria.

7. Finalmente, debo reiterar que en un análisis de este tipo debe ponderarse adecuadamente los eventuales efectos jurídicos de una medida cautelar, tomando en cuenta también una presunción *iuris tantum* de constitucionalidad. Y es que todas las normas o actos producidos por los diversos organismos estatales o personas existentes en un Estado Constitucional gozan, en principio, de esta presunción *iuris tantum* a su favor, por la cual éstas se reputan constitucionales, salvo se demuestre una inconstitucionalidad abierta. En dicho caso, los jueces deben adoptar una interpretación que concuerde con el texto constitucional, criterio que por cierto es reiterado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (00020-2003-AI/TC, f.33, entre otros pronunciamientos). Solamente si se presentan, a lo largo del proceso, elementos que podrían derrotar esa presunción *iuris tantum* podrían volver a plantearse debates sobre la pertinencia jurídica de sostener una medida cautelar, elementos que, por lo menos por ahora, no han sido puestos en nuestro conocimiento.

S

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

EXP. N.° 00006-2019-CC/TC
AUTO 2
SOLICITUD CAUTELAR

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI OPINANDO PORQUE SE DECLARE PROCEDENTE LA SOLICTUD CAUTELAR PLANTEADA Y SE SUSPENDA, TRANSITORIAMENTE, PARTE DE LOS EFECTOS DEL DECRETO SUPREMO N.° 165-2019-PCM SOBRE DISOLUCIÓN DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Con el debido respeto por mis distinguidos colegas Magistrados, discrepo sustancialmente de la resolución emitida en mayoría, mediante la cual se declara improcedente la solicitud cautelar planteada, por cuanto, desde mi punto de vista, la citada solicitud debió declararse procedente de acuerdo a los términos que más adelante explícito.

Empero, antes de hacerlo, dejo constancia que, dada la trascendencia, importancia, peculiaridad y repercusión del conflicto competencial que se ha sometido a conocimiento y resolución del Tribunal Constitucional, así como el interés que el mismo ha generado tanto en la comunidad nacional como en la internacional, a lo cual se suma que era de conocimiento público que la parte demandante había solicitado la medida cautelar en mención, hubiera sido preferible que antes de resolver, como lo expresé a mis colegas Magistrados en el debate respectivo, se diera oportunidad al Poder Ejecutivo para que, en resguardo de su derecho de defensa, expresara su posición respecto a la procedencia o no de la misma, si lo consideraba conveniente. Lamentablemente tal parecer no fue recogido.

Ahora bien, cabe aquí puntualizar que, más allá de las cuestiones formales que pudieran invocarse, resulta evidente que en el caso de autos existe un conflicto competencial, al punto que ello ha sido reconocido por todos los Magistrados, sin excepción alguna, al dictarse el auto de calificación respectivo, en el cual se resuelve, por unanimidad, admitir a trámite la demanda y correr traslado de la misma al Poder Ejecutivo, a los efectos que proceda a su contestación si así lo estima necesario, otorgándole al efecto el plazo perentorio de treinta día hábiles, previsto en el artículo 107 del Código

Procesal Constitucional, aplicable al proceso competencial por remisión del artículo 112 del mismo cuerpo normativo.

Correlativamente a lo dicho, también resulta evidente que al haberse admitido a trámite la demanda e instaurado el proceso competencial, le asiste a la parte accionante o demandante el derecho de solicitar una medida cautelar, de acuerdo a lo establecido en la primera parte del 111 del precitado código adjetivo constitucional, que la letra preceptúa:

> *"Artículo 111.- Medida cautelar*
>
> *El demandante puede solicitar al Tribunal la suspensión de la disposición, resolución o acto objeto del conflicto."*

Al respecto, lo que es menester determinar en concreto es con qué alcances es que podría otorgarse la citada medida cautelar y el soporte jurídico que pudiera asistirla. Este punto lo desarrollaremos más adelante.

Efectuadas estas precisiones, he de referirme, en lo que sigue, a los aspectos específicos en los que se fundamenta mi discrepancia.

1. Sostener como uno de los fundamentos de la improcedencia que hubo rechazo de la mayor parte de las solicitudes cautelares que en su día se tramitaron de forma paralela a la interposición de demandas competenciales, las mismas implicaban pretensiones "manifiestamente improcedentes" representa una generalización carente de todo sustento. En efecto, independientemente de que no es lo mismo que la mayoría de dichas medidas hayan sido declaradas "improcedentes" (que es lo que realmente ocurrió) que "manifiestamente improcedentes" (que es lo que se dice en la resolución en mayoría) lo real y cierto es que para afirmar que algo resulta totalmente inviable, se necesitaría analizar en concreto cada uno de dichos pedidos, lo que, como es obvio, ni es pertinente hacer en esta estación, ni tampoco viene al caso en debate.

2. La estadística del rechazo de las medidas cautelares en los procesos orgánicos, no demuestra su inviabilidad sino los casos en concreto, los mismos que, como ahora, deben ser analizados según la naturaleza de lo que realmente proponen y no sobre la base de especulaciones meramente estadísticas.

3. La fuente normativa directa que reconoce las medidas cautelares en el ámbito del proceso competencial es el artículo 111 del Código Procesal Constitucional. Y si bien en dicho dispositivo no se establecen criterios acerca del tratamiento de dicha figura a propósito de tal tipo de proceso, ello no significa ni debe tomarse como que el artículo 15 del Código Procesal Constitucional, debe aplicarse mecánicamente o sin ningún tipo de adecuación previa.

4. En efecto, no debe pasarse por alto que una cosa son los procesos constitucionales de tutela de derechos (como el amparo) y otra distinta los procesos constitucionales orgánicos (como el proceso competencial del que ahora se conoce). Mientras que en los primeros prima decididamente el objetivo de protección de los derechos respecto de los cuales se reclama, en los segundos se trata más bien de preservar el margen de regularidad funcional del Estado y de los órganos entre los cuales se distribuye el poder estatal, lo que presupone, entre otros aspectos, maximalizar el criterio de corrección funcional en el sistema de reparto de poder señalado por la Constitución.

5. Tomar en cuenta esta distinción elemental, permitiría, por ejemplo y al igual como lo establece el tercer párrafo del citado artículo 15 del Código Procesal Constitucional, a propósito de los actos generados en el ámbito de los gobiernos municipales y regionales, que se opte por una fórmula parecida y, por tanto, que por naturaleza de los órganos comprometidos en la controversia, se corra traslado por un determinado término al órgano constitucional emplazado, esto es, al Poder Ejecutivo a fin de que pueda ilustrar a este Colegiado su posición con relación al pedido cautelar.

6. Optar por resolver la solicitud de medida cautelar de inmediato, cual si fuera en estricto proceso de tutela de derechos, no parece lo más adecuado en un contexto de alta incertidumbre como el que actualmente nos aqueja. Por lo demás conviene aquí enfatizar que tratándose de un conflicto competencial que hace al núcleo del Estado Constitucional, desde que pone en cuestión una decisión presidencial que se imputa atentatoria al equilibrio de poderes y a la separación de los mismo, a la que se considera lesionador e invasora de las competencias, del funcionamiento y de la propia existencia de un importante poder del Estado, como lo es el Poder Legislativo, el Tribunal Constitucional no puede escudarse en normas ajenas al proceso competencial o interpretaciones de suyo restrictivas para omitir adoptar una decisión de carácter cautelar.

7. En cuanto a los requisitos mismos que presupone el pedido cautelar, conviene detenerse unos momentos en la respuesta específica que en cada caso dispensa la resolución de mayoría y con la que discrepo en esencia.

8. Así al respecto, no termina de comprenderse la posición asumida por mis distinguidos colegas en relación a la apariencia del derecho invocado. Con independencia de que no estamos hablando de un derecho fundamental sino de una competencia atribuida a un órganos constitucional, el hecho de analizar y, por tanto, de pronunciarse sobre una materia elementalmente constitucional como lo es la facultad de disolución del Congreso, no significa en modo alguno

anticipo sobre el tema de fondo, sino únicamente constatar la legitimidad para reclamar por algo que se considera también reconocido por la misma Norma Constitucional, como lo es, sin duda, el funcionamiento del Pleno del Congreso de la República.

9. En el contexto descrito nada tiene pues que ver y más bien resulta impertinente invocar el diferente tratamiento que otras Constituciones, de otras latitudes, puedan haber otorgado a la facultad de disolución del Congreso de la República, cuando de lo que se trata es de responder al problema de cara a lo dispuesto en nuestra propia Constitución Política del Estado que, curiosamente, y como lo reconoce la resolución de mayoría, es distinta de aquellas en la temática objeto de discusión o debate.

10. Cabe adicionalmente añadir que lo que se juzga para los efectos de determinar si hay un conflicto de competencias, y por tanto si es verosímil o no un pedido cautelar, no es si la invasión o exceso cuestionado resulta un poco más o un poco menos arbitrario, cual si se tratara de un asunto de niveles o intensidades, sino si existe realmente el problema planteado y si este compromete las legítimas competencias o facultades reconocidas por la Constitución del Estado.

11. Por otra parte, y en lo que respecta al segundo requisito concerniente al peligro en la demora, la resolución de mayoría pretende circunscribir todo el debate al hecho de que se pueda o no ejercer el control político respecto de la responsabilidad política del Presidente de la República o se determine eventuales censuras sobre sus ministros (entre otras facultades que se mencionan), cuando no ha sido ese el argumento central del pedido presentado. Efectivamente, basta con revisar el escrito cautelar para percatarse que el argumento principal no es otro que de la convocatoria a elecciones para el día domingo 26 de enero del año 2020.

12. Si existe evidentemente en curso una convocatoria a un proceso electoral que tiene como propósito validar indirectamente la decisión que precisamente se ha cuestionado, tanto mediante el presente pedido cautelar, como a través de la demanda competencial principal, y que no es otra que la facultad de disolución del Congreso realizada por el Presidente de la República, está meridianamente claro que el peligro en la demora no solo resulta evidente, sino que, por contrapartida, se hace absolutamente indispensable adoptar medidas tendientes a impedir que la conducta que precisamente se cuestiona, pueda consolidarse por efectos del tiempo.

13. Por lo demás, para nadie es un secreto y basta con revisar los términos y condiciones que entraña la tramitación de un proceso competencial por ante este

supremo Colegiado, que el sometimiento regular a los plazos previstos en el Código Procesal Constitucional, convertiría en absolutamente inconducente un fallo que pudiese adoptarse en relación al problema planteado. Mis colegas de la mayoría, lamentablemente, no han dicho una palabra sobre la incidencia descrita, omitiendo un análisis que, además de necesario, hubiera sido esclarecedor para efectos de determinar la eficacia práctica del pedido cautelar.

14. Por último, y en lo que respecta al tercer requisito, referido al carácter adecuado de la pretensión cautelar planteada, la resolución de mayoría tampoco efectúa mayor discernimiento, optando por afirmar que el anticipo de una medida cautelar generaría más bien un alto riesgo de irreversibilidad. Esta afirmación, en particular, resulta sin duda polémica y refleja un olvido de las facultades que tiene un Tribunal Constitucional para modular sus decisiones, optando por fórmulas razonables de suyo perfectamente viables como ha sucedido en anteriores ocasiones de acuerdo con lo desarrollado en nuestra jurisprudencia.

15. En efecto, el hecho de que se pudiera dispensar una medida cautelar que ordene suspender los efectos del Decreto Supremo N° 165-2019-PCM mediante el cual se dispuso la disolución del Congreso de la República, no significa en lo absoluto que el estado de cosas se vuelva irreversible de declararse infundada o improcedente la demanda principal. Bien podría optarse por una fórmula intermedia consistente por ejemplo, en prorrogar transitoriamente o por un breve término, el proceso electoral destinado a elegir nuevos representantes al Congreso hasta el momento en que este Colegiado defina lo pertinente en relación con el tema de fondo. Una alternativa de tal naturaleza no sólo resultaría perfectamente posible sino indudablemente acorde a la naturaleza de las atribuciones que a cada órgano constitucional corresponde.

16. Conviene en último término analizar los efectos de la decisión de disolver el Congreso de la República, que ha tomado el señor Presidente de la República, invocando el artículo 134 de la Constitución, que preceptúa literalmente:

> *Artículo 134.- Disolución del Congreso*
>
> *El Presidente de la República está facultado para disolver el Congreso si éste ha censurado o negado su confianza a dos Consejos de Ministros. El decreto de disolución contiene la convocatoria a elecciones para un nuevo Congreso. Dichas elecciones se realizan dentro de los cuatro meses de la fecha de disolución, sin que pueda alterarse el sistema electoral preexistente. No puede disolverse el Congreso en el último año de su mandato. Disuelto el Congreso, se mantiene en funciones la Comisión Permanente, la cual no puede ser disuelta.*

No hay otras formas de revocatoria del mandato parlamentario. Bajo estado de sitio, el Congreso no puede ser disuelto."

17. A la luz de este artículo 134 de la Constitución, la disolución del Congreso tiene un carácter excepcionalísimo y eminentemente transitorio, cuya finalidad es superar el impase producido con el Congreso de la República, disolviéndolo parcialmente pero convocando de inmediato a elecciones para un nuevo Congreso, en un plazo no mayor a cuatro meses, a efectos que el mismo se reactive plenamente con nuevos representantes. Por consiguiente, esta figura excepcionalísima y de naturaleza transitoria, no puede ni debe considerarse como la creación de un territorio liberado de control que posibilita el ejercicio de lo que podríamos denominar una suerte de libertinaje normativo, en razón que en el Estado Constitucional el control del ejercicio del poder le es inherente, así como la proscripción de toda forma, directa o indirecta, de abuso o exceso de poder.

18. En este contexto, considero particularmente gravitante y por lo que respecta al presente pedido cautelar, recoger a la par que compartir las importantes consideraciones que en fecha reciente ha señalado la Defensoría del Pueblo a través de su "Informe Defensorial sobre la crisis política, cuestión de confianza y disolución del Congreso" y de acuerdo con las cuales, el escenario transitorio por el que se viene atravesando no supone bajo ninguna circunstancia que las atribuciones del Poder Ejecutivo resulten irrestrictas, debiéndose dejar en claro que existirían indudables límites derivados del principio de separación de poderes, entre los cuales podría mencionarse, con carácter enunciativo, los siguientes:

a) El presidente de la República no podrá emitir leyes de reforma constitucional, dado que dicha facultad se encuentra reservada, de forma exclusiva y excluyente, para el Congreso de la República como depositario de la voluntad popular (artículo 206 de la Constitución), en su dimensión de poder constituyente derivado.

b) El Presidente de la República no podrá emitir, modificar y/o derogar leyes orgánicas, por cuanto al tratarse de normas que versan sobre la estructura y el funcionamiento de las entidades del Estado requieren de una votación calificada a cargo del Congreso de la República (artículo 106 de la Constitución).

c) El Presidente de la República no podrá salir del territorio nacional, puesto que para ello necesita la autorización del Congreso y la Comisión Permanente carece de dicha competencia (artículo 102 inciso 9 de la Constitución).

d) El Presidente de la República no podrá crear, modificar o derogar tributos al operar el principio de reserva de ley (artículo 74 de la Constitución).

Sentido de mi voto

Por lo expuesto mi voto es porque se declare procedente la medida cautelar solicitada y, por consiguiente, se disponga la suspensión parcial de los efectos del Decreto Supremo N° 165-2019-PCM, postergando el proceso electoral destinado a elegir nuevos representantes al Congreso hasta el momento en que este Colegiado defina lo pertinente en relación al tema de fondo; y se disponga que el señor Presidente constitucional de la República sujete su accionar a lo dispuesto expresamente en la Constitución y se abstenga de asumir cualquiera de las atribuciones señaladas en los acápites a, b, c y d del fundamento 18 que antecede.

S.

BLUME FORTINI

EXPEDIENTE 0006-2019-CC/TC
AUTO 2 – MEDIDA CAUTELAR

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Discrepo del auto de mayoría que rechaza la medida cautelar solicitada por el Congreso de la República. A mi criterio, esta debe ser concedida adecuándola a su fin último, que es el restablecimiento del principio de separación de poderes, ya que existe la apariencia del derecho invocado y peligro en la demora, por aspectos formales y sustantivos de lo ocurrido.

I. Cuestiones formales

El artículo 129 de la Constitución dice:

> El Consejo de Ministros en pleno o los ministros por separado *pueden concurrir a las sesiones del Congreso y participar en sus debates* con las mismas prerrogativas que los parlamentarios, *salvo la de votar si no son congresistas* [*énfasis* agregado].

Los ministros tienen derecho a participar en las sesiones en las que se va a *debatir*, pero no en las que solo se va a *votar* un asunto, ya que en ellas no tienen nada qué hacer, de acuerdo a la norma constitucional. Ciertamente, pueden solicitar permiso para estar presentes en sesiones de solo votación, pero es facultad del Congreso dárselos o no.

El 30 de setiembre, sin embargo, cuando empezaba una sesión de solo votación, los ministros irrumpieron en el hemiciclo, sin recabar ninguna autorización. Ni siquiera la solicitaron; simplemente, ingresaron, y pretendieron que abortara la votación. Al no conseguirlo, el Presidente de la República disolvió el Congreso.

El Presidente de la República *interpretó* que, al haber continuado con la votación para elegir a los magistrados del Tribunal Constitucional, el Congreso le había denegado *fácticamente* la confianza solicitada. A su criterio, el Ejecutivo estaba facultado para exigirle al Congreso, a la hora undécima, detener una votación convocada con la antelación legal debida.

La disolución del Congreso, basada en semejante interpretación, menoscabó evidentemente sus atribuciones constitucionales. Esto es tanto más así cuanto que la materia de la votación —la elección de los miembros del Tribunal Constitucional— constituía una competencia exclusivamente suya.

II. Cuestiones sustantivas

El artículo 201 de la Constitución establece que:

> Los miembros del Tribunal Constitucional *son elegidos por el Congreso de la República* con el voto favorable de los dos tercios del número legal de sus miembros [*énfasis* agregado].

En el Perú, el Ejecutivo no participa en el procedimiento de elección de los magistrados del Tribunal Constitucional. Por tanto, puede sugerir mejoras, pero no hacer cuestión de confianza sobre ellas. En el fundamento 75 de la sentencia emitida en el caso Cuestión de Confianza, este Tribunal Constitucional dijo:

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

La conformación del Tribunal Constitucional no es un asunto vinculado a la gestión del gobierno. Es un asunto de Estado, que trasciende a cualquier gobierno. Por tanto, no correspondía al Ejecutivo hacer cuestión de confianza de ella, así hubiese formulado propuestas sustanciales de reforma del procedimiento de selección de magistrados.

III. El proyecto de ley del Ejecutivo

El proyecto de ley materia de la cuestión de confianza comprendía dos modificaciones al artículo 8 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. La primera establecía que debe haber, necesariamente, entrevistas y etapa de presentación de tachas en la modalidad de selección de magistrados por invitación.

Todos los integrantes actuales del Tribunal Constitucional fuimos elegidos sin entrevistas ni etapa de tachas *mandatorias*; por tanto, no podemos aceptar que ello sea clamorosamente indebido. Si así lo consideráramos, no habríamos aceptado nunca participar en tal procedimiento.

La segunda establecía que, si el Congreso no completaba la elección de los sustitutos, se quedaban en el Tribunal Constitucional los magistrados de colegiatura más recien-

te. Esta propuesta es muy extraña, ya que el criterio de la precedencia por antigüedad se aplica en todos los tribunales u órganos colegiados del Estado.

Al tomar prestado el uso de la palabra en el hemiciclo, el Presidente del Consejo de Ministros sustentó la primera modificación, pero no explicó porqué prefería a los magistrados menos experimentados. Si quería poner de cabeza el tradicional criterio de precedencia, debió sustentarlo y no intentar pasarlo de contrabando.

IV. Errores en el auto de mayoría

El auto de mayoría propone rechazar la medida cautelar solicitada porque dice que el Congreso autorizó a su Presidente a plantear la demanda competencial sobre cuestiones de confianza vinculadas a reformas constitucionales, no a atribuciones exclusivas del Congreso. Sin embargo, el acuerdo fue el siguiente:

> Ha sido aprobada la autorización al Presidente del Congreso de la República, para que interponga una acción competencial y su correspondiente medida cautelar ante el Tribunal Constitucional, a fin de que este órgano constitucional esclarezca *el alcance y forma en que se ejerce la cuestión de confianza* planteada por el Presidente del Consejo de Ministros en su exposición en este Hemiciclo [*énfasis* agregado].

Los términos de la autorización son suficientemente claros. No obstante, si hubiese alguna discordancia entre dichos términos y la pretensión planteada, el Tribunal Constitucional debe recordar que el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional establece 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* [*énfasis* agregado].

Además, el auto de mayoría señala que "los puntos cuestionados en el escrito de demanda ostentan un elevado nivel de complejidad". Para demostrarlo, reseña cuándo procede disolver el Congreso en tres países. Empero, aquí nadie discute si la Constitución establece que el Presidente de la República puede disolver el Congreso, si le niega confianza a dos gabinetes.

Aquí el punto a dilucidarse es si los ministros pueden irrumpir en una sesión del Congreso convocada solo para elegir a los magistrados del Tribunal Constitucional, pretendiendo suspenderla, con el argumento o pretexto de mejorar las reglas con las que es llevada a cabo. ¿Lo permite algún país cuya Constitución consagre el principio de separación de poderes?

V. La separación de poderes

El principio de separación de poderes se expresa de diferente forma en los países presidencialistas y en los parlamentaristas. Sin embargo, tengan uno u otro sistema de gobierno, ninguno permite que el Jefe de Estado le dispense al Parlamento un trato semejante al que le dio aquí.

En los Estados Unidos —paradigma del presidencialismo—, los secretarios no pueden ingresar al Congreso, salvo acompañando al Presidente cuando este presenta anualmente "el estado de la unión". En el Reino Unido —paradigma del parlamentarismo—, la Reina no puede ingresar siquiera a la Cámara de los Comunes.

Cuando la Reina quiere hablarle a los Comunes, los convoca a la Cámara de los Lores a través del *Black Rod*, que recibe un portazo en las narices, para que recuerde la separación de poderes. Sólo a su insistencia, golpeando tres veces la puerta de la Cámara, lo reciben, escuchan y atienden el pedido de la Reina.

El trato que el Presidente de la República y sus ministros le dispensaron al Congreso fue, pues, no solo descortés y prepotente; además, vulneró el principio de separación de poderes consagrado en la Constitución. Esa no es la manera de mejorar las instituciones políticas y afirmar la democracia en el Perú.

VI. Fragmentación y polarización legislativas

Evidentemente, señalar lo anterior no implica negar las notorias deficiencias del Congreso disuelto. Dada su fragmentación, exhibía una notoria polarización. Carecía de la estructura bipartidista que caracteriza y modera tanto al Congreso norteamericano como al Parlamento inglés.

Empero, la fragmentación legislativa viene de atrás y se vincula a nuestra modalidad de representación proporcional. El 2006, sus efectos negativos fueron atenuados por la valla electoral, pero la fragmentación sobreviviente a las elecciones continuó dándose. Los dos Congresos anteriores empezaron con seis bancadas, pero terminaron con nueve y diez.

La Ley Antitransfuguismo trató de corregirlo; sin embargo, con mi voto en contra, fue declarada inconstitucional por este Tribunal Constitucional, que dijo que debía distinguirse entre tránsfugas buenos y tránsfugas malos. Por ello, este Congreso también empezó con seis bancadas, pero, luego de las sentencias constitucionales, aparecieron seis más.

La fragmentación legislativa multiplica en el Perú los cuestionamientos al Parlamento típicos de las sociedades contemporáneas, que acaso derivan de los avances tecnológicos.

La función de representación puede parecer irrelevante cuando los ciudadanos pueden pronunciarse directamente a través de las redes sociales sobre los asuntos públicos.

VII. Naturaleza e importancia del Parlamento

El Parlamento sigue encarnando el ideal del "gobierno por discusión", que es consustancial a la democracia y al constitucionalismo. Se puede discrepar sobre cuán amplia o acotada debe ser la concurrencia de perspectivas para que la discusión sea constructiva, pero no negarse la importancia del pluralismo para la formulación de las leyes y las políticas públicas.

La democracia plebiscitaria o directa de las redes sociales no puede sustituir a la democracia parlamentaria o representativa porque no establece un sistema de rendición de cuentas de ningún tipo. Solo la democracia representativa genera un sistema de gobierno responsable frente a la ciudadanía.

Dada la naturaleza e importancia del Parlamento, el Presidente de la República no podía presumir una negación *fáctica* de confianza, y disolverlo en plena votación de la misma. El artículo 134 de la Constitución le habilita la posibilidad de disolver el Congreso, pero puede hacerlo solo cuando el requisito que establece se cumple clara, expresa e inequívocamente:

> El Presidente de la República está facultado para disolver el Congreso *si éste ha censurado o negado su confianza a dos Consejos de Ministros* [*énfasis* agregado].

La separación de poderes y la continuidad del proceso democrático son la política anticorrupción y de control del abuso del poder más importante que se puede tener. No se puede combatir la corrupción y el abuso del poder disolviendo el Congreso a base de una interpretación forzada de la Constitución. Como dijo Lord Acton:

> El poder tiende a corromper y el poder absoluto corrompe absolutamente.

VIII. La crisis política presente

Durante el siglo XX, nunca un gobierno sin mayoría parlamentaria concluyó su mandato sin que se interrumpiese el proceso constitucional. Esto ocurrió en 1914, 1948, 1962, 1968 y 1992. Entre el 2001 y el 2016, sin embargo, no se cumplió tal regla. Los gobiernos completaron sus mandatos, a pesar de no tener mayoría en el Congreso.

Ninguno de los tres gobiernos de dicho período, sin embargo, tuvo una bancada tan exigua como la que consiguió el ex-Presidente de la República Pedro Pablo Kuczyns-

ki, 16%. Alejandro Toledo consiguió 38%; Alan García, 30%; y, Ollanta Humala, 36%. La bancada oficialista tenía al frente, además, a una de oposición con 56% de los asientos del Congreso.

Desde el retorno a la democracia en 1980, nunca se había tenido una situación política similar. Una renovación parcial del Congreso a mitad del período presidencial hubiese permitido que el pueblo la resuelva, pero esta no estaba prevista en *la Constitución incompleta*. La viabilidad de la relación Ejecutivo-Legislativo, así, estaba comprometida desde el inicio.

El Tribunal Constitucional no puede soslayar esta situación, restituyendo al Congreso disuelto, pues agudizaría la crisis política. La solución constitucional solo puede provenir del pueblo soberano a través del sufragio, como lo propuso el mismo Presidente de la República el último 28 de julio.

IX. El peligro en la demora

La necesidad de atender la solicitud de medida cautelar formulada por el Congreso de la República, adecuándola, es evidente. No puede dársele un trámite ordinario a un problema extraordinario. Hacerlo es esquivar la responsabilidad que le corresponde a este Tribunal Constitucional.

Cuando las cortes de justicia más altas de los dos países mencionados enfrentaron situaciones similares, los resolvieron en pocas semanas. Así ocurrió en los Estados Unidos el año 2000, con el caso *Bush v. Gore*; y, en el Reino Unido este año, con la prórroga del Parlamento ordenada por la Reina a solicitud del Primer Ministro Boris Johnson.

Desde que el auto de mayoría declara improcedente la medida cautelar solicitada, la sentencia —a emitirse en 300 días, si se considera el promedio que le toma al Tribunal Constitucional resolver demandas competenciales— será intrascendente. La sentencia no podrá ocultar que este auto convalida *fácticamente* el quebrantamiento del principio de separación de poderes ocurrido el 30 de setiembre.

Este es el caso más importante que se le ha presentado al Tribunal Constitucional en sus veintitrés años de existencia. Merece un tratamiento distinto al que contiene el auto de mayoría. Este caso merece una decisión pronta, que brinde una solución eficaz.

X. Conclusión

Necesariamente, la acción humana utiliza los medios disponibles más adecuados para alcanzar los fines deseados. Empero, estos pueden ser, a su vez, medios para alcanzar otros fines más altos, y así sucesivamente. El fin último aquí no es resta-

blecer el Congreso disuelto sino la separación de poderes y superar la crisis política presente.

Por ello, adecuando la medida cautelar a este fin último y modulando la decisión de conformidad con el principio de previsión de consecuencias, mi voto es porque se restablezca la separación de poderes, realizando la elección del nuevo Congreso junto con la de un también nuevo Presidente de la República.

S.

SARDÓN DE TABOADA

B. PROCESOS DE TUTELA DE DERECHOS

B.1 PROCESOS DE AMPARO

EXP. N.º 01643-2014-PA/TC
ICA
DOMINGO PERALTA TAPARA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 14 días del mes de agosto de 2018, el Pleno del Tribunal Constitucional integrado por los magistrados Blume Fortini, Miranda Canales, Ramos Núñez, Sardón de Taboada, Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento del magistrado aprobado en Ferrero Costa, aprobado en la sesión del Pleno del día 5 de setiembre de 2017. Asimismo, se agregan los fundamentos de voto de los magistrados Blume Fortini, Ramos Núñez, Ledesma Narváez, Espinosa-Saldaña Barrera y Ferrero Costa y el voto singular del magistrado Sardón de Taboada.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Domingo Peralta Tapara contra la resolución de fojas 163, de fecha 21 de noviembre de 2013, expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Ica, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Demanda

Con fecha 9 de enero del 2013, don Domingo Peralta Tapara interpuso demanda de amparo contra la presidenta de la Asociación de Padres de Familia (Apafa) de la Institución Educativa 22346, San Martín de Porras, del distrito de Santiago de Ica, así como contra la presidenta y la secretaria del Comité Electoral 2012 de la referida Apafa. Ha solicitado como primera pretensión que tanto la presidencia de la Apafa como el Comité Electoral del año 2012, en primer lugar, indiquen las razones por las que le impidieron participar en las Asambleas Generales del 8 y 23 de diciembre de 2012; en segundo lugar, se pronuncien sobre su solicitud de copia del padrón de los asociados de la Apafa debidamente inscritos del año 2012. Como segunda pretensión

ha peticionado que se declare la nulidad del acta de la Asamblea General de fecha 23 de diciembre de 2012, en la que se designó la nueva junta directiva.

Refirió que es apoderado de una de sus nietas (E. M. P. H.), la cual es estudiante del nivel primario de la citada institución educativa y que, a pesar de ello, la presidenta de la Apafa le prohibió participar de la vida institucional de la corporación. Denuncia que el 23 de diciembre de 2012 se eligió la nueva junta directiva de la Apafa, pero que no se le permitió participar en dicho acto. Finalmente, manifiesta que sus solicitudes de participación en la Apafa o la copia del padrón electoral el 2012 no obtuvieron respuesta alguna. Por ello, a su criterio, se vulneraron sus derechos de petición y a elegir y ser elegido.

Contestación de la demanda

La Apafa de la I. E. 22346, San Martín de Porras, contestó la demanda alegando que todo asociado tiene derecho a impugnar judicialmente los acuerdos que violen las disposiciones legales o estatutarias mediante un proceso abreviado. Asimismo, adujo que el demandante no es padre de familia, y que, por tanto, carece de legitimidad para obrar, así como que no existe conexión lógica entre los hechos y el petitorio.

Sentencia de primera instancia o grado

El Quinto Juzgado Civil Transitorio de Ica declaró fundada la demanda por entender que el actor cuenta con legitimidad para denunciar la vulneración de los derechos invocados. Agregó que la asociación emplazada ha omitido dar respuesta a las solicitudes presentadas por el actor sin explicación alguna y que el demandante, en su condición de apoderado, podía participar de la vida institucional de la Apafa demandada.

Resolución de segunda instancia o grado

A su turno, la Sala superior, tras revocar la apelada, declaró improcedente la demanda en aplicación del artículo 5, inciso 2, del Código Procesal Constitucional por considerar que del análisis de autos no se advierte en qué medida el tránsito por la vía procesal civil generaría un daño irreparable a los derechos fundamentales supuestamente afectados.

FUNDAMENTOS

Delimitación del asunto litigioso

1. En el presente caso, de los actuados se advierte que el asunto controvertido se circunscribe a determinar si la decisión de excluir al recurrente de participar en los asuntos internos de la Apafa demandada resulta constitucional o no.

2. Si bien el actor ha invocado entre los derechos presuntamente afectados el derecho de elegir y ser elegido regulado en el artículo 31 de la Constitución, este Tribunal estima, en aplicación del principio *iura novit curia*, que los derechos que se habrían vulnerado son el derecho de asociación, de petición, de protección a la familia y el de los padres a participar en el proceso educativo de sus hijos, consagrados en los incisos 13 y 20 del artículo 2, así como en el último párrafo del artículo 13 de la Constitución. En consecuencia, se emitirá pronunciamiento al respecto.

Materias constitucionales a dilucidar

3. Aún cuando en la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional tenemos algunos pronunciamientos que hacen referencia expresa a los derechos invocados (cfr. las Sentencias 04232-2004-AA, 03741-2004-AA/TC, 04646-2007-PA-/TC, entre otras), no existe, en rigor, un desarrollo relacionado con el vínculo entre familia y escuela, que resulta esencial para comprender las prerrogativas y límites que se originan para cada sujeto que participa en el proceso educativo, es decir, para los estudiantes, los profesores (escuela), el Estado y, en lo que respecta al caso de autos, los padres y tutores del educando.

4. El presente caso plantea la necesidad de pronunciarse sobre determinadas cuestiones imprescindibles a fin de comprender el alcance de los citados artículos 2, incisos 13 y 20; y el último párrafo del artículo 13 de la Constitución. Por ello, se desarrollará:

   - ✓ La familia desde la Constitución y su relación con la escuela.
   - ✓ La participación de los padres de familia en el proceso educativo de sus hijos mediante terceros (tutores o apoderados) y específicamente a intervenir en la vida institucional de las Apafas.
   - ✓ Las Apafas como sujetos legitimados pasivos del derecho de petición.

La familia desde la Constitución y su relación con la escuela

5. El artículo 4 de la Constitución reconoce a la familia como un instituto natural y fundamental de la sociedad. Es por ello que obliga al Estado y a la comunidad a prestarle especial protección. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece en su artículo 23 que la "familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad" y que debe ser protegida de las posibles injerencias lesivas del Estado y la sociedad. Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) dispone en su artículo 17 que "la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y que debe ser protegida por la

sociedad y el Estado". Indica también que el derecho a fundar familia se ejercerá siempre que se cumplan las condiciones requeridas, de acuerdo con las leyes internas que regulan la materia.

6. En su acepción común, el término *familia* alude a aquel grupo de personas que se encuentran emparentadas y comparten el mismo techo o ambiente. Tradicionalmente, con ello se ha pretendido englobar a la familia nuclear, conformada por los padres y los hijos, los cuales se encuentran bajo la autoridad de aquellos. Así, desde una perspectiva jurídica tradicional la familia está formada por vínculos jurídicos familiares que hallan origen en el matrimonio, la filiación y en el parentesco.

7. Desde una perspectiva constitucional, debe indicarse que la familia, al ser un instituto natural, se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales. De esta forma los cambios sociales y jurídicos, tales como la inclusión social y laboral de la mujer, la regulación del divorcio y su alto grado de incidencia, las grandes migraciones hacia las ciudades, entre otros aspectos, han significado una modificación en la estructura de la familia tradicional nuclear, conformada alrededor de la figura del *pater familias*. Consecuencia de ello es que hayan surgido familias con estructuras distintas a la tradicional, como **son las constituidas por los padres, hijos y abuelos.**

8. En este tipo de familias, por ejemplo, los abuelos participan de manera activa en el desarrollo y formación de los nietos, por decisión voluntaria de los padres de familia, quienes por distintos motivos, generalmente laborales, se encuentran imposibilitados por los menos ordinariamente de compartir o supervisar diaria y directamente diversas actividades con sus hijos, tales como reuniones en el colegio o eventos sociales o religiosos (actos propios de la vida civil).

9. Un aspecto relevante de la familia es su rol educador, al ser aquella, entre otras cosas, el espacio natural en el que nos educamos tanto en valores como en otros aspectos. En la familia son los padres quienes tienen la obligación natural de educar a sus hijos, a la que no pueden ni deben renunciar, pues son ellos los que establecen las líneas iniciales y maestras de un proyecto educativo personal. Dicha labor tiene en la escuela a su primera y esencial colaboradora, sin que ello implique que aquellos pierdan el protagonismo que por derecho les corresponde.

10. En este orden de ideas, resta señalar que la escuela constituye, entre otros, un ámbito que vincula afecto, formación y conocimiento; así como el espacio físico en el que se desarrolla gran porcentaje del proceso educativo, proceso en el que

concurren una serie de sujetos (estudiantes, profesores, padres de familia y el Estado), siendo el principal de todos el estudiante y que tiene como objetivo el desarrollo pleno de este, finalidad que en la etapa preescolar y escolar (inicial, primaria y secundaria) requiere de una activa participación de los otros sujetos, en especial de los padres de familia.

11. En el contexto descrito y en virtud del principio de supremacía constitucional (artículo 51 del texto constitucional), ni el legislador al emitir legislación, ni el juez al resolver los procesos a su cargo, ni los particulares (caso de las Apafas) en el ejercicio de su potestad de autorregulación sustentada en principios como el de autonomía de la voluntad pueden desconocer la especial relevancia constitucional que ostenta la familia (artículo 4 de la Constitución). Un razonamiento contrario supone sostener que la Constitución ha perdido su condición de norma jurídica para volver a ser una mera carta política referencia', incapaz de vincular el Estado y la sociedad en general.

12. Por ello, aun cuando el legislador elabore disposiciones legales que contravengan formal o materialmente la Constitución, los jueces tienen la facultad de aplicar el control difuso o, en su caso, realizar una interpretación de la ley conforme a la Constitución, descartando de esta forma toda interpretación que la vulnere.

La participación de los padres de familia en el proceso educativo de sus hijos mediante terceros (tutores o apoderados), específicamente a intervenir en la vida institucional de las Apafas.

13. Este Tribunal estima, por un lado, que la colaboración de los padres de familia en el proceso educativo de sus hijos, sobre todo de aquellos que se encuentran en etapa preescolar y escolar, resulta vital, toda vez que con ella se asegura la consecución del objetivo primordial: el pleno desarrollo del estudiante; y, por otro, que esta constituye un deber y derecho, pues no pueden los padres abdicar ante la obligación de educar a sus hijos; así como tampoco se les desconoce la prerrogativa que ostentan de exigir que el proceso educativo en el que participen sus hijos otorgue una educación conforme con sus propias convicciones, ello según el derecho de escoger los centros de educación y de participar en el proceso educativo que les reconoce la Constitución en su artículo 13.

14. La participación institucional de los padres de familia, tutores y curadores en las escuelas públicas de educación básica, regular y especial se canaliza mediante las asociaciones de padres de familia, denominadas Apafas, cuyas funciones y prerrogativas están reguladas por Ley 28628.

15. Un aspecto relevante para el caso constituye saber quiénes son padres de familia, tutores, curadores y terceros que participan en el proceso educativo de los menores, pues todos los mencionados pueden participar directamente en el proceso educativo de una persona en etapa preescolar o escolar y, por ello, pretender también la participación institucional a través de las Apafas.

16. Padres de familia son aquellos que de manera bilógica han procreado una persona o quienes establecieron una relación de filiación de origen legal con un menor (adopción). Por otra parte, los tutores son personas designadas judicialmente para cuidar de un menor; sin embargo, no está obligado a la convivencia con el menor, pero sí a estar pendiente de su bienestar y administrar sus bienes. Finalmente, existen terceros que pueden ser familiares o no, como abuelos y tíos, quienes conviven con el menor, por ende, participan de manera directa o indirecta en el proceso educativo de este.

17. Otro punto importante es que la participación activa de los padres o tutores en el proceso educativo de sus hijos o pupilos debe, en principio, ser realizada por ellos de manera directa; padre, madre, ambos o, de ser el caso, por el tutor. Ahora bien, resulta frecuente que en las nuevas familias los padres o uno de ellos (quien ejerce la patria potestad) no se encuentren en condiciones de estar presentes de manera constante y directa en las diversas actividades que involucra un proceso educativo, tales como reuniones de padres, actividades socio-escolares (actuaciones, entregas de libretas de notas, trabajos colectivos en el centro educativo). Similar situación se presenta con los pupilos, quienes en muchas ocasiones cuentan con tutores que no conviven con ellos por no estar obligados a ello.

18. A propósito de la imposibilidad que en la actualidad y por diversos motivos se les presenta a los padres de familia o tutores para participar de manera directa y constante en el proceso educativo de sus hijos, resulta necesario garantizarla excepcionalmente de manera indirecta, es decir, a través de otros miembros de la familia, como tíos, abuelos, es decir, terceros vinculados familiarmente con el menor, pues negar ello significaría impedir que la familia sea el centro educativo originario de toda persona y que en ella existan diversos actores, quienes conviven y comparte diariamente con los menores y de quienes aprenden de manera constante mediante el ejemplo.

19. Por lo expuesto, resulta constitucional que los padres o tutores de un menor, excepcionalmente, puedan nombrar ante las escuelas un representante o apoderado, a fin de que este lo represente de manera activa en ella, lo que conlleva que

pueda participar institucionalmente en el proceso educativo del menor, incluso participar en las Apafas.

20. Sin embargo, el Tribunal Constitucional debe advertir que, mientras no resulte debidamente acreditada la autorización de los padres o tutores y estén señaladas explícitamente las facultades conferidas al tercero designado por los padres de familia o tutores para que ejerza su representación ante la institución educativa pública en la que se encuentre matriculado, la Apafa tiene la facultad de excluirlo de su vida institucional a dicho tercero.

Las Apafas como sujetos legitimados pasivos del derecho de petición

21. En el marco del Estado constitucional, el respeto de los derechos fundamentales constituye un imperativo que el Estado debe garantizar frente a las eventuales afectaciones que puedan provenir tanto del propio Estado (*eficacia vertical*) como de los particulares (*eficacia horizontal*), más aún cuando, a partir del doble carácter de los derechos fundamentales, su violación comporta la afectación no sólo de un derecho subjetivo individual (*dimensión subjetiva*), sino también del orden objetivo de valores que la Constitución incorpora (*dimensión objetiva*) (cfr. sentencia emitida en Expediente 4063-2007-PA, fundamento 9).

22. La eficacia horizontal de los derechos fundamentales en las relaciones entre privados constituye un postulado perfectamente accionable en el plano jurisdiccional ante su incumplimiento; por ello, el proceso de amparo resulta uno de los mecanismos de protección jurisdiccional en atención a lo dispuesto por el artículo 200, inciso 2, de la Constitución: "La acción de amparo procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, (...)".

23. Uno de los derechos susceptibles de tutela mediante el proceso de amparo es el derecho de petición. Este derecho, reconocido en el artículo 2, numeral 20, de la Constitución Política, establece que toda persona tiene derecho "a formular peticiones, individual o colectivamente, por escrito **ante la autoridad competente**, la que está obligada a dar al interesado una respuesta también por escrito dentro del plazo legal bajo responsabilidad" (énfasis agregado).

24. Este Tribunal ha manifestado que el contenido esencial del derecho de petición está conformado por dos aspectos: el primero, relacionado estrictamente con la libertad reconocida a cualquier persona para formular pedidos por escrito **a la autoridad competente**; el segundo, unido irremediablemente al anterior, se encuentra vinculado a la obligación de **la referida autoridad** de otorgar una respuesta al peticionante. Además, el Tribunal ha destacado que la contestación

oficial debe ser motivada; por ende, no es admisible jurídicamente poner en conocimiento del peticionante la decisión *adoptada por el funcionario público correspondiente* (cfr. Expediente 01420-2009-PA/TC). Debe precisarse al respecto que el pronunciamiento de la Administración no implica que deba concederse lo solicitado por el actor, pues ello no forma parte del derecho cuya protección se reclama.

25. En relación con la legitimación de los sujetos del derecho de petición, este Tribunal ha señalado que el sujeto activo, por un lado, puede ser cualquier persona, nacional o extranjera, dado que se trata de un derecho *uti cives*; y, por otro lado, que el sujeto pasivo o **destinatario son las entidades públicas y, en general, los funcionarios que las representen con autoridad** (cfr. Sentencia 0941-2001-AA/TC, fundamento 4, énfasis agregado).

26. Sin embargo, este Tribunal considera pertinente acotar que, en aplicación del principio de unidad de la Constitución según el cual la interpretación de la Constitución debe estar orientada a considerarla como un todo armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto, y del principio de fuerza normativa de la Constitución por el que la interpretación constitucional debe encontrarse orientada a relevar y respetar la naturaleza de la Constitución como norma jurídica, vinculante a todo poder público y a la sociedad en su conjunto, así como del artículo 2, inciso 20, y del artículo 200, inciso 2, del texto constitucional, de manera excepcional las personas jurídicas de derecho privado constituyen sujetos pasivos del derecho de petición cuando "la persona jurídica bajo el régimen privado presta servicios públicos o ejerce función administrativa (bajo concesión, delegación o autorización del Estado)".

27. En el caso peruano, por mandato del artículo 58 de la Constitución, se reconoce la libre iniciativa privada, la cual permite que el Estado otorgue a una persona jurídica bajo el régimen privado la potestad de prestar servicios públicos, verbigracia, educación. Lo que da estatus de autoridad a la persona jurídica bajo el régimen privado. Ello explica por qué el artículo 1, numeral 8, de la Ley 27444, del Procedimiento Administrativo General, refiere que también es considerada como "entidad" de la Administración Pública la "persona jurídica bajo el régimen privado que presta servicios públicos o ejerce función administrativa (bajo concesión, delegación o autorización del Estado)". En consecuencia, esta entidad privada, en ejercicio de dicha potestad, puede amenazar o vulnerar el derecho de petición de otros particulares.

Análisis del caso en concreto

Sobre la decisión de excluir al recurrente de participar en los asuntos internos de la Apafa de la Institución Educativa 22346 San Martín de Porras

Argumentos del demandante

28. Refiere que, pese a ser apoderado de una de sus nietas (E. M. P. H.), la cual cursa el nivel primario en la I. E. 22346, ha sido excluido de participar en la vida orgánica de la Apafa, lo que incluyó la elección de la junta directiva del año 2012.

Argumentos de la parte demandada

29. Afirman las emplazadas que el actor no es padre de familia y que no existe resolución judicial que lo autorice a ejercer la patria potestad; por tanto, no puede ser integrante de la Apafa conforme al artículo 9 del Decreto Supremo 004-2006-ED, Reglamento de la Ley 28628, que regula la participación de Apafas en las instituciones educativas públicas. Asimismo, arguyen que no corresponde dilucidar la nulidad de la asamblea general del 23 de diciembre de 2012 en sede constitucional.

Consideraciones del Tribunal Constitucional

30. La parte emplazada alega que ha decidido excluir al demandante de la vida institucional de la Apafa de la I. E. 22346 en aplicación del artículo 9 del Decreto Supremo 004-2006-ED, Reglamento de la Ley 28628, que regula la participación de la Apafas en las instituciones educativas públicas. El artículo en mención dice textualmente:

> La Asociación está constituida por
>
> a) **Padre y/o madre** del alumno
>
> b) **Tutor,** persona que sin ser padre o madre del alumno menor de edad, cuenta con la autorización legal para ejercer la patria potestad.
>
> c) **Curador**, persona que sin ser padre o madre del alumno mayor de edad, cuenta con la autorización legal para ejercer la curatela.
>
> Los padres de familia, tutores y curadores a que se refiere la Ley y el presente Reglamento, deben estar debidamente registrados en el Padrón de Asociados.

31. Este Tribunal considera que una aplicación literal de dicha disposición legal, mediante la cual la autoridad de una Apafa, cual autómata, no permite la par-

ticipación en sus asuntos internos de los abuelos de escolares de instituciones educativas públicas, que están debidamente autorizados en su condición de apoderados por uno de los padres, el tutor o el curador, no se condice con los principios que guían las conductas entre privados en un Estado social y democrático de derecho ni con la *eficacia horizontal* de los derechos fundamentales.

32. En ese orden de ideas, a criterio de este Colegiado, una aplicación textual de lo establecido en el artículo 9 del Decreto Supremo 004-2006-ED, en el sentido interpretativo de que solo los padres, tutores o curadores pueden participar de manera directa en la vida institucional de las Apafas, resulta inconstitucional. Tal interpretación contraviene abiertamente el mandato constitucional de especial protección a la familia y constituye una negación a su condición de institución natural.

33. En el presente caso se aprecia a fojas 29 de autos que el demandante ha sido nombrado apoderado de su nieta E.M.P.H. por don Ernesto Peralta Carpio, padre de la citada escolar, para que en su condición de abuelo apoderado pueda: "(...) firmar todos los documentos y acudir a las citaciones que fuesen de la Dirección de I.E., y/o asociación de padres de familia durante el año 2012 y años próximos". Por tanto, a la luz de lo expuesto en los fundamentos 12 a 14 *supra*, el demandante está legitimado para participar íntegramente en la vida institucional de la Apafa de la I. E. 22346, y toda exclusión fundamentada en una aplicación literal del artículo 9 del Decreto Supremo 004-2006-ED resulta vulneradora de su derecho fundamental de asociación en su manifestación del *derecho de asociarse*, que se materializa en la potestad de pertenecer a la Apafa de la I. E. 22346 y de participar en su vida institucional.

La Apafa constituye un sujeto legitimado pasivo del derecho de petición consagrado en el artículo 2, inciso 20, de la Constitución

Argumentos del demandante

34. Refiere que, a pesar de ser abuelo y apoderado de una alumna del nivel primario de la I. E. 22346 y, pese a haber presentado diversos escritos ante la Apafa de dicha institución ya ante el comité electoral del año 2012 solicitando conocer la razón por la cual no le permiten participar de la vida institucional de la Apafa, no se ha dado respuesta a su petición.

Argumentos de la parte demandada

35. Afirman que el actor carece de legitimidad para obrar porque no es padre de familia y que no existe conexión lógica entre los hechos y el petitorio.

Consideraciones del Tribunal Constitucional

36. Si bien las Apafas, por mandato del artículo 4 de la Ley 28628 que regula la participación de las Apafas en las instituciones educativas, gozan de personería jurídica de derecho privado, este Tribunal considera que dichas entidades, al canalizar el derecho de los padres de familia, apoderados, tutores o curadores de participar en el proceso educativo de los educandos a su cargo, constituyen entidades privadas que ostentan función administrativa, toda vez que colaboran con el adecuado otorgamiento del servicio público de educación y lo supervisan; en consecuencia, se encuentran dentro de las personas privadas que de manera excepcional resultan sujetos pasivos del derecho de petición.

37. En el caso concreto, de fojas 3 a 21 de autos corren copias de las solicitudes presentadas por el actor, detalladas en el primer párrafo de los antecedentes de la presente sentencia, las cuales, como reconocen las emplazadas, no han sido atendidas, lo que evidencia una absoluta pasividad de la autoridad receptora de la petición. Por tanto, se debe estimar este extremo de la demanda y ordenar que las emplazadas procedan a dar trámite a las solicitudes presentadas por el actor con fecha 30 de octubre, 12 de noviembre, 12 de diciembre y 17 de diciembre del año 2012.

Sobre la nulidad de la elección de la Junta Directiva 2012 de la Apafa de la I.E. 22346 realizada el 23 de diciembre de 2012

Argumentos del demandante

38. Refiere que, pese a estar legitimado, no se le permitió participar en la vida institucional de la Apafa, lo que incluye la elección de la junta directiva 2012, realizada en asamblea general del 23 de diciembre de 2012.

Argumentos de la parte demandada

39. Afirman que el actor no es padre de familia; por tanto, carece de legitimidad para obrar, y que no existe conexión lógica entre los hechos y el petitorio.

Consideraciones del Tribunal Constitucional

40. El artículo 1, segundo párrafo, del Código Procesal Constitucional prescribe expresamente 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. (...)". Se entiende a contrario sensu que ante la situación de irreparabilidad del derecho y ante la inexistencia de tal agravio la magistratura constitucional declarará la improcedencia de la demanda por haberse producido la sustracción de la materia.

41. Este Tribunal advierte que, de acuerdo con lo prescrito por el artículo 21 del Decreto Supremo 004-2006-ED, los integrantes del Consejo Directivo de las Apafas son elegidos por un periodo de dos años (fojas 75). En el presente caso, la elección cuestionada por el actor tuvo lugar el 23 de diciembre de 2012; por tanto, a la fecha de la emisión de la presente resolución, dicho periodo ya feneció. Por consiguiente, habiéndose tornado irreparable en este extremo la demanda, ha operado la sustracción de materia, siendo aplicable *a contrario sensu* el artículo 1 del Código Procesal Constitucional.

Efectos de la presente sentencia respecto del extremo estimado

42. Como consecuencia de lo anterior, a partir de la notificación de la presente sentencia, la Apafa de la 1. E. 22346 debe permitir la participación del actor en todas las actividades que realice.

43. Sin perjuicio de lo hasta aquí expuesto, este Tribunal estima pertinente precisar que lo resuelto en el presente proceso en modo alguno supedita o condiciona a las Apafas de instituciones educativas públicas a aceptar toda intención de un tercero vinculado parentalmente con un escolar de participar en sus asuntos internos sin que medie la autorización respectiva de los padres, tutores y curadores, según sea el caso, puesto que para representar a un menor ante las instituciones educativas públicas resulta constitutiva la autorización.

44. El requerimiento de la autorización expresa puede ser relativizada en situaciones excepcionales en las que el tercero demuestre fehacientemente que los responsables del menor, o sea padres o tutores, se encuentran imposibilitados temporalmente de participar en el proceso educativo; por ejemplo, cuando estos estén hospitalizados sin poder manifestar voluntad alguna o por algún acontecimiento, hecho fortuito o causa mayor no puede regresar al domicilio del menor (un terremoto, bloqueo de carreteras, etc.); recordando que las apafas, en tanto entidades que representan a los padres y tutores, pueden evaluar las solicitudes y darles respuesta con sujeción a la Constitución, particularmente a su artículo 4, en el que está consagrado el principio de *supremacía del menor*.

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

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda por haberse acreditado la lesión de los derechos de asociación y petición de don Domingo Peralta Tapara al no permitirle participar en los asuntos internos de la Apafa de la I. E. 22346.

2. En consecuencia, **ORDENAR** a las autoridades vigentes de la Apafa de la I. E. 22346: i) que, en un plazo máximo de diez (10) días de notificada la presente, respondan las solicitudes presentadas por el demandante, señaladas en el fundamento 27 *supra*; y ii) que, a partir de la notificación de la presente sentencia, permitan la participación del actor en todas las actividades que la asociación realice.

3. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda en lo concerniente a declarar la nulidad de la elección de la junta directiva del año 2012, llevada a cabo en la asamblea general del 23 de diciembre de 2012.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MIRANDA CANALES
LEDESMA NARVÁEZ
BLUME FORTINI
RAMOS NÚÑEZ
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA
FERRERO COSTA

EXP. N.º 01643-2014-PA/TC
ICA
DOMINGO PERALTA TAPARA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI

Si bien concuerdo con declarar fundada la demanda por haberse acreditado la vulneración de los derechos fundamentales de asociación y petición del recurrente, e improcedente en cuanto a declarar la nulidad de la elección de la junta directiva del año 2012, me aparto de lo afirmado en el fundamento 27 de la sentencia, en el que se deja entrever que la educación es un servicio público y que el Estado puede otorgar a una persona jurídica la potestad de prestar el mismo.

Estimo que dicha visión de la educación no es compatible con el tercer párrafo del artículo 15 de la Constitución Política del Perú, que a la letra señala: "Toda persona, natural o jurídica, tiene el derecho de promover y conducir instituciones educativas y el de transferir la propiedad de éstas, conforme a ley". Es decir, que este es un derecho inherente de toda persona y no un servicio público delegable en el particular.

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

Además, ello es armónico con el régimen económico consagrado en la Constitución, que asienta el orden económico y el desarrollo nacional en la iniciativa y en la inversión privada, en el marco del pluralismo económico y la libre competencia; orden en el cual el Estado solo tiene un rol promotor e incentivador de la actividad privada, reservándose para si muy limitadas áreas, al punto que, como lo consagra expresamente el artículo 18 de la misma Carta Fundamental, en su segundo párrafo, las entidades privadas tienen derecho a promover la creación de universidades privadas.

S.

BLUME FORTINI

EXP. N.º 01643-2014-PA/TC
ICA
DOMINGO PERALTA TAPARA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO RAMOS NÚÑEZ

Emito el presente fundamento de voto porque, si bien comparto lo dispuesto en la parte resolutiva, discrepo en relación con algunas afirmaciones contenidas a lo largo de la sentencia.

De este modo, no comparto el desarrollo contenido entre los fundamentos 5 y 12 de la sentencia al momento de especificar el concepto de "familia" según la Constitución. Estimo que contiene una serie de imprecisiones que generan un alejamiento respecto del verdadero entendimiento de esta institución que no se condicen con la jurisprudencia de este Tribunal ni con la de los distintos organismos internacionales. En ese sentido, comparto lo indicado por mi colega Espinosa-Saldaña, particularmente aquello mencionado entre los fundamentos 12 y 17 de su voto.

Tampoco suscribo lo indicado en el fundamento 13, ya que considero que no reconoce ninguna función o responsabilidad al Estado en relación con la educación y formación de los niños y niñas al dejarlos en manos exclusivas de las convicciones y creencias de los padres.

S.

RAMOS NÚÑEZ

EXP. N.º 01643-2014-PA/TC
ICA
DOMINGO PERALTA TAPARA

FUNDAMENTO DE VOTO DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

En lo relacionado con la mención al artículo 4 de la Constitución sobre la protección de la familia y con el desarrollo sobre la familias ensambladas, que hace la sentencia; suscribo, también, los fundamentos 12-17 del fundamento de voto del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera, lo cuales también comparto.

S.

LEDESMA NARVÁEZ

EXP. N.º 01643-2014-PA/TC
ICA
DOMINGO PERALTA TAPARA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

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

1. En el proyecto de sentencia encuentro presente una confusión de carácter conceptual, que se repite asimismo en otras resoluciones del Tribunal Constitucional, la cual consiste en utilizar las expresiones "afectación", "intervención" o similares, para hacer a referencia ciertos modos de injerencia en el contenido de derechos o bienes constitucionalmente protegidos, como sinónimos de "lesión", "violación" o "vulneración".

2. En rigor conceptual, ambas nociones son diferentes. Por una parte, se hace referencia a "intervenciones" o "afectaciones" iusfundamentales cuando, de manera genérica, existe alguna forma de incidencia o injerencia en el contenido constitucionalmente protegido de un derecho, la cual podría ser tanto una acción como una omisión, podría tener o no una connotación negativa, y podría tratarse de una injerencia desproporcionada o no. Así visto, a modo de ejemplo, los supuestos de restricción o limitación de derechos fundamentales, así como muchos casos de delimitación del contenido de estos derechos, pueden ser considerados *prima facie*, es decir antes de analizar su legitimidad constitucional, como formas de afectación o de intervención iusfundamental.

3. Por otra parte, se alude a supuestos de "vulneración", "violación" o "lesión" al contenido de un derecho fundamental cuando estamos ante intervenciones o afectaciones iusfundamentales negativas, directas, concretas y sin una justificación razonable. Por cierto, calificar a tales afectaciones como negativas e injustificadas, a la luz de su incidencia en el ejercicio del derecho o los derechos alegados, presupone la realización de un análisis sustantivo o de mérito sobre la legitimidad de la interferencia en el derecho.

4. Además, deseo hacer ciertas anotaciones en lo concerniente a la noción de "contenido esencial" que aparece en el fundamento 24. Así, en la sentencia se utiliza la noción de "contenido esencial" para hacer referencia a una porción de cada derecho fundamental que "merece protección a través del proceso de amparo", a diferencia de otros ámbitos que, si bien forman parte del derecho, no están incluidos su "contenido esencial" y, por ende, no merecerían tutela a través del proceso de amparo, por tratarse de contenidos tienen origen más bien en la ley (los equívocamente denominados contenido "no esencial" o "adicional").

5. Al respecto, conviene además tener presente que en la jurisprudencia de este Tribunal se encuentra que la expresión "contenido esencial" se ha usado de distinto modo. En especial, ha sido entendida como límite infranqueable, determinado *ab initio*, para el legislador de los derechos fundamentales; 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.

6. En lo que concierne al uso que se le da en esta sentencia, dicha comprensión ha requerido que este órgano colegiado establezca "listas" de contenidos iusfundamentales, a través de las cuales el Tribunal instituye cuáles ámbitos del derecho considera como parte del contenido esencial y cuáles quedan fuera. Esta operación, qué duda cabe, es sumamente discrecional, y por ello, corre el riesgo de devenir en arbitraria, máxime si nos encontramos ante derechos de configuración legal como el derecho a la pensión. Además de ello, su consecuencia es que se presentan casos en lo que algunos contenidos, los cuales realmente forman parte del derecho, y por ende, merecerían protección a través del amparo, han quedado excluidos de esta posibilidad de tutela urgente pues no fueron incluidos en la decisión del Tribunal Constitucional. Esto ha pasado, por ejemplo, con respecto de algunas personas de edad avanzada, a quienes este Tribunal ha tutelado su derecho a acceder a una pensión, pese a no encontrarse dentro de los supuestos considerados como "contenido esencial" del derecho a la pensión. Por el contrario, sigue excluyendo de tutela aquellos casos en los que se demanda acceder a pensiones mayores de 415 nuevos soles, a pesar de que el "mínimo vital" que en su momento justificó establecer la mencionada cifra, ha variado notoriamente.

7. Al respecto, y como hemos explicado en otras oportunidades, consideramos que esta noción de "contenido esencial" suele generar confusión y no aporta mucho más que la noción de "contenido de los derechos", a secas. Téngase presente que, finalmente, la expresión utilizada por el Código Procesal Constitucional es la de

"contenido constitucionalmente protegido" de los derechos, concepto sin duda con otros matices.

8. En este sentido, consideramos que casos como el presente podrían analizarse a partir del *análisis sobre la relevancia constitucional del caso*, fórmula establecida en la STC 02988-2013-AA, tomando en consideración reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Allí se recordó que tanto el artículo 5, inciso 1, como el artículo 38 del Código Procesal Constitucional prescriben la improcedencia de la demanda si esta no se encuentra dirigida a la defensa de ámbitos protegidos por derechos constitucionales. Con más detalle, se indicó que su determinación requiere, básicamente[1]:

(1) Verificar que existe una *norma de derecho constitucional* pertinente para el caso (es decir, una interpretación válida de disposiciones que reconocen derechos constitucionales). Esto exige encontrar, primero, una disposición (enunciado normativo) que reconozca el derecho fundamental invocado, que puede ubicarse tanto en la Constitución, como en los tratados de derechos humanos, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional o en la jurisprudencia supranacional vinculante para el Estado peruano. Seguidamente, será necesario establecer las normas (interpretaciones, significados) que se desprendan válidamente de las disposiciones que reconocen derechos, de tal forma que pueda reconocerse qué protege realmente el derecho invocado.

Ahora bien, esto de ninguna forma descarta la posibilidad de que se tutelen derechos constitucionales no reconocidos de modo expreso (derechos implícitos o no enumerados); sin embargo, en tal caso será necesario vincular interpretativamente el derecho invocado en la demanda con lo dispuesto en la cláusula constitucional que reconoce los derechos fundamentales no enumerados (artículo 3 de la Constitución[2]).

Asimismo, de lo anterior no se desprende que los derechos constitucionales de desarrollo legal queden desprotegidos; al respecto, debe tenerse en cuenta que, en general, los derechos constitucionales siempre son desarrollados, concretados

1 Con matices, cfr. STC Exp. Nº 00665-2007-PA/TC, f. j. 5.a y b, STC Exp. N° 06218-2007-HC/TC, f. j. 10.

2 **Constitución Política del Perú**

"**Artículo 3.-** La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de Derecho y de la forma republicana de gobierno."

o actualizados por los jueces y el poder político (legislativo y administrativo), sin que ello contradiga o disminuya su naturaleza iusfundamental. Solo en caso que la legislación de desarrollo rebalse el ámbito constitucionalmente protegido de un derecho, que se trate de derechos de origen legal, o si el contenido del derecho merece protección en otra vía (lo que corresponderá ser analizado a partir de otra causal de improcedencia) se declarará improcedente la demanda[3].

(2) Constatar que el demandante se beneficie de la posición jurídica amparada por la norma iusfundamental encontrada. Es decir, luego de analizado el ámbito protegido del derecho, debe determinarse si lo alegado en la demanda (en la pretensión, en los hechos descritos) son subsumibles en el ámbito normativo del derecho, describiéndose a estos efectos quién es el titular del derecho (sujeto activo), el obligado (sujeto pasivo) y la concreta obligación iusfundamental. En otras palabras, es necesario acreditar la titularidad del derecho, más aun, la existencia de una "relación jurídica de derecho fundamental"[4].

(3) Finalmente, debe verificarse que la afectación o restricción cuestionada incida en el ámbito protegido por el derecho invocado, cuando menos de modo preliminar o *prima facie*, es decir, sin necesidad de ingresar a analizar el fondo del caso. En efecto, a través de esta causal de improcedencia no se trata de demostrar la existencia de una intervención justificada o ilegítima (lo que solo se conocerá con certeza al finalizar el proceso constitucional), sino de descartar que estemos ante un caso de "afectación aparente", en la medida que la lesión o amenaza, si bien perturba de alguna forma intereses del actor, finalmente no incide en ningún contenido constitucionalmente relevante.

9. Además de ello, debe tenerse en cuenta que en algunos casos excepcionales este análisis de relevancia iusfundamental puede ser insuficiente; por ejemplo: cuando la Constitución prevé excepciones al ejercicio del referido derecho; cuando la interpretación que se hace de la disposición que reconoce el derecho es irrazonable o absurda; cuando la demanda reivindica un contenido manifiestamente ilícito y tal ilicitud no es puesta en duda; cuando la titularidad del derecho requiere, de modo necesario, condiciones adicionales de aplicación; cuando se busca tutelar un ámbito aparentemente protegido, pero que el Tribunal Constitucional ha excluido expresamente en su jurisprudencia de observancia obligatoria, entre situaciones que casuísticamente puedan presentarse. En este supues-

3 Cfr. STC Exp. N° 03227-2007-PA/TC, f. j. 3; RTC Exp. N° 9096-2006-PA/TC, f. j. 2.

4 Cfr., *mutatis mutandis*, RTC Exp. N° 01581-2010-PHD/TC, f. j. 6, STC Exp. N° 01417-2005-AA/TC, f. j. 25-27.

to, atendiendo al caso concreto, será necesario tener en cuenta consideraciones adicionales al examen de tres pasos señalado *supra*, para determinar si lo alegado hace referencia al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado, y con ello resolver la procedencia de la demanda.

10. Consideramos que a partir de este análisis puede determinarse, de manera ordenada y con coherencia conceptual, si la vulneración o la amenaza alegada en una demanda incide realmente en el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental invocado y, en ese sentido, si *prima facie* merece tutela a través de un proceso constitucional; prescindiéndose, pues, de nociones equívocas como la de "contenido esencial".

11. Esto, desde luego, sin perjuicio de que casos auténticamente referidos al contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales que se invocan finalmente puedan ser declarados improcedentes, en atención a las otras causales de improcedencia contenidas también en el Código Procesal Constitucional.

12. Por otro lado, aquella perspectiva de la familia que se restringe a la "familia nuclear", parece devenir en insuficiente para responder a los retos que los nuevos cambios sociales, económicos y jurídicos plantean. De esta manera, entender que la familia solo está conformada por el padre, la madre y los hijos (o hijas), no solamente no se condice con lo resuelto por este mismo Tribunal desde el caso "Shols Pérez», sino que también no parece tomar suficiente cuenta de una realidad como las que se origina por las migraciones dentro y fuera del país por motivos educativos o laborales; la constante inclusión de la mujer a todo ámbito social como el laboral, las técnicas de reproducción humana asistida, las uniones entre personas del mismo sexo, las familias ensambladas, las distintas formas de adopción, las labores de cuidado que se asumen entre los diversos integrantes del grupo familiar, entre otros.

13. En este sentido, y en base a los nuevos contextos y exigencias existentes, se encuentra justificado reconocer nuevas composiciones familiares. Así, por ejemplo, dentro de estas nuevas composiciones tenemos diversas estructuras familiares, tales como las familias monoparentales, las uniones de hecho, las familias ensambladas o las que incluso estarían constituidas por personas del mismo sexo, entre otras.

14. En ese sentido, si el concepto de familia no se limita a la "nuclear", resulta de mucha importancia que la actividad legislativa incorpore dentro de su regulación las estructuras familiares que responden convenientemente a estos nuevos

contextos. Ello, pues, resulta necesario si se tiene en cuenta que conformar una familia es un derecho fundamental, y que los derechos vinculados con la constitución y desarrollo de las familias se ejercen siempre conforme a la legislación estatal. En sentido, el artículo 15, inciso 2 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señala que "Toda persona tiene derecho a constituir familia, el que ejercerá de acuerdo con las disposiciones de la correspondiente legislación interna".

15. Constituir o fundar una familia es un derecho humano y uno fundamental a la vez (cfr. artículos 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) y el Estado tiene el deber de salvaguardarlas en sus diversas composiciones. En ese sentido, mal haríamos en desconocer cómo la jurisprudencia de este mismo Tribunal ya señala que un solo modelo de familia, como es la nuclear, no es el único valioso o el más adecuado; o en creer que el resto de formas de familia no merecen una igual protección, pues ello generaría una situación de inequidad y desprotección para un gran número de familias, lo cual es más grave todavía si se advierte que la Constitución en su artículo 4 ha establecido de manera expresa que el Estado y la sociedad tienen el deber de protegerla especialmente.

16. Por otro lado, como muy bien es sabido el derecho la igualdad y no discriminación es un derecho fundamental de carácter transversal, por lo que su contenido protegido alcanza también el instituto de la familia. Muestra de ello, tal como lo hacho notar el Tribunal Constitucional, es la innecesaria y perjudicial diferencia entre los hijos(as) los llamados hijos(as) "afines" (cfr: Exp. N.° 09332- 206-PA-JTC). En similar sentido, a partir del derecho a la igualdad y no discriminación, se entiende como constitucionalmente prohibidas las diferenciaciones arbitrarias dentro de las relaciones familiares, como las basadas en el hecho de ser mujer, el grado de filiación o la edad de los integrantes, entre algunas.

17. En igual sentido, considero que la titularidad del derecho a la vida familiar, y a las relaciones familiares, no debe limitarse tan solo a la composición tradicional de las familias nucleares (compuestas por padres, madres e hijos), sino que debe extenderse incluso a otros parientes (como puede ser el caso, entre otros, de los abuelos o abuelas), siempre y cuando cumplan la condición de tener lazos muy cercanos. En este sentido, tal como hiciera notar la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el párrafo 272 de la Opinión Consultiva 0C-21/14, de 19 de agosto de 2014, "en muchas familias la(s) persona(s) a cargo de la atención,

el cuidado y el desarrollo de una niña o niño en forma legal o habitual no son los padres biológicos".

18. Finalmente, si bien la regla general es que el Estado es quien ejerce las funciones de la Administración Pública, debe tomarse en cuenta que, excepcionalmente, se ha previsto que los particulares también puedan ejercer tales funciones. Al respecto, el legislador lo ha indicado de manera expresa, al disponer en el numeral 8 del artículo I del Título Preliminar del Ley de Procedimiento Administrativo General, Ley n.° 27444, que se entenderá por entidad de la Administración Pública a las "personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado, conforme a la normativa de la materia".

19. Ahora bien, el caso plantea la cuestión de si únicamente las entidades de la Administración Pública, o los particulares que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa, son los sujetos pasivos, esto es, destinatarios, del derecho de petición.

20. Al respecto, vale la pena recordar que el artículo 2, inciso 20 de la Constitución señala que toda persona tiene derecho: "A formular peticiones, individual o colectivamente, por escrito **ante la autoridad competente**, la que está obligada a dar al interesado una respuesta también por escrito dentro del plazo legal bajo responsabilidad" (resaltado agregado). Al respecto, una posibilidad es entender que la expresión "autoridad competente" hace referencia tan solo a los sujetos a los que se hace referencia en el artículo I del Título Preliminar del Ley de Procedimiento Administrativo General (entidades del Estado y particulares que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa); mientras que otra interpretación permitiría afirmar que, eventualmente, el derecho de petición puede ejercerse asimismo frente a otro tipo de sujetos, ello en atención a la particular posición en la que estos se encuentran, relacionadas con el cumplimiento de una finalidad pública o socialmente relevante.

21. En similar sentido, por ejemplo, este Tribunal ha ampliado la lista de sujetos pasivos del derecho de acceso a la información pública, inicialmente orientado también al pedido de información a los sujetos señalados en el artículo I del Título Preliminar del Ley de Procedimiento Administrativo General, para incluir, por ejemplo, a los Colegios profesionales, que si bien son asociaciones privadas, tienen personalidad de "Derecho público" y manejan alguna información "de conocimiento público" (STC Exp. n.° 01266-2010-HD). También ha incluido a los notarios, que si bien no son funcionarios públicos, cumplirían con una función pública y manejan información que el Tribunal ha valorado como pú-

blica (STC Exp. n.° 0301-2004-HD). Incluso de manera más reciente, el Tribunal ha hecho precisiones que amplían los alcances de la información pública en manos de empresas del Estado (cfr. STC Exp. n.° 03994-2012-HD). Sobre esto ya hemos dado cuenta ya en nuestro, voto contenido en la STC Exp. n.° 03547-2014-AA.

22. Siendo así, y tomando en cuenta que la Ley n.° 28628 ha dispuesto en su artículo 4, de manera clara, que la Asociaciones de Padres de Familia, Apafas, son personas jurídicas de derecho privado que "canaliza[n] institucionalmente el derecho de los padres de familia de participar en el proceso educativo de sus hijos", por lo cual se encuentra plenamente justificado el considerar que, en atención al rol socialmente valioso y constitucionalmente relevante que les toca desempeñar, deban responder a los pedidos que se les formula, sobre la base del contenido constitucionalmente protegido del derecho de petición

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

EXP. N.º 01643-2014-PA/TC
ICA
DOMINGO PERALTA TAPARA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO FERRERO COSTA

Con el debido respeto por la opinión de mis colegas magistrados, emitimos el presente fundamento de voto pues no coincidimos con los fundamentos 6, 7, 17 y 36 de la ponencia, por las siguientes consideraciones.

La ponencia, en su fundamento 5, dice que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad —citando al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y a la Convención Americana sobre Derechos Humanos—, para luego concluir directamente que "al ser un instituto natural se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales" (sic), sin sustentar cuáles son estos contextos a los que se encuentra expuesta la familia al punto que hoy, según la ponencia, se hable de "nuevas familias" (fundamento 17).

Para la ponencia las "nuevas familias" responden a "los cambios sociales y jurídicos", como la inclusión laboral de la mujer, el divorcio o las grandes migraciones (fundamento 7). Sin embargo, como es evidente, ninguno de estos casos hace que la familia deje de serlo, y que se tenga que hablar de "nuevas familias".

La familia, según el artículo 4 de la Constitución, es el instituto natural y fundamental de la sociedad, sin que se distinga entre "antiguas" y "nuevas" familias, si tal cosa pudiera hacerse.

De otro lado, discrepamos con que el derecho de petición sea oponible a una persona jurídica de derecho privado como la Asociación de Padres de Familia (APAFA).

Conforme señala la propia ponencia en su fundamento 23, por el derecho de petición, reconocido en el artículo 2 (inciso 20) de la Constitución, la persona puede formular peticiones "ante la autoridad competente", es decir frente a una entidad de la Administración Pública.

Las personas jurídicas privadas pueden ser consideradas "entidades de la Administración Pública" sólo si "prestan servicios públicos o ejercen función administrativa, en

virtud de concesión, delegación o autorización del Estado, conforme a la normativa de la materia" (el artículo I, inciso 8, del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General).

La ponencia no dice que las APAFA se encuentren en alguno de estos supuestos, sino que colaboran "con el adecuado otorgamiento del servicio público de educación y lo supervisan". Y colaborar con un servicio público no es lo mismo que prestarlo.

A nuestro juicio, bastaba con que la ponencia ordenara a la APAFA que permita al demandante participar en sus actividades, sin que sea necesario obligarle a responder sus solicitudes.

En todo caso, la respuesta que la APAFA envíe al demandante no podría contradecir lo dicho por este Tribunal sobre la participación del demandante en ésta. Por ello, haciendo reserva de que no consideramos vulnerado el derecho de petición, suscribimos la ponencia.

S.

FERRERO COSTA

EXP. N.º 01643-2014-PA/TC
ICA
DOMINGO PERALTA TAPARA

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Emito el siguiente voto singular pues, si bien estoy de acuerdo con declarar fundada en parte la demanda por las razones expuestas en los fundamentos 28 a 33 de la sentencia en mayoría, considero que, en el presente caso, no existe vulneración del derecho fundamental de petición.

Ámbito protegido del derecho fundamental de petición

Este derecho fundamental está reconocido en el artículo 2, inciso 20, de la Constitución de la siguiente manera:

> [Toda persona tiene derecho...] A formular peticiones, individual o colectivamente, por escrito ante la autoridad competente , la que está obligada a dar al interesado una respuesta también por escrito dentro del plazo legal, bajo responsabilidad.

Como puede advertirse, el sujeto pasivo de este derecho es necesariamente una *autoridad*; es decir, una entidad del Estado. Sin embargo, excepcionalmente, las personas de derecho privado también pueden calificar como tales cuando:

> (...) prestan servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado, conforme a la normativa de la materia (cfr. artículo I, inciso 8, del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley 27444, aprobado mediante Decreto Supremo 006- 2017-JUS).

La sentencia en mayoría busca extender el ámbito de protección de este derecho a personas jurídicas de derecho privado que no están comprendidas en dicha norma. Para hacerlo, señala lo siguiente en su fundamento 36:

> (...)[las Apafas] colaboran con el adecuado otorgamiento del servicio público de educación y lo supervisan; en consecuencia, se encuentran dentro

de las personas privadas que de manera excepcional resultan sujetos pasivos del derecho de petición(fundamento 36).

No comparto este análisis pues, si bien las Asociaciones de Padres de Familia (Apafas) colaboran con la educación, éstas no prestan servicio público alguno ni ejercen función administrativa por concesión delegación o autorización del Estado.

Por tanto, no puede considerarse que las Apafas sean sujetos pasivos del derecho fundamental de petición.

Concepto constitucional de familia

Sin perjuicio de ello, no puedo dejar de manifestar mi discrepancia con algunos de los fundamentos de la sentencia referidos a la familia.

En su fundamento 5 — con el que coincido plenamente — la sentencia recuerda que la familia ha sido reconocida como un instituto natural y fundamental de la sociedad por el artículo 4 de la Constitución; el artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y el artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Sin embargo, en su fundamento 7, la sentencia señala — sin mayor motivación al respecto — que " (...) al ser un instituto natural, [la familia] se encuentra a merced de los nuevos contextos sociales" (sic).

A mi criterio, dicha afirmación no resulta correcta pues no existe una relación de causalidad entre ser un instituto natural y "estar a la merced de los "nuevos contextos sociales".

En todo caso, la ponencia no explica a qué nuevos contextos sociales se encuentra expuesta la familia al punto de que se pueda hablar de "nuevas familias" (fundamento 17).

Aparentemente, la existencia de estas "nuevas familias" sería la consecuencia de "cambios sociales y jurídicos", tales como la inclusión laboral de la mujer, el divorcio, o las grandes migraciones (fundamento 7). Sin embargo, como es evidente, ninguno de estos ejemplos hace que una familia determinada deje de serlo, y se convierta en una "nueva familia".

Contrariamente a lo que parece indicar la ponencia, la familia es el instituto natural y fundamental de la sociedad (*cfr*. artículo 4 de la Constitución). Dicha norma constitucional no distingue entre familias antiguas y nuevas, y la ponencia tampoco debiera hacerlo.

Por las consideraciones expuestas, mi voto es por:

1. Declarar **FUNDADA** la demanda por haberse acreditado la lesión del derecho de asociación de don Domingo Peralta Tapara al no permitirle participar en los asuntos internos de la Apafa de la I. E. 22346; en consecuencia, **ORDENAR** a las autoridades de dicha Apafa que, a partir de la notificación de la presente sentencia, permitan la participación del actor en todas las actividades que la asociación realice.
2. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda en lo demás que contiene.
3. **CONDENAR** a la parte demandada al pago de las costas y costos del proceso.

S.

SARDÓN DE TABOADA

EXP. N.º 01272-2017-PA/TC
MADRE DE DIOS
DUBERLIS NINA CÁCERES RAMOS

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 5 días del mes de marzo de 2019, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Blume Fortini, Miranda Canales, Ramos Núñez, Sardón de Taboada, Ledesma Narváez y Ferrero Costa, pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera, conforme al artículo 30-A del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional. Asimismo, se agregan los fundamentos de voto de los magistrados Sardón de Taboada, Espinosa-Saldaña Barrera y Ferrero Costa.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Duberlis Nina Cáceres Ramos contra la resolución de fojas 686, de fecha 3 de octubre de 2016, expedida por la Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios, que declaró la sustracción de la materia respecto del derecho al permiso por lactancia materna y en cuanto al extremo referido al derecho a la jornada de las ocho horas de trabajo diarias, revocó la apelada y la declaró infundada.

ANTECEDENTES

Demanda

Con fecha 4 de noviembre de 2015, la recurrente interpone demanda de amparo contra el presidente de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios, don Marino Gabriel Cusimayta Barreto y la administradora del Módulo del Nuevo Código Procesal Penal de Tambopata, doña Margarita Milagros Meléndrez Paulo. Solicita el cese inmediato de la vulneración de sus derechos fundamentales al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a su derecho a trabajar libremente y al libre desarrollo de la personalidad.

Señala que desempeña el cargo de jueza unipersonal y además, es integrante del Juzgado Penal Colegiado de Tambopata de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios

y que, pese a que se encuentra con permiso de lactancia materna de su hijo de cuatro meses de edad, la obligan a efectuar jornadas de trabajo desde las 7:00 a.m. hasta altas horas de la noche (10, 11 e incluso medianoche), esto es, fuera del horario habitual de trabajo, debido a la programación y reprogramación de audiencias. Indica que incluso, debe ir a trabajar los fines de semana. Horarios que son programados por el especialista legal a exigencia de la administradora del Módulo y con aquiescencia del Presidente de la propia Corte.

Agrega que, como represalia a sus pedidos de reprogramación de audiencias, el presidente de la corte remitió copias a Odecma y al Consejo Nacional de la Magistratura (CNM) respecto de su desempeño como juez en las audiencias señalando que la accionante pretende imponerse y que su intención pone en riesgo todo el sistema penal. Asimismo, sostiene que se ha instaurado un procedimiento administrativa sancionador sin tomar en consideración los presupuestos que motivaron las decisiones jurisdiccionales de suspensión o reprogramación de audiencias. Por último alega que dichos hechos onstituyen evidentes actos de hostilización contra su persona.

Contestaciones a la demanda

El Procurador Público Adjunto del Poder Judicial contesta la demanda y solicita que sea declarada improcedente. Señala que mediante la Resolución Administrativa 315-2015-CE-PJ se estableció que los presidentes de las cortes superiores de justicia dicten las medidas correspondientes para el rediseño y agendamiento de las audiencias, bajo la dirección y consulta de la Coordinación Nacional para la Implementación de los Órganos Jurisdiccionales de Flagrancia, Omisión a la Asistencia Familiar y Conducción en Estado de Ebriedad, con el fin de lograr la eficacia del Decreto Legislativo 1194, por lo que las medidas tomadas por la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios no son consecuencia del libre albedrío o mero capricho de su administración, ni de su presidencia, con lo cual no existe vulneración de derecho alguno. En todo caso, estando a que la causa de las denuncias efectuadas por la demandante tiene su origen en la citada resolución administrativa, corresponde que el caso sea ventilado en el proceso contencioso administrativo por ser una vía igualmente satisfactoria.

Con fecha 07 de diciembre de 2015, se apersona Margarita Milagros Meléndrez Paulo, en calidad de administradora del Módulo del Nuevo Código Procesal Penal de Tambopata y solicita que la demanda sea declarada improcedente o infundada. Manifiesta que lo que realmente se pretende en la demanda es la inaplicación del artículo 126 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial que establece que en los procesos penales se consideran hábiles todas las horas y días del año y, además, la nulidad de la Resolución Administrativa 1277-2015-P-CSJMD/PJ, de fecha 22 de octubre de 2015. Además, alega lo siguiente:

a) Su actuación corno administradora obedece a lo dispuesto en la Resolución Administrativa 082-2013-CE-PJ, Manual de Organización y Funciones del Poder Judicial, con lo cual, no se encarga de agendar o programar audiencias, pues ello le corresponde al especialista de juzgado o de audiencias, en coordinación con los magistrados integrantes del Colegiado respectivo.

b) No se consideró rario de lactancia en el Sistema Integral Judicial (SIJ), sistema en el que se programan todas las audiencias, puesto que la demandante nunca solicitó su reserva formal ante la administración.

c) Para la instalación y continuación de un juicio oral según el artículo 359, numerales 1 y 2 del Código Procesal Penal, es obligatoria la asistencia del juez, por lo que aquel no se puede interrumpir.

d) Si bien la Resolución 062-2015-CE-PJ establece que no puede haber cortes en las audiencias; sin embargo, los especialistas legales, por mandato expreso de la demandante, se vieron obligados a superponer y recortar audiencias.

e) Respecto de la remisión de audios y copias a la Odecma, el punto 5.5 de la precitada resolución administrativa establece que se deberá realizar un registro de audiencias reprogramadas y canceladas a efectos de emitir un informe a la ETI, lo cual se canaliza vía la Presidencia de la Corte Superior.

f) Lo que subyace en este caso, es la discrepancia de la recurrente con el nuevo sistema procesal penal y con el artículo 126 del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Sentencia de primera instancia o grado

El Primer Juzgado Mixto de Tambopata de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios declaró fundada la demanda, ordenó el restablecimiento del ejercicio de los derechos vulnerados de la demandante y dispuso la reprogramación de sus audiencias tras considerar lo siguiente:

a) Se ha acreditado la vulneración de los derechos fundamentales alegados por la demandante debido a la falta de razonabilidad y proporcionalidad del horario de trabajo que se le impuso, sobre todo por su especial condición de madre gestante y luego en su estado puerperal.

b) Se ha acreditado que tanto el Presidente de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios como la administradora del Módulo del Nuevo Código Procesal Penal, participaron directamente en la citada vulneración.

c) No solamente se ha atentado contra los derechos de la recurrente, sino además contra la salud de su hijo recién nacido.

d) La violación manifiesta de los derechos fundamentales de la actora no solo proviene del Poder Judicial, sino que también se advierte de cualquier entidad o empresa privada del país, con lo cual la sentencia debe tener un efecto disuasivo para que en el futuro no se vuelva a incurrir en ello.

Resolución de segunda instancia o grado

Por su parte, la Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios declaró la sustracción de la materia respecto al extremo de la alegada vulneración del derecho al permiso por lactancia, en tanto que esta venció el 15 de junio de 2016, fecha en que el hijo de la recurrente cumplió un año de edad. Por otro lado, revocó la resolución apelada en cuanto al extremo de la alegada vulneración de la jornada máxima de las 8 de trabajo al día o 48 en la semana, declarándola infundada, toda vez que de acuerdo con la Ley Orgánica del Poder Judicial, el Manual de Organización y Funciones de los Órganos Jurisdiccionales Penales de las Cortes Superiores de Justicia y el Manual Tipo de Procedimientos del Código Procesal Penal, son los especialistas de los juzgados unipersonal y colegiado quienes tienen como función programar las audiencias en los plazos establecidos por ley y de acuerdo a la agenda del juez, con lo cual se excluye de estas funciones al Presidente de la Corte y a la Administradora del Módulo. De otro lado, consideró que remitir copias a la OCMA y a otras instancias, no significa amedrentamiento, sino poner en conocimiento de lo resuelto a dichas instancias por ser de competencia del Presidente de la Corte.

FUNDAMENTOS

Cuestiones previas

1. El objeto del presente proceso constitucional es el cese inmediato de la vulneración de los derechos fundamentales de la recurrente al disfrute del tiempo libre, al descanso, a trabajar libremente y al libre desarrollo de la personalidad, pues alega que en su condición de juez unipersonal e integrante del Juzgado Penal Colegiado de Tambopata de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios y con horario de lactancia de su hijo recién nacido desde las 15:00 horas hasta las 16:00 horas, le obligan a efectuar jornadas de trabajo dentro de su horario de lactancia y desde las 7:00 a.m. hasta altas horas de la noche (10, 11 e incluso medianoche), esto es, durante todo el día, fuera del horario habitual de trabajo, debido a la programación y reprogramación de audiencias.

2. Ahora bien, en el presente caso ha operado la sustracción de la materia controvertida. En efecto, mediante la Resolución Administrativa 1239-2015-P-CS-JMD/PJ, de fecha 15 de octubre de 2015 (f. 102), se concedió permiso por lactancia a la demandante por una hora diaria, desde las 15:00 hasta las 16:00 horas, y hasta el 15 de junio de 2016, esto es, hasta que su hijo cumpla un año de edad, con lo cual, en las actuales circunstancias, dicho plazo se encuentra concluido.

3. De otro lado, se advierte que actualmente la recurrente se encuentra asignada al Cuarto Juzgado Penal Unipersonal del Callao, conforme a lo dispuesto en la Resolución Administrativa 249-2017-CE-PJ, de fecha 9 de agosto de 2017, que declaró fundada su solicitud de traslado al citado juzgado y la Resolución Administrativa 08-2018-P-CSJCL/PJ, de fecha 8 de enero de 2018, que dio por concluida la designación de doña Mirtha Chapoñam Tamayo y asignaron a la recurrente al referido juzgado penal (ambas publicados en el diario oficial *El Peruano* el 17 de setiembre de 2017 y el 9 de enero de 2018, respectivamente), con lo cual, se aprecia que a la fecha ya no ostenta el cargo de juez unipersonal e integrante del Juzgado Penal Colegiado de Tambopata de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios y, por tanto, no se encuentra prestando servicio en dicha Corte.

4. Sin embargo, este Tribunal Constitucional no puede soslayar los hechos que se detallan a continuación: a) el Primer Juzgado Mixto de Tambopata de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios mediante la Resolución 04, de fecha 27 de noviembre de 2015, concedió medida cautelar de no innovar a favor de la recurrente y dispuso la no programación de audiencias durante su horario de lactancia; b) el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, mediante resolución de fecha 10 de febrero de 2016 (f. 473), resolvió que la citada resolución sea cumplida en sus propios términos, debiendo procederse a coordinar los horarios de la actora y, e) la presidencia de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios, mediante Resolución 01, de fecha 11 de marzo de 2016 (f. 470), dispuso la ejecución de la referida medida cautelar.

5. No obstante que se dispusieron formalmente las precitadas medidas en cumplimiento de la medida cautelar, lo real y concreto es que ellas fueron incumplidas (tal y como se analizará en los fundamentos de la presente sentencia), razón por la cual, se impidió el ejercicio efectivo del derecho de la demandante y por ello, no solo solicitó el uso de su descanso vacacional durante parte de su periodo de lactancia —que venció en junio de 2016—, descanso que fue concedido desde el 4 de abril al 3 de mayo de 2016, conforme se advierte de la Resolución Admi-

nistrativa 293-2016-P-CSJMD/PJ, de fecha 10 de marzo de 2016 (f. 475), sino que además, solicitó, dentro del mismo periodo, licencia sin goce de remuneraciones (f. 517), que también fue concedida desde el 4 de mayo al 1 de agosto de 2016, conforme se advierte de la Resolución Administrativa 369-2016-P-CSJMD/PJ, de fecha 29 de marzo de 2016 (f. 549), con lo cual la alegada agresión respecto de su derecho al permiso por lactancia se habría tornado en irreparable.

6. En tal sentido, es evidente que en la presente causa ha operado la sustracción de la materia controvertida, por lo que, en principio, y en las actuales circunstancias, no cabría un pronunciamiento de fondo. Sin embargo, este Tribunal Constitucional, en aplicación del segundo párrafo del artículo 1 del Código Procesal Constitucional, procederá a emitir pronunciamiento de fondo por las siguientes razones:

   a. Debido a la magnitud del agravio producido, no solo porque se habrían afectado los alegados derechos fundamentales, sino porque además no se habría acatado lo dispuesto en la medida cautelar, obligando de este modo, a que la recurrente busque otras alternativas, a efectos de tratar de minimizar el daño producido en sus derechos (a través del uso de vacaciones y licencia sin goce de haber).

   b. La situación descrita por la recurrente no solo incide en los derechos fundamentales que arguyó le fueron vulnerados, sino también en otros derechos y/o bienes jurídicos protegidos, cuya titularidad corresponde a su hijo recién nacido, tales como el interés superior del niño, la salud y la protección a la familia, estos dos últimos también en relación con la actora.

   c. Adicionalmente al daño que se habría producido en la esfera subjetiva de la recurrente y de su hijo, los hechos descritos pueden derivar en un riesgo de irreparabilidad del daño enfocado desde la perspectiva de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, puesto que los alegados derechos fundamentales que se analizarán en la presente sentencia, correspondientes a un universo importante de personas y bienes protegidos (mujeres y madres trabajadoras de una actividad remunerada sobre todo, pero además, los hijos y la familia) podrían verse en riesgo.

7. En tal sentido, corresponde, en primer lugar, describir la situación de las mujeres en la sociedad y aproximarse a algunos datos que resultan importantes en el caso, para luego identificar las disposiciones tanto nacionales come internacionales que reconocen los derechos y bienes comprometidos en esta causa.

La situación de las mujeres en la sociedad actual

8. Durante el siglo pasado y en las últimas décadas la participación de las mujeres en los asuntos sociales, educativos, políticos y laborales, ha registrado cambios muy importantes. El avance en el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales así como el ejercicio efectivo de los derechos civiles y políticos de aquella (por ejemplo, el derecho al sufragio y a la participación política, entre otros), ha generado que las mujeres no solo ocupen un rol importante en la sociedad, sino además que su "incorporación trajera aparejadas profundas transformaciones en diferentes aspectos, incluidos cambios en el mercado laboral, logros educativos, la disminución de la tasa de fecundidad femenina, modificaciones en las relaciones familiares y avances en el acceso a la toma de decisiones"[1].

9. Dichos avances se han ido dando de manera paulatina y lentamente, por lo que aún persiste el objetivo de alcanzar mayores niveles de igualdad en la participación de las mujeres en los ámbitos social, educativo, político y laboral, por mencionar sólo algunos.

10. Entre los factores que obstaculizan el acceso de las mujeres para alcanzar dicho objetivo, tenernos los vinculados a la división sexual de trabajo, esto es, los distintos papeles tradicionales asignados en razón del sexo. Un claro ejemplo de ello se demuestra en la forma cómo se educa a las mujeres, a quienes desde pequeñas se les enseña que su labor se encuentra en las tareas domésticas, cuando realmente ellas pueden corresponder, sin distinción alguna, tanto al hombre como a la mujer.

11. Otro factor a considerar tiene que ver con la naturaleza biológica de las mujeres, distinta a la de los hombres. Queda claro que tanto el hombre como la mujer son iguales ante la Constitución y ante la ley; sin embargo, la naturaleza biológica de las mujeres en su aspecto reproductivo hace que se dificulte su acceso y permanencia en los ámbitos educativo, profesional y de trabajo remunerado. Esta situación de desigualdad, que ha estado presente a lo largo de la historia, hasta el día de hoy no ha logrado superarse.

12. La situación de desigualdad que afrontan las mujeres en las sociedades modernas es un problema estructural. En consecuencia, se requiere que el derecho a la igualdad sea ampliado. No basta entender igualdad como no discriminación,

1 Comisión Económica para América Latina y el Caribe - CEPAL (2004), *Caminos hacia la equidad de género en América Latina y el Caribe*, en la Novena Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y El Caribe, Ciudad de México.

sino también como reconocimiento de grupos desventajados. Ello permite incorporar datos históricos y sociales que den cuenta de fenómenos de sometimiento y exclusión sistemática a la que se encuentran amplios sectores de la sociedad, en este caso en particular el de las mujeres[2]. En esa línea, se trata de desmantelar la estructura social que sostiene una serie de prácticas que se acumulan sobre las mujeres "desaventajadas".

13. En esta línea de pensamiento, el derecho a la igualdad definida en estos términos de igualdad formal o material, no es suficiente para dar cuenta de estos problemas estructurales. En ese sentido, aquellas personas que padecen los efectos de esa discriminación no pueden salir de esa situación en forma individual y por sus propios medios, sino que se requieren medidas de acción positiva reparadoras o transformadoras para lograr igualdad real de oportunidades para el ejercicio de los derechos[3]. En consecuencia, para tratar problemas como los aquí anotados surge la necesidad de ampliar la noción de igualdad.

14. Precisamente, asumir la noción de igualdad como reconocimiento y no sometimiento permite abarcar las injusticias conocidas como culturales, aquellas arraigadas en los modelos de la representación, interpretación y comunicación. Ello se extiende, por ejemplo, para los grupos raciales, que están marcados como distintos e inferiores, y a las mujeres, quienes son trivializadas, cosificadas sexualmente y a las cuales se les falta al respeto de formas diferentes[4].

15. Finalmente, la igualdad corno redistribución y reconocimiento afirma que la igualdad debe ser construida en cada caso concreto, con la participación de todos los implicados en la situación de desigualdad. En consecuencia, la interpretación de la igualdad debe adecuarse a la segmentación social que el paradigma predominante ha producido[5]. Así entendido, el Tribunal Constitucional no puede hacer caso omiso a la vulneración de los derechos fundamentales de las mujeres.

---

2 SABA, Roberto. "(Des)Igualdad estructural". En: ALEGRE, Marcelo, GARGARELLA, Roberto (coords.). *El Derecho a la Igualdad*. Aportes para un constitucionalismo igualitario. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2007.

3 CLÉRICO, Laura y ALDAO, Martín. "Nuevas miradas de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la igualdad como retribución y como reconocimiento". En: *Lecciones y Ensayos*, N° 89, 2011, pp. 142-143.

4 FRASER, Nancy. "Redistribución y reconocimiento: hacia una visión integrada de justicia de género". Traducción de Rita María Radl Philipp. En: *Revista Internacional de Filosofía Política*, N.° 8, 1996, pp. 21-22.

5 CLÉRICO, Laura y ALDAO, Martín. "Nuevas miradas de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la igualdad como retribución y como reconocimiento". En: *Ob. Cit.*, pág. 153.

16. Este Tribunal considera que en aras de promover la igualdad de oportunidades entre sexos, debe desecharse la idea de que son prioritariamente las mujeres quienes deben ocuparse de los hijos y de las tareas del hogar. Ello genera efectos negativos en su derecho de acceder a una profesión, a la educación o a un trabajo fuera del hogar. De lo que se trata es de garantizar que las funciones biológicas propias de las mujeres no acarree perjuicios en su situación educativa, laboral y profesional, y que el Estado otorgue toda la protección que resulte necesaria para combatir la situación de desigualdad estructural en nuestro país. Este problema se agudiza aún más si las mujeres sólo ven sobre el papel sus derechos sociales fundamentales.

17. La transformación de enfoque y percepciones tanto de hombres y mujeres, a efectos de lograr, en primer lugar reconocimiento, para la consecución de paridad de las mujeres en los ámbitos político, educativo y laboral, es una tarea pendiente que le corresponde al Estado a través de acciones positivas y a la sociedad en su conjunto. Ciertamente, "en el caso de las mujeres, las acciones positivas constituyen medidas (normas jurídicas, políticas, planes, programas y prácticas) que permiten compensar las desventajas históricas y sociales que impiden a las mujeres y a los hombres actuar en igualdad de condiciones y tener las mismas oportunidades, es decir, que tienen la finalidad de conseguir una mayor igualdad social sustantiva. En tal línea, el Tribunal Constitucional, en la STC 0001-0003-2003-AI/TC (acumulados), ha destacado en el fundamento jurídico 12: «(...) cuando el artículo 103 de la Constitución prevé la imposibilidad de dictar leyes especiales "en razón de las diferencias de las personas", abunda en la necesaria igualdad formal prevista en el inciso 2) de su artículo 2, según la cual el legislador no puede ser generador de diferencias sociales; pero en modo alguno puede ser interpretado de forma que se limite el derecho y el deber del Estado de, mediante "acciones positivas" o "de discriminación inversa", ser promotor de la igualdad sustancial entre los individuos.

18. Ahora bien, las acciones positivas que debe ejecutar el Estado deben ir acompañadas del reconocimiento de algunos derechos diferenciados en favor de las mujeres. Ello en la medida en que, como se afirmó antes, la naturaleza biológica está en el ámbito reproductivo, pues conlleva a ciertas acciones biológicas que no pueden ser asumidas por el hombre, tales como llevar el embarazo, el parto o la lactancia natural. No se pierde de vista que ya algunos tribunales se han pronunciado extendiendo el derecho del permiso por lactancia a los hombres cuando se trate de la lactancia artificial a diferencia de la lactancia natural que solo puede ser asumida por la madre[6].

6 Véase por ejemplo la Sentencia 2005/2001 del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Social, de 4 de octubre de 2011 (ver en el siguiente enlace: http://www.poderjudicial.es/search/

19. En el mismo sentido, en la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre el asunto Ulrich Hosfman del 12 de julio de 1984 (párrafo 25), se consideró que respecto del embarazo y la maternidad, "se reconoce la legitimidad, en relación con el principio de igualdad, de la protección de dos clases de necesidades de las mujeres. Se trata de asegurar, de un lado, la protección de la condición biológica de las mujeres durante el embarazo y al término de éste, justo hasta el momento en que sus funciones fisiológicas y psíquicas se hayan normalizado después del parto, y, de otro lado, la protección de las relaciones particulares entre la mujer y su hijo/hija en el curso del período que sigue al embarazo y al parto, evitando que estas relaciones sean turbadas por el cúmulo de cargas resultantes del ejercicio simultáneo de una actividad profesional".

20. La Corte Constitucional de Colombia, tampoco ha sido ajena a esta problemática. En efecto, bajo la garantía conocida como fuero de maternidad se impide el despido o la terminación del contrato causados por el embarazo o la lactancia (T138-15, fundamento jurídico 6). Aunado a ello, también comprende el derecho al descanso remunerado antes y después del parto, la prestación de los servicios médicos y hospitalarios, la licencia remunerada para la lactancia del recién nacido y la estabilidad laboral reforzada (SU070-13, fundamento jurídico 21).

21. El propio trato diferente que se establece entre mujeres y hombres (madres y padres) al configurar derechos como la "licencia por maternidad" y el "permiso por lactancia" para las mujeres, se justifica en la medida en que el derecho a la igualdad también puede implicar tratos diferenciados, siempre que exista justificación razonable y objetiva para ello.

22. Lo que se busca a través de derechos como la licencia por embarazo y por lactancia no solo es proteger el derecho a la igualdad y a la salud de las mujeres, así como el derecho a la salud del niño o niña, sino que no haya conflicto entre las responsabilidades propias de su naturaleza biológica y las profesionales.

23. Han sido diversos los casos en los que dicho conflicto no solo no ha podido ser conciliado por las mujeres, sino que además ellas han sido sujetas de discriminación en razón de su sexo. Al respecto, este Tribunal ha tenido la oportunidad

---

doAction?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=638177l&links=%222387%2F2011%22&optimize=20120524&publicinterface=true) y la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda), de 30 de septiembre de 2010, en el asunto C-104/09 (ver en el siguiente enlace: http://europa.eu/rapid/press-release_CJE-10-94_es.htm)

de pronunciarse en casos en los que las demandantes solicitan hacer uso de su descanso por maternidad con goce de remuneraciones y si bien en ellos se determinó que había operado la sustracción de la materia; sin embargo, decidió resolver el fondo de la controversia y estimar cada una de las demandas, dada la gravedad de los casos, a fin de que no se vuelva a incurrir en actitudes de este tipo en situaciones similares (Expedientes 03861-2013-PA/TC, 00388-2013-PA/TC y 00303-2012-PA/TC).

24. En el mismo sentido, se han advertido casos donde se ha constatado que las mujeres han sufrido despido en razón de discriminación basada en su sexo (sentencia recaída en el Expediente 05652-2007-PA/TC), situación en la que este Tribunal declaró fundada la demanda y ordenó la inmediata reincorporación de la demandante a su centro de labores. La discriminación laboral en el caso de las mujeres y en razón de su sexo, no solo se refleja en los casos en los que es apartada de su centro de labores, sea por despido, terminación o la no renovación de su contrato de trabajo a causa o con ocasión de encontrarse en estado de embarazo, licencia por embarazo o por lactancia, esto es, cuando ya se encontraba trabajando, sino además y a través de hostigamientos o cualquier otro acto de amedrentamiento que tenga por objeto la renuncia de parte de aquella (despido indirecto).

25. La discriminación por sexo en el ámbito laboral también se evidencia desde la etapa previa a la relación laboral, esto es, en el acceso a un trabajo. No puede soslayarse que en entrevistas de trabajo se suele preguntar a las mujeres si son casadas, sino también si tienen hijos o el número de hijos que tienen, lo cual no es determinante para su desempeño profesional.

26. Así ha sido reconocido por este Tribunal Constitucional cuando señaló que "la discriminación en el trabajo puede ser directa o indirecta. Es directa cuando las normas jurídicas, las políticas y los actos del empleador, excluyen, desfavorecen o dan preferencia explícitamente a ciertos trabajadores atendiendo a características como la opinión política, el estado civil, el sexo, la nacionalidad, el color de la piel o la orientación sexual, entre otros motivos sin tomar en cuenta sus cualificaciones s y experiencia laboral [...]. En cambio, la discriminación es indirecta cuando ciertas normas jurídicas, políticas y actos del empleador de carácter aparentemente imparcial o neutro tienen efectos desproporcionalmente perjudiciales en gran número de integrantes de un colectivo determinado, sin justificación alguna e independientemente de que éstos cumplan o no los requisitos exigidos para ocupar el puesto de trabajo de que se trate [...]" (sentencia recaída en el Expediente 05652-2007-PA/TC, fundamentos jurídicos 44 y 45).

27. La titularidad de los derechos derivados de la maternidad, solo y en tanto se encuentren asociados por dicho hecho —la maternidad—, no solo puede verse violada por la discriminación en razón de su sexo, sino también por la discriminación en razón de la situación familiar, siendo ésta una categoría sospechosa de discriminación también contenida en el artículo 2.2 de la Constitución cuando establece que "nadie debe ser discriminado por motivo [...] de cualquier otra índole". De igual manera lo ha reconocido la Observación General N° 20 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales cuando señala que "[...] también puede producirse discriminación cuando una persona no puede ejercer un derecho consagrado en el Pacto como consecuencia de su situación familiar [...]"[7].

28. En síntesis, tanto hombres como mujeres son iguales ante la Constitución y la Ley. Sólo existen diferencias biológicas en el ámbito de la reproducción que pueden generar una situación de desigualdad. En esa medida, corresponde al Estado garantizar tutelas diferentes para situaciones desiguales como el reconocimiento de la licencia por maternidad y el permiso por lactancia materna.

La lactancia materna y su protección en el ámbito laboral

862

Protección a nivel nacional

29. En principio, este Tribunal Constitucional considera importante señalar que este apartado únicamente versará sobre la especial protección de la madre trabajadora en el ámbito laboral, esto es, en una actividad remunerada, lo cual no debe entenderse como la desprotección de otros ámbitos, también merecedores de tutela constitucional. Ciertamente, en muchos casos, las mujeres también trabajan en el ámbito del hogar, sin embargo, este tipo de trabajo no percibe remuneración alguna, pese a que es un trabajo real y efectivo.

30. Uno de los derechos reconocidos por nuestro ordenamiento jurídico en el ámbito laboral es el permiso por lactancia. Si bien no se encuentra enumerado en la Constitución, ello no significa que carezca de fundamentalidad. El permiso por lactancia es un derecho de configuración legal vinculado a otros derechos expresamente reconocidos, que adquiere especial relevancia debido a los diversos derechos que la Constitución prevé con respecto al trato preferente hacia la madre, en particular, la madre trabajadora, tanto en el ámbito laboral, como en el ámbito del hogar y la familia.

---

7 Observación General N° 20. La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). En el 42° período de sesiones, Ginebra, del 4 al 22 de mayo de 2009. Se visitó el siguiente enlace: *www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/E.C.12.GC.20_sp.doc*

31. La Constitución Política del Perú en su artículo 4 establece que "la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad". De otro lado, en el segundo párrafo de su artículo 6 establece que "es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos".

32. En el mismo sentido, nuestra Constitución reconoce el derecho a la salud, que comprende la dimensión reproductiva a través de la "salud (...) del medio familiar" (artículo 7); asimismo, este Tribunal Constitucional ha precisado que la decisión de ser madre, junto con otras manifestaciones vinculadas a la libertad o autodeterminación reproductiva, está protegida por el derecho al libre desarrollo de la personalidad, reconocido en el artículo 2, inciso 1, de la Constitución (sentencias recaídas en los Expedientes 02005-2009-PA-TC, F. J. 6; 01151-2010-PA/TC, F. J. 6 y 05527-2008-HC/TC, F. J. 21)

33. La Constitución también dispone el deber del Estado de brindar atención prioritaria al trabajo, y de manera específica, protección especial a la madre que trabaja en el ámbito laboral remunerado (artículo 23).

34. En el fundamento jurídico 18 de la sentencia recaída en el Expediente 03861-2013-PA/TC, este Tribunal precisó que si bien "la Constitución no detalla qué nivel de protección debe garantizarse a las madres, (...) es claro que el legislador, considerando la existencia de los derechos ya señalados y cumpliendo el deber de especial protección fijado por el constituyente, tiene el deber de prever mecanismos que garanticen a la gestante poder llevar a término el embarazo en condiciones adecuadas; y, a la madre, la recuperación de su condición física pregestacional y la adecuada atención y protección del recién nacido". En ese mismo razonamiento señala que las madres trabajadoras son sujetos de especial protección constitucional, y que tienen garantizado, como mínimo, el descanso pre y post natal, así como el derecho a gozar de un permiso por lactancia (fundamento jurídico 19).

35. Por lo expuesto, el derecho a gozar del permiso por lactancia constituye, claramente, un contenido implícito de los bienes protegidos y derechos antes referidos (salud del medio familiar, protección a la familia, libre desarrollo de la personalidad, tanto de la madre como del recién nacido), que se encuentra reforzado por la especial protección reconocida por la Constitución a las mujeres, en general y a la madre trabajadora, en particular, tanto en el ámbito laboral remunerado como en el ámbito del hogar.

36. Ahora bien, el permiso por lactancia fue instituido en el Perú, por primera vez, en el artículo 21 de la Ley 2851, del Trabajo de los Niños y Mujer por cuenta ajena, promulgada el 23 de noviembre de 1918. En ella, se establecieron además las siguientes disposiciones:

> "Artículo 20.- En todo lugar de trabajo de que se ocupa el artículo 1, y en donde trabajan mujeres mayores de diez y ocho años, se deberá disponer de una sala, especialmente acondicionada, en su propio local o en otro próximo, para recibir y atender, en las horas de trabajo, a los hijos de las obreras, durante el primer año de edad. Los propietarios o empresarios podrán asociarse para disponer de un local común.
>
> Artículo 21.- Las madres a que se refiere el artículo anterior, tendrán derecho a disponer, para amamantar a sus hijos, de proporciones de tiempo que en conjunto no excedan de una hora al día, fuera del tiempo necesario para trasladarse al local dedicado a este fin. El valor de este tiempo no podrá ser descontado del salario de la madre, cualquiera que sea la forma de remuneración de su trabajo; y el derecho de usar del mismo, con el objeto indicado, no podrá ser renunciado.

> El Poder Ejecutivo determinará el número de obreras y empleadas que han de existir, en cada centro de trabajo, donde el empresario tenga la obligación de establecer una sala-cuna"

37. Este derecho de las mujeres y madres trabajadoras fue derogado por la Tercera Disposición Complementaria, Transitoria, Derogatoria y Final de la Ley 26513, de fomento de empleo, publicada en el diario oficial El Peruano el 28 de julio de 1995. Posteriormente, se emite la Ley 27240, que otorga permiso por lactancia materna, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 23 de diciembre de 1999, aunque en este caso, el periodo de lactancia duraba solo seis meses:

> "Artículo 1.- Del objeto de la Ley
>
> 1.1 La madre trabajadora, al término del período post natal, tiene derecho a una hora diaria de permiso por lactancia materna, hasta que el hijo tenga como mínimo 6 (seis) meses de edad".

38. Mediante la Ley 27591, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 13 de diciembre de 2001, se modificó la precitada disposición y se estableció que el permiso de la lactancia materna sea hasta que el hijo cumpla un año de edad. A través de la Ley 28731, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 13 de mayo de 2006, se amplía este derecho hasta dos horas en caso de parto múltiple.

Protección de las mujeres madres trabajadoras según instrumentos internacionales

39. Este Tribunal Constitucional recuerda que "cuando se utiliza la expresión 'derechos humanos de la mujer' se está haciendo referencia, de forma enunciativa, a los derechos humanos reconocidos expresamente en los instrumentos internacionales que tratan específicamente los derechos asociados con la condición de mujer, los cuales no excluyen el goce y el ejercicio de los demás derechos humanos reconocidos en la Constitución Política". Además ha señalado que "con este reconocimiento específico de derechos humanos se procura eliminar la discriminación contra las mujeres en la vida económica, social, política y pública de los países. Entre ellos cabe destacar algunos derechos humanos reconocidos a las mujeres en el CEDM [...]" (sentencia recaída en el Expediente 05652-2007-PA/TC, fundamentos jurídicos 30 y 31).

40. Resulta evidente entonces que toda afectación del derecho a la licencia por maternidad y al permiso por lactancia materna incide en el derecho a la igualdad y, subsecuentemente, tanto en la prohibición de la discriminación por razón de sexo como en la prohibición de sometimiento. La igualdad de derechos entre hombres y mujeres se encuentra proclamada en la Carta de las Naciones Unidas, tanto en su preámbulo como en su artículo primero al señalar que:

> "Preámbulo.- NOSOTROS LOS PUEBLOS DE LAS NACIONES UNIDAS RESUELTOS [...] a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas [...].
>
> Artículo 1.- Los propósitos de las Naciones Unidas son: [...] Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión […]".

41. Por su parte, el primer párrafo del artículo 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que "toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición".

42. En el mismo sentido la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) establece en su artículo 1.1 que "los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar

su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social" y en su artículo 24 dispone que "todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley".

43. El mismo reconocimiento del derecho a la igualdad lo encontramos en los artículos 2.1 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PCDCP), en los artículos 2.2 y 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y en el artículo 3 del Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos. Esta última de manera particular en, su artículo 6.2, establece una cláusula a fin de conciliar el trabajo de las mujeres con la familia al señalar que "los Estados partes se comprometen a adoptar las medidas que garanticen plena efectividad al derecho al trabajo, en especial las referidas al logro del pleno empleo, a la orientación vocacional y al desarrollo de proyectos de capacitación técnico-profesional, particularmente aquellos destinados a los minusválidos. Los Estados partes se comprometen también a ejecutar y a fortalecer programas que coadyuven a una adecuada atención familiar, encaminados a que la mujer pueda contar con una efectiva posibilidad de ejercer el derecho al trabajo".

44. De esta manera, conforme fue señalado en el fundamento jurídico 14 de la sentencia recaída en el Expediente 05652-2007-PA/TC:

> "Estos principios generales, basados tanto en la costumbre corno en los tratados internacionales, han sido interpretados y aplicados por los sistemas regionales de protección de los derechos humanos, la Corte Internacional de Justicia, los Comités de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y especialmente por la legislación y jurisprudencia de los países miembros de la ONU. A la luz de este ordenamiento supranacional, este Tribunal Constitucional puede afirmar que la igualdad de los hombres y las mujeres, así corno la prohibición de discriminación contra la mujer, son normas imperativas del Derecho Internacional (Ius Cogens) que no admiten disposición en contrario, de acuerdo con el Art. 53 de la Convención de Viena del Derecho de los Tratados de 1969".

45. De manera específica, la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés), expedida el 18 de diciembre de 1979, por la Asamblea General de la ONU, aprobada en el Perú mediante Resolución Legislativa 23432, estableció en su preámbulo lo siguiente:

> "Recordando que la discriminación contra la mujer viola los principios de la igualdad de derechos y del respeto de la dignidad humana, que dificulta la participación de la mujer, en las mismas condiciones que el hombre, en la vida política, social, económica y cultural de su país, que constituye un obstáculo para el aumento del bienestar de la sociedad y de la familia y que entorpece el pleno desarrollo de las posibilidades de la mujer para prestar servicio a su país y a la humanidad. [...]
>
> Convencidos de que la máxima participación de la mujer en todas las esferas, en igualdad de condiciones con el hombre, es indispensable para el desarrollo pleno y completo de un país, el bienestar del mundo y la causa de la paz.
>
> Teniendo presente el gran aporte de la mujer al bienestar de la familia y al desarrollo de la sociedad, hasta ahora no plenamente reconocido, la importancia social de la maternidad y la función tanto del padre como de la madre en la familia y en la educación de los hijos, y conscientes de que el papel de la mujer en la procreación no debe ser causa de discriminación, sino que la educación de los niños exige la responsabilidad compartida entre hombres y mujeres y la sociedad en su conjunto".

46. En el mismo sentido, el precitado instrumento internacional estableció en su artículo 11.2 que "a fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para: a) Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base de estado civil; b) Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o beneficios sociales". De otro lado, en su artículo 12.2 dispuso que "sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 *supra*, los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia".

47. Resulta importante destacar que este instrumento internacional no solo busca proteger a las mujeres considerando el derecho a la igualdad y a la no discriminación, sino que además es una herramienta que protege a las mujeres y madres en su derecho efectivo a trabajar, esto es, a la libertad de trabajo, de allí la necesidad de fundamentar la igualdad desde el reconocimiento y no sometimiento Siguen a esta Convención diferentes Convenios y Recomendaciones de la Organización

Internacional del Trabajo (OIT) a fin de proteger y promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el ámbito laboral.

48. Así, se tiene el Convenio N° 111, Convenio sobre la discriminación en el trabajo, adoptado en Ginebra el 25 de junio de 1958, ratificado por el Perú el 10 de agosto de 1970; el Convenio N° 156, Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, adoptado en Ginebra el 23 de junio de 1981, ratificado por el Perú el 16 junio 1986 y el Convenio N° 183, Convenio sobre la protección de la maternidad, adoptado en Ginebra el 15 de junio de 2000, ratificado por el Perú el 9 de mayo de 2016.

La familia y su protección por la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos. La especial protección de la unidad familiar

49. Tal como se afirmó, la Constitución Política del Perú establece un deber de especial protección no solo de la madre (artículo 4) por parte de la comunidad y del Estado, y en específico, de la madre trabajadora (artículo 23), sino que además otorga una especial protección a la familia, la cual es considerada un instituto natural y fundamental de la sociedad.

868

50. La situación de desigualdad a la que se ha hecho referencia en relación con las mujeres ha generado que en determinados casos ellas opten por no procrear hijos, pues ello significa aumentar la disponibilidad de tiempo para acceder a una educación, a una vida profesional y a un trabajo remunerado. Esto se ve reflejado en la disminución de la tasa de fecundidad[8]. Este hecho hace que las familias disminuyan ostensiblemente. En consecuencia, resulta necesario que el Estado en su rol de proteger a las familias, intervenga a fin de que las mujeres logren conciliar la carga familiar con el trabajo remunerado.

51. La protección de las familias también se encuentra reconocida en la CADH que la define como "el elemento natural y fundamental de la sociedad" y establece que "debe ser protegida por la sociedad y el Estado" (artículo 17.1). En el mismo sentido, garantiza la protección que aquellas debe tener frente a normas discriminatorias. Así, el artículo 17.4 establece que "los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo".

8 Al respecto véase las tendencias de la fecundidad en el Perú desde el año 1995 hasta el 2015 (https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib0015/cap-56.htm). En el mismo sentido, Estimación y análisis de la Fecundidad según diversas fuentes, publicación efectuada por el INEI (https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/boletines/fecundidad.pdf).

52. El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador", establece en su artículo 15 lo siguiente:

> "Derecho a la Constitución y Protección de la Familia
>
> 1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por el Estado quien deberá velar por el mejoramiento de su situación moral y material.
>
> 2. Toda persona tiene derecho a constituir familia, el que ejercerá de acuerdo con las disposiciones de la correspondiente legislación interna.
>
> 3. Los Estados partes mediante el presente Protocolo se comprometen a brindar adecuada protección al grupo familiar y en especial a:
>
> a. conceder atención y ayuda especiales a la madre antes y durante un lapso razonable después del parto;
>
> b. garantizar a los niños una adecuada alimentación, tanto en la época de lactancia como durante la edad escolar;
>
> c. adoptar medidas especiales de protección de los adolescentes a fin de garantizar la plena maduración de sus capacidades física, intelectual y moral;
>
> d. ejecutar programas especiales de formación familiar a fin de contribuir a la creación de un ambiente estable y positivo en el cual los niños perciban y desarrollen los valores de comprensión, solidaridad, respeto y responsabilidad".

53. Este Tribunal Constitucional también tuvo la oportunidad de pronunciarse al respecto con ocasión de un caso en el que se expulsó de manera definitiva y permanente a un ciudadano de nacionalidad brasileña, cuando contaba con una hija menor de edad y una pareja en el Perú. Así, en la sentencia recaída en el Expediente 02744-2015-PA/TC se señaló que "una de las formas más esenciales de cumplir con este mandato constitucional de protección a la familia radica en garantizar la unidad familiar de quienes la integran. Ello en tanto se asume a la familia como el lugar más idóneo para proporcionar a sus miembros, en especial a los niños, una adecuada satisfacción de sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas, debido a que ésta es el instituto básico, natural y fundamental de la sociedad, para el desenvolvimiento y bienestar de todos sus miembros" (fundamento jurídico. 32).

54. La especial protección a la familia no solo busca preservar la unidad familiar. Así, en los casos en que las mujeres son trabajadoras de una actividad remunerada y además van a tener hijo(s), o acaban de tenerlo(s), si no recibiera protección y apoyo específico, la unidad familiar —o potencial unidad familiar— podría verse afectada gravemente; más aún en una situación de lactancia natural que, según el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (Unicef, por sus siglas en inglés), tiene ventajas patentes frente a la lactancia artificial y genera un vínculo especial entre madre e hijo.

Protección de la salud familiar

55. El artículo 7 de la Constitución establece que todos tienen derecho a la protección de su salud y del medio familiar. Ello significa que la protección del derecho a la salud no solo debe ser entendida en su aspecto personalísimo, sino que además involucra a un grupo determinado de personas que comparten algunos rasgos comunes como es el caso de la familia. Esto es importante en la medida que el ejercicio efectivo del derecho al permiso por lactancia no solo está vinculado con la protección del derecho a la igualdad en razón del sexo, sino que además, proporciona la alimentación ideal para el lactante y contribuye a la disminución de la morbilidad y mortalidad infantil, además establece un vínculo afectivo entre la madre e hijo, proporcionando beneficios sociales y económicos a la familia.

56. Por ello la Organización Mundial de la Salud (OMS) recomienda la lactancia materna exclusiva durante seis meses y el mantenimiento de ella hasta los 2 años o más[9].

57. Es claro, que las madres trabajadoras son sujetos de especial protección constitucional, y tienen garantizado, como mínimo, el descanso pre y postnatal, así como el derecho a gozar de un permiso por lactancia.

Libre desarrollo de la personalidad

58. Conforme se ha señalado en la sentencia recaída en el expediente 02868-2004-PA/TC, este Tribunal Constitucional considera que el derecho al libre desarrollo de la personalidad encuentra reconocimiento en el artículo 2 inciso 1 de la Constitución, que refiere que toda persona tiene derecho "a su libre desarrollo", el cual "se encuentra referido a la personalidad del individuo, es decir, a la ca-

9 Consulta efectuada en la página web de la OMS disponible en http://www.who,int/topies/breastfeeding/es/

pacidad de desenvolverla con plena libertad para la construcción de un propio sentido de vida material en ejercicio de su autonomía moral, mientras no afecte los derechos fundamentales de otros seres humanos" (sentencia recaída en el Expediente 01423- 2013-PA/TC, fundamento jurídico 31).

59. En la primera de ellas, se afirmó también que "el derecho al libre desarrollo garantiza una libertad general de actuación del ser humano en relación con cada esfera de desarrollo de la personalidad. Es decir, de parcelas de libertad natural en determinados ámbitos de la vida, (…), dotada de autonomía y dignidad, y en su condición de miembro de una comunidad de seres libres. [...1. Tales espacios de libertad para la estructuración de la vida personal y social constituyen ámbitos de libertad sustraídos a cualquier intervención estatal que no sean razonables ni proporcionales para la salvaguarda y efectividad del sistema de valores que la misma Constitución consagra". (Cfr. Fundamento jurídico 14).

60. En definitiva, en el reconocimiento del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad (artículo 2 inciso 1 de la Constitución), subyace, a su vez, el reconocimiento constitucional de la cláusula general de libertad. En igual sentido se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica al resaltar "[...] el concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones"[10].

61. Por tanto, la decisión de ser madre, llevar el embarazo y consecuentemente ser titular de los derechos que ello acarrea, está vinculada al contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, motivo por el cual, todo límite a su ejercicio solo resultará constitucional en la medida de que sea respetuoso del análisis de proporcionalidad.

El interés superior del niño y su condición de sujeto de especial protección

62. La niñez constituye un grupo de interés y de protección especial para el Estado. En efecto, el artículo 4 de la Constitución así lo ha considerado al establecer que "la comunidad y el Estado deben proteger especialmente al niño y al adolescente".

63. El artículo 24,1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala que "Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza,

10 Corte IDH, Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 28 de noviembre de 2012, párrafo 142. Ver el siguiente enlace: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf

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

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

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

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

66. En suma, tanto la Constitución como las normas internacionales de protección a los derechos de los niños imponen a los Estados la obligación de garantizar, en todo momento, su interés superior, lo que presupone colocar a los niños en un lugar de singular relevancia en el diseño e implementación de las políticas públicas, dada su particular vulnerabilidad al ser sujetos que empiezan la vida y que se encuentran en situación de indefensión, por lo que requieren de especial atención por parte de la familia, la sociedad y el Estado, a fin de que puedan alcanzar el pleno desarrollo de su personalidad.

67. En conclusión, el fundamento constitucional del derecho al permiso por lactancia no solo está constituido por la protección de la familia, de la salud familiar y el contenido del derecho al desarrollo de la personalidad de las mujeres y madres trabajadoras, sino también por el interés superior del niño y el derecho a la

igualdad y a la no discriminación en razón del sexo y en razón de la situación familiar. En tal sentido, cualquier violación del derecho al permiso por lactancia por parte de cualquier autoridad, funcionario, servidor o persona, en general, da lugar a la violación de los derechos y bienes constitucionales que le sirven de fundamento. Siempre que se encuentre dentro del contenido constitucionalmente protegido del derecho, pues ningún derecho es absoluto.

La protección constitucional a la libertad de trabajo y el disfrute del tiempo libre y al descanso

68. El artículo 22 de la Constitución establece que "el trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona". En su artículo 23 establece que "el trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre [...]. Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador". En el mismo sentido, se dispone en su artículo 25 que "la jornada ordinaria de trabajo es de ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales, como máximo [...]. Los trabajadores tienen derecho a descanso semanal y anual remunerados. Su disfrute y su compensación se regula por ley o por convenio".

69. Estos últimos deben de interpretarse en sistemática con lo establecido en el artículo 2.15 conforme al cual toda persona tiene derecho "a trabajar libremente, con sujeción a ley" y con lo establecido en el artículo 2.22, en virtud del cual toda persona tiene derecho "al disfrute del tiempo libre y al descanso (...)".

70. Ahora bien, en el ámbito internacional, el artículo 2 del Convenio N.° 1 (1919) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), dispone que "en todas las empresas industriales públicas o privadas, o en sus dependencias, cualquiera que sea su naturaleza, la duración del trabajo personal no podrá exceder de ocho horas por día y de cuarenta y ocho por semana (...)".

71. El artículo 24 de la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone que "toda persona tiene el derecho a una limitación razonable de la duración del trabajo". El artículo 7, literal d) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, reconoce el derecho de "toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas satisfactorias que le aseguren, en especial, la limitación razonable de las horas de trabajo".

72. El artículo 7, literal g), del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y cultu-

rales, establece que "los Estados garantizarán la limitación razonable de las horas de trabajo, tanto diarias como semanales, y que las jornadas serán de menor duración cuando se trate de trabajos peligrosos, insalubres o nocturnos".

73. En el mismo sentido, en cuanto al derecho al descanso, el artículo 24 de la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone que "toda persona tiene el derecho al descanso y al disfrute del tiempo libre". En el mismo sentido, el artículo 7, literal h) del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, reconoce el derecho al descanso y al disfrute del tiempo libre.

74. Este Tribunal, en la sentencia recaída en el expediente 04635-2004-PA/TC señaló que "el ejercicio del derecho al descanso y al disfrute del tiempo libre guarda estrecha relación con la implantación de una jornada de trabajo razonable. Entonces, la jornada de trabajo no puede ser un impedimento para el adecuado ejercicio del mencionado derecho o convertirlo en impracticable. Es válido por ello concluir, también, en que las jornadas atípicas deberán ser razonables y proporcionadas según el tipo de actividad laboral, a fin de que el derecho al descanso diario sea posible" (fundamento jurídico 20).

Análisis del caso concreto

75. En el caso de autos, mediante la Resolución Administrativa 1239-2015-PCS-JMD/PJ, de fecha 15 de octubre de 2015 (f. 102), se concedió permiso por lactancia materna a la recurrente, una hora diaria dentro de la jornada laboral ordinaria, a partir de las 15:00 horas hasta las 16:00 horas, y se haría efectivo "desde el día de la fecha hasta el 15 de junio de 2016", esto es, hasta que su hijo cumpla un año de edad. A través de la misma resolución, se recomienda que "prevea evitar frustrar o suspender los juicios orales a su cargo que se encuentran programadas con antelación o las que se programen a partir de las 07:00 horas o a partir de las 14:00 horas".

76. Pese al reconocimiento expreso de su derecho al permiso por lactancia materna, de autos se advierte que se programaron audiencias durante el horario reconocido a la recurrente, es decir, dentro de las 15:00 horas hasta las 16:00 horas. Para acreditar ello, se ha adjuntado abundante documentación.

77. En efecto, se tienen los registros de programación de audiencias, que acreditan la vulneración del derecho al permiso por lactancia materna de la accionante:

- 29 de octubre de 2015: Audiencia de Juicio Oral del Tercer Juzgado Penal Unipersonal, desde las 14:30 a 16:00 horas (f. 10).

- 27 de octubre de 2015: Audiencia de Juicio Oral del Juzgado Penal Colegiado, desde las 14:15 a 17:00 horas (f. 16).
- 26 de octubre de 2015: Audiencia de Juicio Oral del Juzgado Penal Colegiado, desde las 14:30 a 16:00 horas (f. 18).
- 19 de octubre de 2015: Audiencia de Juicio Oral del Juzgado Penal Colegiado, desde las 14:15 a 20:00 horas (f. 127).
- 21 de octubre de 2015: Audiencia de Juicio Oral del Juzgado Penal Colegiado, desde las 14:15 a 19:00 horas (f. 128).
- 26 de octubre de 2015: Audiencia de Juicio Oral del Juzgado Penal Colegiado, desde las 14:30 a 16:00 horas (f. 130).
- 13 de octubre de 2015: Audiencia de Juicio Oral del Juzgado Penal Colegiado, desde las 14:30 a 17:00 horas (f. 139).
- 4 de noviembre de 2015: Audiencia de Juicio Oral del Juzgado Penal Colegiado, desde las 14:30 a 16:00 horas (f. 147).
- 7 de noviembre de 2015: Audiencia de Juicio Oral del Juzgado Penal Colegiado, desde las 09:00 a 16:00 horas (f. 149).
- 11 de noviembre de 2015: Audiencia de Juicio Oral del Juzgado Penal Colegiado, desde las 14:00 a 16:00 horas (f. 151).
- 18 de noviembre de 2015: Audiencia de Juicio Oral del Juzgado Penal Colegiado, desde las 15:45 a 16:29 horas (f. 153).
- 9 de noviembre de 2015: Audiencia de Juicio Oral del Juzgado Penal Colegiado, desde las 14:15 a 16:00 horas (f. 156).
- 10 de noviembre de 2015: Audiencia de Juicio Oral del Juzgado Penal Colegiado, desde las 14:15 a 16:30 horas (f. 157).
- 17 de noviembre de 2015: Audiencia de Juicio Oral del Juzgado Penal Colegiado, desde las 14:15 a 16:00 horas (f. 159).

78. Respecto a si los demandados en el presente proceso (la administradora del Módulo del Código Procesal Penal y el presidente de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios), son los que vulneraron el ejercicio efectivo del derecho a la lactancia de la demandante a través de la programación y reprogramación de las audiencias de juicio oral, resulta pertinente hacer mención de las disposiciones normativas que asignan funciones y competencias al interior del Poder Judicial, a propósito de la implementación del Nuevo Código Procesal Penal en el distri-

to judicial de Madre de Dios, toda vez que la grave afectación de los derechos de la recurrente y de su hijo, se produjeron en el marco de la referida implementación.

79. Así, mediante la Resolución Administrativa 062-2015-CE-PJ "Lineamientos para la Programación y Gestión de Audiencias en la Etapa de Juicio con el Código Procesal Penal", de fecha 6 de febrero de 2015 (f. 178), estableció en su punto 5.3 (estimación de la duración del juicio y programación en la agenda) que "el Especialista Judicial de Juzgados Unipersonal y Colegiado asignado a la causa estimará la duración total del juicio en número de horas, ciñéndose a los criterios unificados en el distrito judicial, conforme al formato contenido en el Anexo 1 de estos lineamientos, y luego programará las sesiones en la agenda del Sistema Integrado Judicial, de acuerdo a lo coordinado con el Juez [...]", ello en consonancia con lo dispuesto en el Manual de Organizaciones y Funciones (MOF), aprobado mediante Resolución Administrativa 082-2013-CE-PJ, según el cual, el Especialista Judicial de los Juzgados Unipersonal y Colegiado se encarga de "programar las audiencias en los plazos establecidos por ley y según la agenda del juez" (punto 1.7) y de otro lado, será el Especialista Judicial de Realización de Audiencias el que se encargará de "reprogramar en el sistema la nueva fecha de audiencia en caso se hubiera frustrado la señalada, verificando previamente la agenda del Juez, de no contar con sistema organizarlo con el coordinador de audiencias" (punto 1.2).

80. A lo antes señalado, se debe añadir que conforme al MOF del Poder Judicial, los especialistas judiciales dependen directamente de la Administradora del Módulo del Código Procesal Penal.

81. De lo expuesto se advierte que si bien, en principio, está en manos del Especialista Judicial y del Especialista de Audiencias, respectivamente, la programación y reprogramación de las audiencias en el sistema, conforme al MOF, el Administrador del Código Procesal Penal de cada Corte Superior también tiene injerencia en la citada programación y reprogramación, pues tiene, entre otras funciones, que "supervisar la programación de audiencias dentro de los plazos legales establecidos y bajo los principios de celeridad, así corno la realización efectiva de las mismas bajo parámetros de estricta puntualidad, de acuerdo a la agenda judicial y la disponibilidad de las salas de audiencia [...]"; y "dar lineamientos para la elaboración de la agenda judicial, en función a la estadística, carga procesal, necesidad del servicio, disponibilidad logística y de recursos humanos", conforme consignan los puntos 1.9 y 1.8 respectivamente (f. 256).

82. De otro lado, se advierte que ante la programación de audiencias no solo durante el horario de lactancia, sino además en otros fuera de la jornada laboral habitual, la actora mostró su disconformidad, pues con fecha 22 de octubre de 2015 remitió una solicitud (f. 26) al Presidente de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios en la que señaló lo siguiente: "[...] a los magistrados no se nos permite ninguna modificación, cortes de las audiencias señaladas, incluso fuera del horario laboral; y si se quiere hacer algún cambio, el asistente indica 'Dr. voy a hacer una razón, un informe al respecto de su pedido porque la administración nos ha pedido y nos ha prohibido hacer modificaciones'".

83. La respuesta inmediata del presidente de la Corte —mediante Resolución Administrativa 1277-2015-P-CSJMD/PJ, de fecha 22 de octubre de 2015 (f. 31)— fue que si se accediera a la solicitud de la recurrente "se pondría en riesgo a todo el sistema penal de este distrito judicial", procediendo a poner la referida solicitud en conocimiento del Presidente del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, de la Oficina de Control de la Magistratura y de la Odecma de Madre de Dios, para que procedan conforme a sus atribuciones.

84. En el mismo sentido, se advierte del acta de registro de audiencia privada de juicio oral, de fecha 26 de octubre de 2015 (f. 23), que cuando la demandante consultó si se podía realizar un recorte de audiencia, la Especialista de Audiencias respondió que "por expresa información de parte de la Administradora se tiene prohibido el recorte de las audiencias, toda vez que está monitoreado desde Lima".

85. De otro lado, el Especialista Judicial de Audiencia, mediante Informe 06-2015, de fecha 16 de noviembre de 2015 (f. 304), comunicó a la Administradora del Módulo que la recurrente sobreponía su agenda personal a la realización de la audiencia de un juicio oral programado previamente para el día 18 de noviembre, a las 8:00 horas, cuando la propuesta realizada por él incluía la siguiente terna de horarios: jueves, 19 de noviembre de 2015, a las 20:00 horas; viernes, 20 de noviembre de 2015, a las 19:00 horas o lunes, 23 de noviembre de 2015, a las 20:00 horas. De igual manera, mediante Informe 07-2015-EJA-NCPPCS-JMMP/PI, de fecha 30 de diciembre del 2015 (f. 439), el Especialista Judicial de Audiencias informó a la referida administradora que la recurrente no aceptó la continuación de audiencias "fuera del horario de trabajo" y que ella, además solicitó que dichas audiencias sean "programadas dentro del horario laboral".

86. Asimismo, la referida Resolución Administrativa 062-2015-CE-PJ "Lineamientos para la Programación y Gestión de Audiencias en la Etapa de Juicio con el Código Procesal Penal", dispone en su artículo cuarto que los Presidentes de las

Cortes Superiores de Justicia del país, y la Gerencia General del Poder Judicial, en cuanto sea de su competencia, adoptarán las medidas administrativas que sean pertinentes para el cumplimiento de la citada resolución, con lo cual se acredita la participación de los presidentes de las Cortes para el desarrollo de las audiencias en el marco de la implementación del Código Procesal Penal.

87. De lo expuesto, se advierte que el acto lesivo se produjo debido a la programación y reprogramación de audiencias durante el horario de lactancia de la demandante que, pese a haber sido reconocido mediante resolución administrativa, no se respetó. Asimismo, este Tribunal Constitucional observa que las programaciones realizadas por el Especialista Judicial y el Especialista de Audiencias, fueron consecuencia de las indicaciones dadas por la Administradora del Módulo del Nuevo Código Procesal Penal del distrito judicial de Madre de Dios, con la aceptación del Presidente de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios.

88. La violación del derecho al permiso por lactancia materna de la demandante, da lugar, a su vez, a la violación del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, a la libertad de trabajo, a la protección de la familia y a la salud del medio familiar. También se han visto vulnerados los derechos del hijo de la actora, tales como la protección de la familia, la salud del medio familiar, así como el interés superior del niño. A ello se debe agregar que también se ha acreditado en autos que la jornada laboral de la actora excedía en exceso la jornada de las 8 horas diarias o 48 semanales.

Situación que supone la gravedad en la afectación de derechos fundamentales en el presente caso

89. Sin perjuicio de lo expuesto, este Tribunal considera necesario resaltar que, durante el transcurso del presente proceso, el juez del Juzgado Mixto de Tambopata dictó una medida cautelar estimando el pedido de la actora mediante la Resolución 04, de fecha 27 de noviembre de 2015, y dispuso la no programación de audiencias durante su horario de lactancia —que venció en junio de 2016—, así también mediante resolución de fecha 10 de febrero de 2016 (f. 473), el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial resolvió que la citada resolución sea cumplida en sus propios términos, debiendo procederse a coordinar los horarios de la actora y, mediante Resolución 01, de fecha 11 de marzo de 2016 (f. 470), la presidencia de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios, dispuso la ejecución de la referida medida cautelar. No obstante que se dispusieron dichas medidas, ninguna de ellas fue cumplida por los demandados, situación que agravó aún más la violación de los derechos fundamentales de la recurrente y de su hijo recién nacido.

90. En efecto, es evidente el incumplimiento de la medida cautelar. Así, se advierte la programación de las siguientes audiencias:

- 8 de febrero de 2016 y luego de emitida dicha medida, se programaron diversas audiencias de juicio oral, desde las 14:00 a 16:00 horas (f. 372).
- 11 de marzo de 2016, se programó audiencia de juicio oral, desde las 14:15 a 16:00 horas (f. 379).
- 14 de marzo de 2016, se programó audiencia de juicio oral, desde las 14:15 a 15:15 horas (f. 380).
- 15 de marzo de 2016, se programó audiencia de juicio oral, desde las 14:15 a 15:00 horas (f. 382).
- 16 de marzo de 2016, se programó audiencia de juicio oral, desde las 14:00 a 17:00 horas (f. 383).
- 17 de marzo de 2016, se programó audiencia de juicio oral, desde las 14:15 a 16:00 horas (f. 385).
- 18 de marzo de 2016, se programó audiencia de juicio oral, desde las 14:15 a 16:00 horas (f. 386).
- 14 de enero de 2016, se programo audiencia de juicio oral, desde las 14:15 a 16:30 horas (f. 440).
- 19 de enero de 2016, se programó a audiencia de juicio oral, desde las 14:15 a 16:00 horas (f. 447).
- 22 de enero de 2016, se programó audiencia de juicio oral, desde las 14:15 a 15:30 horas (f. 451).
- 25 de enero de 2016, se programó audiencia de juicio oral, desde las 15:31 a 16:59 horas (f. 453).
- 21 de marzo de 2016, se programó audiencia de juicio oral, desde las 15:01 a 16:30 horas (f. 484).

91. Dado el incumplimiento tanto de la resolución que concedió el permiso por lactancia como lo dispuesto en la medida cautelar, con la intención de menguar las consecuencias de la violación de sus derechos y los de su hijo, la recurrente se vio obligada no solo a solicitar el uso de su descanso vacacional —concedido desde el 4 de abril hasta el 3 de mayo de 2016, conforme se advierte de la Resolución Administrativa 293-2016-P-CSJMD/PJ, de fecha 10 de marzo de 2016

(f. 475)—, sino a solicitar licencia sin goce de remuneraciones (f. 517) —concedida desde el 4 de mayo al 1 de agosto de 2016, conforme a la Resolución Administrativa 369-2016-P-CSJMD/PJ, de fecha 29 de marzo de 2016 (f. 549)—.

Algunas precisiones adicionales

92. El Tribunal Constitucional encuentra importante recordar que en el presente caso la vulneración de los derechos fundamentales de la demandante y de su hijo, se dio en el marco de la implementación del Código Procesal Penal, aprobado por Decreto Legislativo 967, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 9 de julio de 2004. Dicha implementación está acompañada de medidas y directivas que, con carácter general y obligatorio, buscan la efectiva y adecuada aplicación del nuevo sistema procesal penal.

93. Como parte de dichas medidas el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial expidió la Resolución Administrativa 062-2015-CE-PJ, a través de la cual se aprobaron los "Lineamientos para la Programación y Gestión de Audiencias en la Etapa del Juicio con el Código Procesal Penal". Ésta tuvo como sustento el lugar preponderante que ocupa la audiencia de juicio al interior de los procesos penales, en tanto que "permite materializar los principios de inmediación, oralidad y publicidad", además de guardar relación directa con "la producción de los órganos jurisdiccionales expresada en el número de sentencias emitidas".

94. Los referidos lineamientos fueron interpretados de conformidad con lo dispuesto en el artículo 126 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial que establece que "en los procesos penales se consideran hábiles todas las horas y días del año". Ello también se desprende de lo señalado por la Administradora del Módulo del Código Procesal Penal cuando afirmó que como administradora "no puede ir en contra de la Ley Orgánica del Poder Judicial" y que "las audiencias en materia penal y bajo el nuevo Código Procesal Penal, se realizan aún en días inhábiles y en horas fuera del horario laboral" (f. 320).

95. Se han adoptado medidas pertinentes para la progresiva y efectiva implementación del Nuevo Código Procesal Penal, tales como la dación del Decreto Legislativo 958, que regula el Proceso de Implementación y Transitoriedad del Nuevo Código Procesal Penal y creó la Comisión Especial de Implementación del Código Procesal Penal, para el diseño, conducción, coordinación, supervisión y evaluación del proceso de implementación de la reforma procesal penal. A ello se suma el esfuerzo de presidentes de cortes, administradores, magistrados, personal jurisdiccional y administrativo en general.

96. No obstante, dicho proceso y los fines perseguidos no pueden pretender alcanzarse a costa de la vulneración de los derechos fundamentales. En ese sentido, no cabe desconocer el horario de lactancia de la madre trabajadora.

97. El hecho que, a efectos de lograr la plena implementación del Sistema de Justicia Penal, los magistrados y personal en general, *motu proprio*, permitan que se use un tiempo superior al que corresponde a su horario laboral habitual, no constituye en sí mismo una vulneración a sus derechos fundamentales; sin embargo, que las autoridades y administradores del Poder Judicial impongan ello y consideren que debe ser una regla, esto es, que dispongan que las programaciones y reprogramaciones de audiencias se deban realizar en cualquier horario del día, contra la propia voluntad de los servidores públicos, e incluso durante el horario de lactancia, constituye una grave afectación de derechos.

98. Es conocido que el Poder Judicial, encargado de la impartición de justicia en el país, carece de la infraestructura y personal necesarios para la efectiva resolución de sus causas de manera inmediata[11]; empero, el referido Decreto Legislativo 958, en su artículo 7, dispuso que dicho poder del Estado, en el plazo no mayor de 60 días útiles a partir del día siguiente de la publicación de dicho decreto, propondría a la Comisión Especial de Implementación, entre otros, el número de jueces y personal judicial que se requieran en el Distrito Judicial correspondiente. Hecho que, conforme se advierte de la documentación obrante en autos no se cumplió, en la medida en que el colegiado y los juzgados unipersonales fueron insuficientes para la sobrecarga procesal que se manejaba en la implementación del Código Procesal Penal en el distrito judicial de Madre de Dios, por lo menos, cuando ocurrieron los hechos materia de autos.

99. Nuestros recursos para el mejoramiento del sistema de justicia son limitados, lo cual coadyuva a que el Poder Judicial padezca de un problema estructural. Este hecho ha generado que las madres trabajadoras de una actividad remunerada se vea afectada en sus derechos fundamentales. En tal sentido, es obligación de públicos y privados facilitar el permiso por lactancia para las madres trabajadoras y así evitar que cualquier trabajadora de una actividad remunerada puedan sufrir un tratamiento arbitrario de esta índole.

11 Suplemento de la Corte Suprema de Justicia del Perú "El Magistrado", Año IV, N° 59, noviembre de 2015, "Un presupuesto deficiente afecta el servicio de justicia" (véase en el siguiente enlace: https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/8668b5004ac5a1119bfbbf59c9b02c05/magistrado+59.pdf?MOD—AJPERES&CACHEID=8668b5004ac5a1119bfbbf59c9b02c05).

100. Finalmente, en atención a que se encuentra acreditada la vulneración de los citados derechos fundamentales, corresponde ordenar que la parte demandada asuma el pago los costos procesales en atención a lo dispuesto por el artículo 56 del Código Procesal Constitucional.

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

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda al haberse acreditado la vulneración de los derechos fundamentales al libre desarrollo de la persona, a la protección de la familia, a la protección de la salud del medio familiar y a la libertad de trabajo de la demandante, así como al interés superior del hijo de la recurrente.

2. **ORDENAR** que los demandados asuman el pago de costos procesales a favor de la demandante, cuya liquidación se hará en ejecución de sentencia.

Publíquese y notifíquese.

SS.

BLUME FORTINI
MIRANDA CANALES
RAMOS NÚÑEZ
SARDÓN DE TABOADA
LEDESMA NARVÁEZ
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA
FERRERO COSTA

EXP. N.º 01272-2017-PA/TC
MADRE DE DIOS
DUBERLIS NINA CÁCERES RAMOS

FUNDAMENTO DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS SARDÓN DE TABOADA Y FERRERO COSTA

Estamos de acuerdo con lo resuelto en la sentencia. Efectivamente, no debió programársele audiencias a la jueza recurrente cuando gozaba del descanso post-natal y por lactancia, al que tenía derecho según la ley.

Aunque la vulneración a los derechos de la recurrente ya ha terminado, concordamos en que debe declararse **FUNDADA** la demanda, en aplicación del artículo 1 del Código Procesal Constitucional.

Sin embargo, no compartimos la larga digresión sociológica y las extensas referencias a doctrina e instrumentos internacionales incluidas en la sentencia (fundamentos 8 al 74). A nuestro juicio, ellas no fortalecen sino debilitan el sentido de lo resuelto.

El punto de partida de la mencionada digresión es que las mujeres en el Perú padecen de discriminación,

> por lo que aún persiste el objetivo de alcanzar mayores niveles de igualdad en la participación de las mujeres en los ámbitos social, educativo, político y laboral, por mencionar sólo algunos [fundamento 9].

El problema que origina la presente demanda de amparo —la programación de audiencias en Madre de Dios a una jueza que estaba dando de lactar— no es evidencia suficiente para efectuar una generalización de ese calibre.

El Tribunal Constitucional tampoco puede asegurar que hoy en día

> a las mujeres [...] desde pequeñas se les enseña que su labor se encuentra en las tareas domésticas [fundamento 10].

Tampoco puede afirmar que en el Perú las mujeres

> son trivializadas, cosificadas sexualmente y a las cuales se les falta al respecto de formas diferentes [fundamento 14].
>
> ¿Cómo le consta al Tribunal Constitucional que ocurren estos hechos? Evidentemente, ello es materia para la investigación en ciencias sociales. No le corresponde a la sentencia afirmarlos temerariamente.

El Tribunal Constitucional tampoco puede asegurar que

> La discriminación por sexo en el ámbito laboral también se evidencia desde la etapa previa a la relación laboral, esto es, en el acceso a un trabajo. No puede soslayarse que en entrevistas de trabajo se suele preguntar a las mujeres si son casadas, sino también si tienen hijos o el número de hijos que tienen, lo cual no es determinante para su desempeño profesional [fundamento 25].

Determinar, en una entrevista de trabajo, si un hombre o una mujer es casado o tiene hijos puede ser un dato relevante para pronosticar su futuro desempeño. No puede decirse, categóricamente, que ello no es pertinente en todos los casos para una contratación laboral.

El Tribunal Constitucional tampoco puede afirmar rotundamente que entre el hombre y la mujer

> Sólo existen diferencias biológicas en el ámbito de la reproducción [fundamento 28].

Como se sabe, uno de los 23 pares de cromosomas que contiene cada célula del cuerpo humano es diferente en el hombre y la mujer. Obviamente, esa diferencia no hace a un sexo mejor que al otro, pero existe y no puede ser soslayada.

La larga digresión sociológica contenida en la sentencia no solo es irrelevante para el caso, y contiene afirmaciones sin sustento, sino que adolece de un razonamiento deficiente. Por un lado, señala que

> la naturaleza biológica de las mujeres en su aspecto reproductivo hace que se dificulte su acceso y permanencia en los ámbitos educativo, profesional y de trabajo remunerado.

Sin embargo, inmediatamente después afirma que

> Esta situación de desigualdad, que ha estado presente a lo largo de la historia, hasta el día de hoy no ha logrado superarse [fundamento 11].

Si la desigualdad deriva de "la naturaleza biológica de las mujeres en su aspecto reproductivo", ¿cómo podría ello "superarse"? ¿Cómo podría cambiarse "la naturaleza biológica" de las personas?

Por otro lado, si la desigualdad educativa, profesional y de trabajo remunerado es consecuencia de "la naturaleza biológica de las mujeres en su aspecto reproductivo", no puede decirse luego que

> La situación de desigualdad que afrontan las mujeres en las sociedades modernas es un problema estructural [fundamento 12].

Tales afirmaciones son excluyentes: o se explica la desigualdad por la cuestión biológica o se lo hace por cuestiones estructurales. No se pueden sostenerse ambas al mismo tiempo.

En realidad, la larga digresión sociológica de la sentencia incluye términos que contradicen abiertamente normas constitucionales; no es tan inocua jurídicamente, como podría pensarse.

Así, el fundamento 32 habla de "autodeterminación reproductiva" y el 61, de "la decisión de ser madre". Sin embargo, el embarazo no necesariamente es consecuencia de la decisión de la madre.

Puede darse una gestación no prevista, donde el derecho a la vida del concebido debe ser respetado más allá de cualquier decisión de sus progenitores. El artículo 2, inciso 1, de la Constitución dice:

> El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.

Por estas razones, pues, nos apartarnos de toda esta fundamentación impertinente, ligera e inconsistente, si es que no abiertamente inconstitucional.

SS.

SARDÓN DE TABOADA
FERRERO COSTA

EXP. N.º 01272-2017-PA/TC
MADRE DE DIOS
DUBERLIS NINA CÁCERES RAMOS

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ELOY ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

1. Como he señalado en anteriores oportunidades, el Tribunal Constitucional debe hacer frente a los problemas de desigualdad estructural, como las que este caso pone ahora en evidencia. Al respecto, si bien los jueces y juezas, incluyendo a los constitucionales, no tenernos competencias para crear políticas públicas, sí podemos, lo cual es más claro en relación con los tribunales constitucionales, controlar políticas públicas deficitarias (o incluso inexistentes), e incluso buscar asegurar que se tomen medidas al respecto, por ejemplo, a través de sentencias estructurales, sentencias dialógicas, diversas formas de exhortación a los poderes públicos o incluso mediante el uso de mecanismos para garantizar el cumplimiento de las sentencias.

2. Lo anterior puede entenderse de mejor modo en el marco del importante rol de integración social con el que hoy cuentan los diferentes tribunales constitucionales. Esta responsabilidad de integración social, vale la pena explicitar, involucra a su vez asumir tareas de *cohesión* (búsqueda de identificación de toda la ciudadanía con la dinámica social, económica y política de su sociedad), *inclusión* (asegurar la participación de toda persona en la sociedad en que vive, encontrando en esa sociedad condiciones para el desarrollo de su proyecto de vida), *reconciliación* (resolución de situaciones que han creado graves conflictos en una sociedad determinada) y plasmación de un espacio en que se busque *evitar el surgimiento de nuevos conflictos sociales.*

3. Sobre esta base es que los jueces y las juezas constitucionales contamos con un amplio margen de acción, el cual, desde luego, no se configura solo en las buenas intenciones o el sentido de justicia de los magistrados o magistradas. Fundamentalmente surgen y se sustentan en los mandatos constitucionales, y en especial, de aquellos que cuentan con un contenido personalista y social, preceptos que todos los poderes públicos tienen el deber de cumplir y salvaguardar de manera efectiva.

4. En el mismo sentido recientemente indicado, el deber del Estado, en general (y de las cortes o tribunales constitucionales, en particular), es mayor con respecto a las personas que se encuentran en una especial situación de vulnerabilidad o desventaja. En lo que concierne al caso de autos, la Constitución prevé expresamente que el Estado protege a la familia, y considera a los niños y las madres corno sujetos merecedores de una especial protección (artículo 4). Inclusive, señala expresamente que el Estado "protege especialmente a la madre (...) que trabaja" (artículo 23).

5. En ese orden de ideas, no solo existe un ámbito iusfundamental directamente relacionado con el derecho a gozar del permiso por lactancia, como bien se indica en la sentencia (el cual estaría relacionado con bienes constitucionales tales corno la salud del medio familiar, la protección a la familia, el libre desarrollo de la personalidad, tanto de la madre corno del recién nacido), sino que existe un deber de especial protección que merece un respuesta en el caso concreto, y que incluso nos lleva a pensar en una respuesta de carácter estructural, en la medida que lo puesto de manifiesto en esta ocasión no se trata de un asunto aislado, por lo cual merece más que una respuesta puntual o de corto plazo.

6. Por otra parte, el caso permite ingresar en una materia que ya viene siendo materia de importantes avances en algunos países (y, en especial, en el ámbito europeo): el asunto de la conciliación entre la vida laboral, y la vida familiar y personal. Esta cuestión, que suele ser invisibilizada por los roles de género asumidos socialmente, resulta de la máxima importancia. Y es que no se trata tan solo de hacer compatibles, en abstracto, los diversos ámbitos de la vida social de las personas (atendiendo, por ejemplo, espacios de ocio o de esparcimiento personal). Se trata también de comprender que además de ello, para muchos, en la práctica, y sin que ello sea una posición que apoye o defienda (es más considero que, en rigor, esa visión estereotipada y una distribución injusta de los roles que asumen hoy hombres y mujeres), tanto en los centros de trabajo como en los diversos espacios sociales o familiares (v. gr. escuelas y hogares), en las mujeres se suele hacer recaer las actividades domésticas y de cuidado de los integrantes de la familia, mientras que a los hombres se les tiende a atribuir un rol proveedor, relacionado sobre todo con algunas formas particulares de desempeño laboral.

7. Con base en lo recientemente señalado, y otra vez desde una perspectiva estereotipada que, reitero, no comparto, a las mujeres se las suele atribuir una mayor ocupación en asuntos domésticos o familiares/personales y, por ende, en el ámbito profesional muchas veces no se les considera de igual modo que a sus pares del sexo masculino; mientras que, por el contrario, desde esta misma

percepción, no se esperaría que los hombres asuman, por igual que las mujeres, las labores domésticas o de cuidado familiar. Por ende, desde esta errónea perspectiva, se presume que los hombres, frente a las mujeres, tienen un mayor uso de su tiempo disponible para el trabajo, lo cual se verifica en la diferente carga laboral, en el tipo de responsabilidades encomendadas, en la concesión de permisos personales o familiares, etc.

8. No cabe duda de que, con este estado de cosas y estas equivocadas posturas, se consagra una manifiesta desigualdad entre hombres y mujeres, la cual ser revertida a través de adecuadas políticas de conciliación entre los espacios laborales, personales y familiares. Ello se puede lograr a través de la efectiva manifestación de políticas públicas o laborales relacionadas con este problema, las cuales, debido a que actualmente son inexistentes o deficitarias, pueden ser materia de control constitucional. Al respecto, y de modo referencial, puedo adelantar que estas medidas o políticas que deberían ser materializadas (tal como, en efecto, aparecen reguladas en otros Estados Constitucionales) están relacionadas, por ejemplo, con el tiempo de descanso por maternidad y por paternidad, con el ejercicio efectivo del derecho de lactancia, con la facilitación de permisos por razones familiares, con la posibilidad de realizar ajustes en las jornadas de trabajo por motivo de conciliación, con la flexibilización del régimen de excedencias y compensaciones también por razones familiares, entre otros aspectos.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

EXP. N.º 01479-2018-PA/TC
LIMA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 5 días del mes de marzo de 2019, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Blume Fortini, Miranda Canales, Sardón de Taboada, Ledesma Narváez, Espinosa-Saldaña Barrera y Ferrero Costa, pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento del magistrado Ramos Núñez, conforme al artículo 30-A del Reglamento Interno del Tribunal Constitucional. Asimismo, se agrega el fundamento de voto del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera y el voto singular de los magistrados Sardón de Taboada y Ferrero Costa.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por XX contra la resolución de fojas 141, de fecha 16 de enero de 2018, expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 4 de octubre de 2016 (folio 71), la recurrente interpone demanda de amparo contra la fiscal superior Azucena Inés Solari Escobedo de la Oficina Desconcentrada de Control Interno de Lima y el fiscal supremo Pedro Gonzalo Chávarry Vallejos de la Fiscalía Suprema de Control Interno, pretendiendo que se declare la nulidad de (i) la Resolución 123-2016, de fecha 27 de enero de 2016 (folio 15), que declaró no ha lugar a abrir investigación preliminar contra la fiscal provincial encargada de la Vigésima Segunda Fiscalía Provincial Penal de Lima, por la presunta comisión de los delitos de incumplimiento de deberes funcionales, encubrimiento real, prevaricato, omisión del ejercicio de la acción penal, falsedad genérica y abuso de autoridad; y de (ii) la Resolución 2692-2016-MP-FN-FSCI, de fecha 27 de julio de 2016 (folio 37), que confirmó la Resolución 123-2016, pues considera que estas han vulnerado sus derechos fundamentales a la tutela jurisdiccional efectiva, en su manifestación del derecho de acceso a la justicia, y al debido proceso, en su manifestación del derecho a la debida motivación de las resoluciones y de defensa.

La recurrente cuestiona las disposiciones fiscales expedidas en la Carpeta 322- 2015 que rechazó su denuncia interpuesta contra la fiscal provincial de la Vigésima Segunda Fiscalía Provincial Penal de Lima, por la presunta comisión de los delitos de incumplimiento de deberes funcionales, encubrimiento real, prevaricato, omisión del ejercicio de la acción penal, falsedad genérica y abuso de autoridad, los que habrían sido cometidos en la tramitación de la Carpeta 606-2014, correspondiente a la denuncia penal que interpuso también contra Edgar Reyes Mayaute por el delito de violación sexual de persona en estado de inconsciencia o imposibilidad de resistir.

Respecto al trámite de la Carpeta 606-2014, alega que el 23 de diciembre de 2014 (folio 43) denunció a Edgar Reyes Mayaute por el delito de violación sexual de persona en estado de inconsciencia o imposibilidad de resistir consumado en su agravio el 19 de diciembre de 2014 en el Hospital Central de la Fuerza Aérea del Perú (FAP), en donde ambos, en su condición de médicos, se encontraban de guardia. Así, en su denuncia propuso diversas diligencias que debían realizarse durante la investigación preliminar, entre ellas el examen toxicológico de su cabello para acreditar el tipo de droga que le fue suministrada; y, del mismo modo, mediante escrito presentado el 24 de diciembre de 2014 (folio 46), ofreció las prendas que vestía cuando ocurrieron los hechos (trusa y pantalón) para que sean sometidos a una pericia biológica. Sin embargo, la fiscal provincial penal a cargo de la investigación preliminar únicamente recibió su declaración indagatoria y la de Katia Romina Briceño Bardales; recabó el certificado médico legal 082459-E-IS, de fecha 23 de diciembre de 2014 (folio 49), y visualizó los videos de seguridad remitidos por el hospital, luego de lo cual expidió la disposición de fecha 27 de febrero de 2015 (folio 54), declarando no ha lugar a formalizar denuncia penal contra su agresor, la misma que fue confirmada mediante disposición superior de fecha 22 de marzo de 2016 (folio 58).

Respecto a la Carpeta 322-2015, la recurrente afirma que la fiscal provincial penal incurrió en lícitos penales al archivar la indagación abierta contra Edgar Reyes Mayaute por el delito de violación sexual de persona en estado de inconsciencia o imposibilidad de resistir, razón por la cual la denunció penalmente por los delitos de omisión de deberes funcionales, encubrimiento real, prevaricato, omisión del ejercicio de la acción penal, falsedad genérica y abuso de autoridad. Señala que esta segunda denuncia estuvo paralizada en la Oficina Desconcentrada de Control Interno de Lima desde el 27 de abril de 2015, fecha en que la presentó, hasta el 27 de enero de 2016, fecha en la que se expidió la disposición fiscal de primera instancia o grado cuestionada, y que pese al tiempo transcurrido solo se recibió el descargo de la fiscal denunciada, es decir, no se realizó ningún otro acto de investigación sobre los hechos imputados, y solo con

dicho descargo se resolvió archivar su denuncia. Subsecuentemente, impugnó esta decisión y su recurso fue elevado a la Fiscalía Suprema de Control Interno, la cual sin ningún sustento fáctico o jurídico resolvió confirmar la disposición de archivo.

El Primer Juzgado Especializado en lo Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante auto de fecha 11 de octubre de 2016 (folio 90), declaró improcedente *in limine* la demanda de autos al considerar que a través de esta la recurrente pretende el reexamen de lo decidido en aras de reabrir la investigación preliminar.

A su turno, la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante auto de vista de fecha 16 de enero de 2018 (folio 141), confirmó la apelada al estimar que las disposiciones fiscales cuestionadas cuentan con una motivación lógica y coherente y, por ello, no se advierte la vulneración de derechos fundamentales que se acusa.

FUNDAMENTOS

Procedencia de la demanda

1. Conforme se advierte de los antecedentes, el Primer Juzgado Especializado en lo Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima declaró la improcedencia *in limine* de la presente demanda de amparo, y esta decisión fue confirmada por la Segunda Sala Civil de la referida Corte Superior de Justicia. Sin embargo, este Tribunal considera que los hechos postulados en la demanda y sus anexos se encuentran directamente referidos al derecho a la debida motivación de las resoluciones fiscales, toda vez que se acusa que las disposiciones cuestionadas no expresan —o lo harían en forma insuficiente— las razones que justifican la decisión de no abrir investigación preliminar contra la fiscal provincial de la Vigésima Segunda Fiscalía Provincial Penal de Lima, por los delitos de incumplimiento de deberes funcionales, encubrimiento real, prevaricato, omisión del ejercicio de la acción penal, falsedad genérica y abuso de autoridad, presuntamente cometidos en el decurso del trámite de la denuncia interpuesta por la recurrente contra Edgar Reyes Mayaute por el delito de violación sexual de persona en estado de inconsciencia o imposibilidad de resistir.

2. En tal sentido, este Tribunal advierte que la presente demanda ha sido rechazada de manera indebida; sin embargo, considera viable emitir en esta oportunidad procesal el correspondiente pronunciamiento de fondo, en lugar de devolver los actuados al juez de primera instancia o grado, toda vez que (i) el litigio versa sobre un asunto de puro derecho; (ii) se cuestiona directamente la decisión fiscal que dispuso el archivo de una investigación preliminar, así como su confirma-

toria, por lo que la posición de las instancias fiscales resulta totalmente objetiva y esta se ve —o debería verse— reflejada en la propia fundamentación utilizada al momento de expedirse (cfr. Sentencia 3864-2014-PA/TC); y (iii) tal proceder no vulnera el derecho fundamental al debido proceso (en su manifestación del derecho de defensa ni alguna otra) de los fiscales demandados, ni de la Procuraduría Pública del Ministerio Público.

3. Respecto a este último punto, cabe resaltar que en autos consta que no se ha generado indefensión para los demandados, pues se ha notificado el escrito de apelación (folio 96) y el auto de su concesión (folio 105), así como el decreto de vista de la causa (folio 118) y el auto de vista (folio 141) al fiscal Pedro Gonzalo Chávarri Vallejos (folios 106, 130 y 156), a la fiscal Azucena Inés Solari Escobedo (folios 108, 120, 159) y a la Procuraduría Pública a cargo de la Defensa Jurídica del Ministerio Público (folios 116, 119, 157). Además, la citada Procuraduría Pública se apersonó al proceso a través de los escritos presentados el 23 de enero de 2017 (folio 112) —por el que solicitó su emplazamiento con la demanda, anexos y demás resoluciones— y el 4 de diciembre de 2017 (folio 124) —por el que solicitó el uso de la palabra en la audiencia de vista de la causa, a la que finalmente no asistió—.

4. En tal sentido, la decisión de este Tribunal de pronunciarse sobre el fondo de la presente controversia en esta oportunidad procesal resulta plenamente congruente con la idea de anteponer los fines de todo proceso constitucional a las exigencias de tipo procedimental o formal, así como con los principios procesales de economía procesal e informalismo, tal cual lo enuncia el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, lo que conlleva a reprobar la posibilidad de que los errores de apreciación de los jueces que rechazaron la demanda, pueda justificar que la solución del problema jurídico se dilate, más aún si lo que está en entredicho es la eficacia vertical de derechos fundamentales cuya efectividad el Estado Constitucional no solamente debió respetar, sino promover.

Delimitación del petitorio

5. La demanda de amparo tiene por objeto que se declare la nulidad de las siguientes decisiones fiscales emitidas en la Carpeta 322-2015, que recoge la denuncia interpuesta por la recurrente contra la fiscal provincial de la Vigésima Segunda Fiscalía Provincial Penal de Lima, por la presunta comisión de los delitos de incumplimiento de deberes funcionales, encubrimiento real, prevaricato, omisión del ejercicio de la acción penal, falsedad genérica y abuso de autoridad:

- Resolución 123-2016, de fecha 27 de enero de 2016 (folio 15), expedida por la Oficina Desconcentrada de Control Interno de Lima, que declaró no ha lugar a abrir investigación preliminar; y
- Resolución 2692-2016-MP-FN-FSCI, de fecha 27 de julio de 2016 (folio 37), expedida por la Fiscalía Suprema de Control Interno, que confirmó la Resolución 123-2016.

6. En tal sentido, la controversia de autos se encuentra referida al derecho a la debida motivación de las resoluciones fiscales, por cuanto el pronunciamiento de la fiscal superior de la Oficina Desconcentrada de Control Interno de Lima el correspondiente al fiscal supremo de la Fiscalía Suprema de Control Interno no expresan —o lo harían en forma insuficiente— las razones que justifican su decisión de no abrir investigación preliminar contra la fiscal provincial de la Vigésima Segunda Fiscalía Provincial Penal de Lima por los delitos de incumplimiento de deberes funcionales, encubrimiento real, prevaricato, omisión del ejercicio de la acción penal, falsedad genérica y abuso de autoridad, presuntamente cometidos en el decurso del trámite de la denuncia interpuesta por la recurrente contra Edgar Reyes Mayaute por el delito de violación sexual de persona en estado de inconsciencia o imposibilidad de resistir.

Sobre la necesidad de incorporar la perspectiva de igualdad en la administración de justicia

7. Como ya ha tenido ocasión de referir este Tribunal en su sentencia recaída en el Expediente 01423-2013-PA/TC, la historia nos ha mostrado que las mujeres durante muchísimos años han sido excluidas sin justificación razonable del espacio público, en tanto que su presencia en distintos contextos sociales ha sido obligada a manifestarse como subordinada. Y no hay duda de que todavía existen rezagos de las diferencias culturalmente creadas entre hombres y mujeres en muchas sociedades. El Perú no escapa a esa realidad. Sin embargo, como Estado constitucional, es consciente de su deber de combatir las desigualdades de manera efectiva; por ello, además del reconocimiento del derecho que tienen las mujeres a no ser discriminadas por razón de sexo, ha constitucionalizado algunas obligaciones, como el deber de ofrecer una especial protección a las madres (artículo 4), de establecer políticas públicas a favor de las libertades reproductivas (artículo 6), de crear igualdad de oportunidades laborales sin discriminación (artículo 26) y de establecer cuotas de género en aras de asegurar una representación más igualitaria en los gobiernos regionales y municipales (artículo 191).

8. A pesar de que el carácter normativo de la Constitución garantiza la eficacia de su aplicabilidad en tanto vincula a todos los poderes públicos y propicia un deber de respeto a su contenido por parte de todas las personas, una regulación constitucional y legislativa que se proponga tutelar los derechos de las mujeres y el respeto que ellas merecen como personas iguales en dignidad no es suficiente; sobre todo cuando las desigualdades culturalmente concebidas contribuyen a la creación de problemas estructurales de relevancia constitucional, como lo es, por ejemplo, la violencia de género en el Perú y que, consecuentemente, ha colocado a las mujeres en una situación de especial vulnerabilidad que demanda una atención prioritaria, real y efectiva por parte del Estado (cfr. Sentencia 5121-2015-PA/TC).

9. La desaparición de las desigualdades es un desafío social y es un objetivo cuyo cumplimiento involucra principalmente al Estado, pero también a todos sus integrantes en conjunto. En ese sentido, la perspectiva de igualdad de género, entendido como una nueva mirada a la desigualdad y a la situación de vulnerabilidad de las mujeres, se presenta como una herramienta metodológica que necesariamente debe ser empleada en el ámbito institucional (y también en el ámbito privado), ya que ayuda a la materialización de las medidas públicas adoptadas para lograr una real igualdad en derechos entre hombres y mujeres, y porque también constituye un instrumento instrumento ético que dota de legitimidad a las decisiones institucionales que se tomen en aras de alcanzar una sociedad más justa e igualitaria.

10. La perspectiva de igualdad de género es, pues, una nueva forma de análisis que evidencia cómo es que determinados hechos o situaciones afectan de manera distinta a los hombres y a las mujeres, vale decir, un análisis con sensibilidad de género y motivado por lograr la equidad entre hombres y mujeres. Es esta definición conceptual la que explica por sí sola la necesidad de su incorporación en el ámbito institucional.

11. Ahora bien, la adopción de la perspectiva de igualdad de género en el ámbito institucional supone un proceso de cambio en la acostumbrada forma de ejercer la función y el servicio públicos, que propicia, a su vez, ajustes en las estructuras institucionales, así como la flexibilización en los procedimientos y prácticas rígidas diseñados para el funcionamiento estatal. De ahí que, por ejemplo, la adopción del enfoque de género en el ámbito de la administración de justicia supondría la creación de una jurisdicción y fiscalía especializadas, así como exigiría de un análisis con perspectiva de género presente en el razonamiento que sustenta las decisiones de jueces y fiscales al momento de impartir justicia y perseguir e investigar el delito.

12. Y así lo viene entendiendo el Estado, en tanto ha creado mediante Decreto Legislativo 1368, publicado el 29 de julio de 2018 en el diario oficial *El Peruano*, el Sistema Nacional Especializado de Justicia para la Protección y Sanción de la Violencia contra las Mujeres e Integrantes del Grupo Familiar; cual está integrado por el Poder Judicial, el Ministerio Público, la Policía Nacional del Perú, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, y el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables. Dicho sistema es competente para conocer las medidas de protección y las medidas cautelares que se dicten en el marco de la Ley 30364, "Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar"; así como para conocer los procesos penales que se siguen por la comisión de los delitos de feminicidio, lesiones, violación sexual y actos contra el pudor en menores.

13. La lucha contra la violencia de género es, pues, una política de Estado —descrita en el Plan Nacional contra la Violencia de Género 2016-2020, aprobado mediante Decreto Supremo 008-2016-MIMP— que obliga a todos los actores públicos a trabajar desde sus propios espacios conforme a dicho objetivo y desempeñando debidamente su función. Por ello, cuando un juzgado o una fiscalía manifiesta una conducta insensible ante la discriminación en contra de las mujeres y ante los distintos tipos de violencia de la que estas pueden ser objeto, además de desacatar dicha política estatal que los vincula e involucra, así como incumplir lo dispuesto en la citada Ley 30364, también impide el acceso a la justicia y la reparación del daño a la víctima, genera impunidad, y convierte a la autoridad y a la sociedad en cómplices de la violencia.

14. Eliminar la desigualdad y promover la defensa de los derechos de las mujeres es una tarea que involucra principalmente al Estado, por tanto, la razón para afirmar que el sistema de administración de justicia se encuentra especialmente comprometido con ese fin constitucional resulta obvia, en particular, en lo que a la violencia de género respecta, toda vez que la labor técnica que pueda desplegar el sistema de justicia incide directamente en la tarea de su erradicación de nuestra sociedad.

15. En un Estado Constitucional, los tres poderes, ejecutivo, legislativo y judicial, ejercen sus funciones de forma interrelacionada y coordinada con el objetivo de alcanzar el bien común. Cuando uno de los tres poderes confunde la dimensión de su autonomía y se aparta de las políticas estatales, no solo se ve afectado el regular funcionamiento del sistema democrático, sino que además se genera un contexto de incertidumbre respecto a la protección de los derechos que, tal como ordena la Constitución, tendría que estar plenamente garantizada.

16. En tal sentido, resultará ocioso el esfuerzo que desde el ejecutivo, con su diseño de políticas públicas, y desde el legislativo, con el dictado de una regulación normativa especializada, se pueda hacer para combatir la discriminación contra las mujeres y la violencia de género si el poder que se encarga de administrar justicia y tutelar los derechos de las mujeres ejerce su función de espaldas a dicho objetivo constitucional y público. El sistema de administración de justicia también es un actor — probablemente el más importante— en la ejecución de la política pública de lucha contra la violencia de género y, por ello, el enfoque o perspectiva de género debe ser incorporado y practicado en el ejercicio de la función judicial y fiscal.

El derecho a la debida motivación de las resoluciones fiscales

17. El artículo 159 de la Constitución prescribe que 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. Este mandato constitucional, como es evidente, ha de ser cumplido con la debida diligencia y responsabilidad, a fin de que las conductas ilícitas no queden impunes, y se satisfaga y concretice el principio del interés general en la investigación y persecución del delito. A partir de ello, este Tribunal advierte que el proceso de amparo es la vía idónea para analizar si las actuaciones o decisiones fiscales observan o no los derechos fundamentales, o si, en su caso, superan o no el nivel de proporcionalidad y razonabilidad que toda decisión debe suponer.

18. En cuanto al derecho a la debida motivación de las decisiones fiscales, este Tribunal tiene también establecido que la motivación debida de las decisiones de las entidades públicas —sean o no de carácter jurisdiccional— comporta que el órgano decisor y, en su caso, los fiscales, al resolver las causas, describan o expresen las razones o justificaciones objetivas que los llevan a tomar una determinada decisión. Ello implica también que exista congruencia entre lo pedido y lo resuelto y, que por sí misma, la decisión exprese una suficiente justificación de su adopción. Esas razones, por lo demás, deben provenir no solo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino, y sobre todo, de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite de la investigación o del proceso del que se deriva la decisión cuestionada (cfr. Sentencia 04437-2012-PAJTC, fundamento 5).

19. Con base en ello, el Tribunal Constitucional tiene precisado que el derecho a la debida motivación de las decisiones fiscales también se ve vulnerado cuando la motivación es solo aparente, en el sentido de que no da cuenta de las razones

mínimas de hecho o de Derecho que sustentan la decisión fiscal, o porque se intenta dar solo un cumplimiento formal a la exigencia de la motivación. Así, toda decisión fiscal que carezca de una motivación adecuada, suficiente y congruente constituirá una decisión arbitraria y, en consecuencia, será inconstitucional (cfr. Sentencia 04437-2012-PA/TC, fundamento 6).

20. Sin embargo, no todo ni cualquier error en el que eventualmente incurra una decisión fiscal constituye automáticamente una violación del derecho a la debida motivación de las decisiones fiscales. Ello solamente se da en aquellos casos en los que dicha facultad se ejerce de manera arbitraria, es decir, solo en aquellos casos en los que la decisión fiscal es, más bien, fruto del decisionismo que de la aplicación razonable del derecho y de los hechos en su conjunto.

Análisis del caso

21. Conforme ha quedado establecido, en el presente caso se cuestionan las disposiciones fiscales expedidas en la Carpeta 322-2015, que recoge la denuncia penal interpuesta por la recurrente contra la fiscal provincial de la Vigésima Segunda Fiscalía Provincial Penal de Lima por los delitos de incumplimiento de deberes funcionales, encubrimiento real, prevaricato, omisión del ejercicio de la acción penal, falsedad genérica y abuso de autoridad, presuntamente cometidos en la tramitación de la Carpeta 606-2014, correspondiente a la denuncia penal que también interpuso la recurrente contra Edgar Reyes Mayaute por el delito de violación sexual de persona en estado de inconsciencia o imposibilidad de resistir, la cual fue archivada.

22. Al respecto, este Tribunal debe enfatizar que el proceso de amparo no puede constituirse en una suprainstancia de revisión de toda actuación judicial o fiscal y, en concreto, que no corresponde realizar en su sede una evaluación de las pruebas a fin de determinar cuál es el valor probatorio que estas deben recibir. Sin embargo, sí corresponde, a través del proceso de amparo, que el Tribunal Constitucional examine la motivación llevada a cabo por la judicatura ordinaria o el Ministerio Público al momento de emitir sus decisiones.

23. Ahora bien, tal como se ha señalado en el fundamento 17 *supra*, el Ministerio Público se encuentra facultado constitucionalmente para conducir desde su inicio la investigación del delito, función que debe ejercer con la debida diligencia y responsabilidad, a fin de que las conductas ilícitas no queden impunes y se satisfaga y concretice el principio del interés general en la investigación y persecución del delito.

24. A su vez, el artículo 12 de la Ley Orgánica del Ministerio Público (Decreto Legislativo 052) establece lo siguiente:

> Artículo 12.- La denuncia a que se refiere el artículo precedente puede presentarse ante el Fiscal Provincial o ante el Fiscal Superior. Si éste lo estimase procedente instruirá al Fiscal Provincial para que la formalice ante el Juez Instructor competente. Si el Fiscal ante el que ha sido presentada no la estimase procedente, se lo hará saber por escrito al denunciante, quien podrá recurrir en queja ante el Fiscal inmediato superior, dentro del plazo de tres días de notificada la Resolución denegatoria. Consentida la Resolución del Fiscal Provincial o con la decisión del Superior, en su caso, termina el procedimiento.

25. En tanto que el inciso 2 del artículo 94 de la citada Ley Orgánica señala lo siguiente:

> Artículo 94.- Son obligaciones del Fiscal Provincial en lo Penal:
>
> [...]
>
> 2. Denunciado un hecho que se considere delictuoso por el agraviado o cualquiera del pueblo, en los casos de acción popular, se extenderá acta, que suscribirá el denunciante, si no lo hubiese hecho por escrito, para los efectos a que se refiere el artículo 11 de la presente Ley. Si el fiscal estima improcedente la denuncia la rechaza de plano en decisión debidamente motivada o, alternativamente, apertura investigación preliminar para reunir los actos de investigación indispensables o formalizarla ante el juez penal. En este último caso, expondrá los hechos que tiene conocimiento, el delito que tipifican y la pena con que se sanciona, según ley; los actos de investigación con que cuenta y los que ofrece actuar o que espera conseguir y ofrecer oportunamente. Al finalizar la investigación preliminar sin actos de investigación suficientes, el fiscal lo declarará así, disponiendo el archivamiento de la denuncia; o cuando se hubiesen reunido los actos de investigación que estimase suficientes, procederá a formalizar la denuncia ante el juez penal. En caso de incumplir los plazos para la realización de los actos fiscales que correspondan, deberá remitir un informe a la Fiscalía Suprema de Control Interno, que sustente tal retraso, bajo responsabilidad disciplinaria.

26. En tal sentido, tratándose de una denuncia penal por la presunta comisión del delito de omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales —modalidad a la que se refiere el presente caso—, la motivación de la decisión fiscal que

dispone abrir la investigación preliminar, así como la que dispone no abrirla, debe transitar obligatoriamente (i) por el análisis del mandato legal de realizar actos de investigación, y (ii) por la clarificación expresa de los actos funcionales supuestamente omitidos.

27. Respecto de la primera obligación a motivar, conforme al citado artículo 94 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, el propósito de la apertura de la investigación preliminar es reunir los actos de investigación indispensables. Por tanto, el fiscal en su condición de director de la investigación del delito tiene la obligación legal de reunir actos de investigación, pero no todos, ni cualesquiera, sino aquellos que considere *indispensables* en orden a la clarificación del delito denunciado.

28. Con relación a la segunda obligación a motivar, el fiscal a cargo de la calificación de denunciante y los dispuestos por el fiscal denunciado de haber incurrido en omisión la denuncia deberá (i) enumerar los actos de investigación propuestos por la parte de acto funcional; (ii) analizar si estos resultaban indispensables o no en orden al delito denunciado en la investigación fiscal subyacente; y (iii) verificar si los actos de investigación indispensables fueron realizados y, si no lo fueron, verificar si su omisión estaba justificada o no.

29. Contrariamente a las dos exigencias del procedimiento de motivación señalado, la Resolución 123-2016, de fecha 27 de enero de 2016 (folio 15), expedida por la Oficina Desconcentrada de Control Interno de Lima, respecto al delito de omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales, solo cumple —aunque no suficientemente— con la justificación del análisis del mandato legal de realizar actos de investigación, en la medida en que concluye que la fiscal denunciada no ha omitido ilegalmente algún acto de su cargo sin ningún otro fundamento más que lamera transcripción del artículo 377 del Código Penal y los artículos 12 y 94, inciso 2, de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

30. Si bien es cierto que, conforme al ya citado artículo 94 de su Ley Orgánica, el Ministerio Público se encuentra facultado para rechazar de plano una denuncia, el mismo artículo —en clara remisión al derecho a la debida motivación de las decisiones fiscales— exige que la decisión de rechazo se encuentre debidamente motivada, esto es, que exprese las razones o justificaciones objetivas que sustentan el sentido de lo decidido.

31. Por tanto, la decisión cuestionada debía involucrar imperativamente un análisis exhaustivo de la actividad indagatoria desplegada por la fiscal provincial de la Vigésima Segunda Fiscalía Provincial Penal de Lima, en el trámite de la

denuncia formulada por la recurrente por el delito de violación sexual de persona en estado de inconsciencia o imposibilidad de resistir, de tal forma que su conclusión de que no ha omitido ilegalmente algún acto de su cargo estuviera debidamente sustentada.

32. Así, habiéndose denunciado la omisión de actos funcionales en el trámite de la denuncia por el delito de violación sexual de persona en estado de inconsciencia o imposibilidad de resistir, debió establecerse, por ejemplo, si resultaba indispensable o no la práctica de una pericia biológica a la muestra del contenido vaginal de la agraviada recabada durante el examen médico al que fue sometida a fin de establecer si se consumó o no el acto sexual; o también debió establecerse si era indispensable o no la práctica de una pericia biológica al cabello de la agraviada a fin de determinar si hubo o no ingesta de drogas, así como el tipo de drogas. Asimismo, debió establecerse si era necesaria la participación de las partes en la visualización de los videos remitidos por el Hospital de la FAP y, además, si ameritaba solicitar la remisión del video del piso 10 de dicho nosocomio a partir de las 02:54 horas, en que la demandante salió del piso 6. Sin embargo, se observa de los actuados que no se cumplió con el deber de disponer los actos de investigación *indispensables* para el esclarecimiento del caso.

33. Por su parte, en la disposición fiscal de fecha 27 de julio de 2016 (folio 37), expedida por la Fiscalía Suprema de Control Interno, se establece como argumento que el fiscal es el director de la investigación y, como tal, decide la actuación de las diligencias necesarias para el esclarecimiento de los hechos.

34. Esta fundamentación, observa el Tribunal, es solo aparentemente correcta, pues, si bien conforme al artículo 159 de la Constitución, el Ministerio Público a través de sus fiscales ostenta la titularidad y exclusividad directiva de la investigación criminal; ello no supone que las decisiones fiscales en torno a la investigación del delito estén liberadas de observar y garantizar, en aras de su propia legitimidad constitucional, derechos fundamentales, como lo es el deber de motivar debidamente sus decisiones.

35. Asimismo, absolviendo el agravio invocado por la recurrente respecto a las diligencias que propuso y no fueron actuadas por la fiscal denunciada, el fiscal supremo demandado solo se remitió en forma escueta a las providencias fiscales de fechas 10 de febrero de 2015 y 26 de febrero de 2015 (que no obran en autos).

36. Por lo expuesto, considera este Tribunal que los fiscales de la Oficina Desconcentrada de Control Interno de Lima y de la Fiscalía Suprema de Control Interno que conocieron la denuncia interpuesta por la recurrente contra la fiscal

provincial de la Vigésima Segunda Fiscalía Provincial Penal de Lima, por la presunta comisión de los delitos de incumplimiento de deberes funcionales y otros, no han cumplido con su deber constitucional y legal de motivar debidamente sus respectivas disposiciones, más aún cuando concluyeron *a priori* —esto es, sin consignar razón alguna— que la fiscal provincial penal denunciada no ha omitido ilegalmente algún acto de su cargo.

Efectos de la sentencia

37. Al haberse acreditado la vulneración del derecho a la debida motivación de la resoluciones fiscales, corresponde estimar la pretensión nulificante de la recurrente y declarar la nulidad de (i) la Resolución 123-2016, de fecha 27 de enero de 2016 (folio 15), expedida por la Oficina Desconcentrada de Control Interno de Lima, que declaró no ha lugar a abrir investigación preliminar contra la fiscal provincial de la Vigésima Segunda Fiscalía Provincial Penal de Lima, por la presunta comisión de los delitos de incumplimiento de deberes funcionales, encubrimiento real, prevaricato, omisión del ejercicio de la acción penal, falsedad genérica y abuso de autoridad; y (ii) la Resolución 2692-2016-MP-FN-FSCI, de fecha 27 de julio de 2016 (folio 37), expedida por la Fiscalía Suprema de Control Interno, que confirmó la Resolución 123-2016.

38. En consecuencia, corresponde ordenar la expedición de una nueva disposición observando los fundamentos de la presente sentencia respecto al deber de justificar en forma expresa y suficiente las decisiones fiscales, en aras de restituir el derecho fundamental vulnerado.

39. Asimismo, corresponde ordenar que la Vigésima Segunda Fiscalía Provincial Penal de Lima recalifique la viabilidad o no de abrir investigación preliminar o de proceder a su formalización ante el juez penal competente.

40. Y, en atención a que se ha estimado la presente demanda de amparo, corresponde también ordenar que la parte demandada asuma el pago de los costos procesales conforme a lo dispuesto por el artículo 56 del Código Procesal Constitucional.

41. Ahora bien, independientemente de los efectos de la sentencia precisados, este Tribunal, en atención a lo ocurrido en el presente caso, observa conveniente recordar que los fiscales tienen el deber de ejercer su función en orden a los mandatos constitucionales y a la observancia de los principios de independencia, objetividad, razonabilidad y respeto al debido proceso, según prescribe el artículo 33, inciso 2, de la Ley de la Carrera Fiscal (Ley 30483); ello por cuanto

la inobservancia de la norma constitucional y de los principios referidos supone incurrir en responsabilidad, la que puede ser calificada como falta leve, grave o muy grave (artículo 45, inciso 9; 46, incisos 1, 2 y 7; y, 47, inciso 1, de la Ley 30483).

De ahí que el artículo 23 del Reglamento de Organización y Funciones de la Fiscalía Suprema de Control Interno del Ministerio Público, aprobado mediante Resolución 071-2005-MP-FN-JFS, de fecha 3 de noviembre de 2005, recoge como infracciones sujetas a sanción disciplinaria el incumplimiento de las disposiciones legales (inciso d) y la emisión de dictámenes y resoluciones con falta de adecuado estudio, motivación y fundamentación (inciso k); en tanto que el artículo 53 de la Ley 30483 faculta a la Fiscalía Suprema de Control Interno a visitar cuando lo creyera conveniente —esto es, de oficio— las Fiscalías de la República para comprobar el debido cumplimiento de las obligaciones que la ley impone a los fiscales. Igual facultad se encuentra recogida en el artículo 26 del citado Reglamento, que señala que el procedimiento disciplinario contra los fiscales se abre de oficio.

42. No obstante lo precisado, observa este Tribunal que la medida de disponer el inicio de un procedimiento administrativo sancionador a un fiscal por la infracción que cometió en el trámite de una denuncia que estuvo a su cargo, en tanto esta no ordena también acciones concretas de tutela para quien resultó agraviada por alguna de las distintas formas de violencia de género existentes, constituye una medida insuficiente e incapaz de incidir en la materialización del objetivo público de eliminar las desigualdades existentes entre hombres y mujeres, de erradicar la violencia de género y de promover la defensa de los derechos de las mujeres.

43. Siendo ello así, resulta necesario que, independientemente del procedimiento disciplinario al que se alude precedentemente, así como de su resultado respecto a la existencia o no de responsabilidad administrativa de la autoridad fiscal, la denuncia en cuya calificación se configuró la inconducta funcional debe ser recalificada a fin de verificarse la viabilidad de abrir investigación preliminar o de proceder a su formalización ante el juez penal competente, quedando prohibido que el resultado de tal recalificación fiscal sea considerada como medio probatorio de cargo o descargo en el procedimiento administrativo sancionador.

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

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de autos; en consecuencia, **NULA** la Resolución 123-2016, de fecha 27 de enero de 2016, expedida por la Oficina Desconcentrada de Control Interno de Lima, que declaró no ha lugar a abrir investigación preliminar contra la Fiscal de la Vigésima Segunda Fiscalía Provincial Penal de Lima, por la presunta comisión de los delitos de incumplimiento de deberes funcionales, encubrimiento real, prevaricato, omisión del ejercicio de la acción penal, falsedad genérica y abuso de autoridad; así como **NULA** la Resolución 2692-2016-MP-FNFSCI, de fecha 27 de julio de 2016, expedida por la Fiscalía Suprema de Control Interno, que confirmó la Resolución 123-2016 **(Carpeta N° 322-2015).**

2. **ORDENAR** a la Oficina Desconcentrada de Control Interno de Lima que emita nueva resolución atendiendo lo señalado en la presente sentencia.

3. **ORDENAR** que la Vigésima Segunda Fiscalía Provincial Penal de Lima, recalifique la viabilidad de abrir investigación preliminar o de proceder a su formalización ante el juez penal competente; en consecuencia, **NULA** la Resolución, de fecha 27 de febrero de 2015, expedida por la Vigésima Segunda Fiscalía Provincial Penal de Lima, que declaró no ha lugar a formalizar denuncia penal contra Edgar Rene Reyes Mayaute, por la presunta comisión del delito contra la libertad sexual- violación sexual; así como **NULA** la Resolución, de fecha 22 de marzo de 2016, expedida por la Quinta Fiscalía Superior Penal de Lima, que declaró infundada la Queja de Derecho interpuesta y dispuso no ha lugar a formalizar la denuncia penal **(Carpeta N° 606-2014)**.

4. **ORDENAR** el pago de costos a favor de la recurrente, los que deberán ser liquidados y abonados en ejecución de sentencia del presente proceso de amparo.

Publíquese y notifíquese.

SS.

BLUME FORTINI
MIRANDA CANALES
RAMOS NÚÑEZ
LEDESMA NARVÁEZ
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

EXP. N.º 01479-2018-PA/TC
LIMA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

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

1. Hace un año este Tribunal, a propósito del expediente 05121-2015-PA/TC, tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la violencia contra la mujer en el Perú, un tema que resulta lamentablemente recurrente en nuestro país. En ese escenario, también se constata que no son pocos los casos en los cuales el proceso de hábeas corpus busca ser utilizado como un último recurso de reevaluación de pruebas mediante el cual se busca liberar de sanción a quienes cometen actos de violencia sexual.

2. En dicho caso, señalamos que la violencia contra la mujer no era solo un asunto coyuntural, sino que respondía a un problema estructural en el Perú. De hecho, nuevos datos de las Encuestas Demográficas y de Salud Familiar muestran que la situación no ha cambiado sustancialmente. Y es que, mientras que en el año 2016 el porcentaje de mujeres que alguna vez sufrieron violencia por parte del esposo o compañero era del 68%, dato que fue consignado en la citada sentencia, el porcentaje en los años siguientes se ha mantenido en un rango cercano: 65,4%[1] en el 2017 y 65,9%[2] en el 2018.

3. No estamos frente a casos aislados, sino frente a una situación que lamentablemente se ha sostenido hasta llegar al punto que genera resistencia el reclamo por una perspectiva de género en la actividad pública. En el ámbito jurisdiccional, y sin necesidad de salir del caso concreto que nos toca resolver, se puede observar cómo es que una perspectiva de género (perspectiva a la cual debe entenderse

1 INEI. Encuesta Demográfica y de Salud Familiar ENDES. 2018. p. 219

2 INEI, Nota de prensa N° 210. https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/noticias/nota-de-prensa-n210-2018-inei.pdf

como un reconocimiento de espacios de igualdad material, y no de la forma prejuiciosa y tendenciosa que proyectan algunos) hubiera permitido un tratamiento expeditivo y oportuno al pedido de la recurrente. 4. El derecho a una igualdad material, y no solo a una igualdad formal, lleva supera una perspectiva en la cual bastaría que el derecho sea objetivamente el mismo para todos. La propia jurisprudencia de este Tribunal Constitucional da cuenta de la situación de discriminación contra la mujer en diferentes ámbitos (STC Exp. n.° 05652-2007-PA, E j. 22 y ss; STC Exp. n.° 1423-2013-PA, E j. 21 y ss; STC Exp. n.° 00853-2015-AA, f. j. 33 y ss; STC Exp. n.° 05121-2015-PA, f. j. 4 y ss.). El punto de partida, por tanto, debe ser el reconocimiento de este problema estructural, así como el de la vulnerabilidad de la mujer fruto de un particular contexto social, contexto que no puede ser ajeno a los operadores jurídicos existentes a y en todos los niveles.

4. Las obligaciones internacionales asumidas por el Estado peruano (y por ende, una interpretación convencionalizada de lo previsto en el plano constitucional e infraconstitucional en el Perú) también van en ese sentido. Por ello debe recordarse que, entre otras normas, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer forma parte del ordenamiento jurídico peruano. Dicha convención señala, en su artículo 5 que "Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para: a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres (...)". Considero que esta disposición, con rango constitucional en el Perú de acuerdo con el parámetro establecido por reiterada jurisprudencia de este mismo tribunal, se hace especialmente relevante para tratar los casos en los que ciertos prejuicios ralentizan o directamente impiden un correcto trámite y resolución de las denuncias por violación sexual, prejuicios que deberían quedar fuera de las consideraciones de los funcionarios públicos a cargo de tratar temas tan delicados.

5. Ahora bien, y en cuanto a los mandatos que se han formulado en el fallo, cabe señalar que, al igual que en el caso 05121-2015-PA/TC, no corresponde a este Tribunal intervenir en las competencias de los órganos del Ministerio Público. Sin embargo, algunos mandatos previstos en la parte resolutoria de este fallo requieren ser más precisos que la simple declaración de nulidad, de modo que no dejen de atenderse las consideraciones que el Tribunal ha asumido en defensa

de los derechos alegados. Aquello por supuesto, no puede implicar que se pase a subrogar las competencias ni el criterio jurídico de quienes están llamados a ejercer sus funciones conforme al parámetro constitucional.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

EXP. N.º 01479-2018-PA/TC
LIMA

VOTO SINGULAR DE LOS MAGISTRADOS SARDÓN DE TABOADA Y FERRERO COSTA

Con el mayor respeto por la posición de nuestros colegas magistrados, emitimos el presente voto singular, ya que no suscribimos el punto resolutivo 3 de la sentencia en mayoría, por las siguientes consideraciones.

La propia sentencia, en sus fundamentos 5 y 6, es clara en la delimitación del petitorio: 1) la nulidad, por vulnerar el derecho a la debida motivación de las resoluciones fiscales, de la Resolución 123-2016, expedida por la Oficina Desconcentrada de Control Interno de Lima, que declaró no ha lugar a abrir investigación preliminar contra la Fiscal provincial de la Vigésima Segunda Fiscalía Provincial Penal de Lima, por la presunta comisión de los delitos de incumplimiento de deberes funcionales, entre otros; y 2) la nulidad de su confirmatoria, la Resolución 2692-2016-MP-FN-FSCI, de la Fiscalía Suprema de Control Interno.

La sentencia en mayoría declara la nulidad de dichas resoluciones y ordena que la Oficina Desconcentrada de Control Interno de Lima emita nueva resolución, con lo que estamos de acuerdo.

Sin embargo, junto con ello (punto resolutivo 3), y aquí radica nuestra discrepancia, la sentencia, adelantándose a lo que pueda resolver el órgano de control del Ministerio Público y sin que esto haya sido parte del petitorio, también ordena a la Vigésima Segunda Fiscalía Provincial Penal de Lima que un nuevo fiscal "recalifique la viabilidad de abrir investigación preliminar o de proceder a su formalización ante el juez penal competente" respecto de la denuncia que la demandante presentó al Ministerio Público contra Edgar Reyes Mayaute por delito de violación sexual (Carpeta 606-2014).

En nuestra opinión, con dicho punto resolutivo la sentencia en mayoría vulnera la autonomía del Ministerio Público (artículo 158 de la Constitución) y el *principio de corrección funcional* (cfr. STC 5854-2005-PA/TC, fundamento 12). Asimismo, la

sentencia va más allá del petitorio pese a tenerlo prohibido (cfr. artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional y artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil).

SS.

SARDÓN DE TABOADA
FERRERO COSTA

EXP. N.º 00442-2017-PA/TC
LIMA
ERICK AMÉRICO IRIARTE AHÓN

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 15 días del mes de agosto de 2019, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada, Espinosa-Saldaña Barrera y Ferrero Costa, pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento del magistrado Ferrero Costa, aprobado en la sesión de Pleno del día 31 de octubre de 2017. Con el fundamento de voto del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera, y los votos singulares de los magistrados Miranda Canales y Ledesma Narváez que se agregan.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Erick Américo Iriarte Ahón contra la resolución de fojas 71, de 24 de agosto de 2016, expedida por la Primera Civil de la Corte de la Superior de Justicia de Lima, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

El 22 de mayo de 2015, el recurrente interpuso demanda de amparo contra don Pedro Álvaro Cateriano Bellido, en su calidad de presidente del Consejo de Ministros del Perú, con el objeto de ser desbloqueado de su cuenta personal de Twitter @PCaterianoB, pues, a través de ella, comparte información sobre la institución que dirige. Alega la vulneración de sus derechos fundamentales al acceso de información pública, y a las libertades de información y expresión.

El Primer Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima declaró improcedente la demanda. A su juicio, lo denunciado no incide en el contenido constitucionalmente protegido de los derechos invocados, ya que dicho bloqueo no impide que el demandante pueda emitir y recibir información veraz, ni brindar alguna opinión con relación a las labores que desarrolla el demandado como presidente del Consejo de Ministros.

Asimismo, sustenta su decisión en que la cuenta de *Twitter* le pertenece al emplazado y no a la Presidencia del Consejo de Ministros (PCM); y, por tanto, tiene la libertad de elegir con quiénes interactúa en ella.

Por último, señala que, si bien en los tiempos actuales las redes sociales constituyen medios de comunicación, su acceso no es irrestricto. Cada titular de una cuenta puede establecer restricciones a su acceso, sin que ello resulte lesivo al derecho de acceso a los medios de comunicación social.

La Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima confirmó la apelada, por estimar que: (i) en la presente causa se ha producido la sustracción de la materia, toda vez que el demandado ya no ejerce el cargo de presidente del Consejo de Ministros; y, (ii) en la red social *Twitter*, el titular de una cuenta tiene la potestad de elegir a quién acepta como contacto o seguidor.

El accionante señala que, a pesar de que el demandado ya no sea el titular de la PCM, dada la relevancia de la controversia materia de *litis*, corresponde que en la presente causa se emita un pronunciamiento de fondo.

FUNDAMENTOS

1. La demanda fue interpuesta contra Cateriano Bellido cuando era presidente del Consejo de Ministros. El recurrente sostiene que, dada la función pública que desarrollaba, no debía bloquearle el acceso a su cuenta personal de *Twitter*, pues la utilizaba para transmitir información de interés público.

2. Como se aprecia en la captura de pantalla adjunta a la demanda, efectuada el 22 de mayo de 2015 (folio 3), efectivamente, al intentar acceder el recurrente a la cuenta de *Twitter* antes referida, aparece el siguiente mensaje:

   > You are blocked from following @PCaterianoB and viewing @PCaterianoB's Tweets.

3. El recurrente afirma que dicho bloqueo vulnera sus derechos fundamentales de acceso a la información pública, reconocido en el artículo, 2 inciso 5, de la Constitución; y, a las libertades de información y de expresión, reconocidos en el inciso 4. Por ello, solicita se le ordene a Cateriano Bellido que lo desbloquee.

4. La Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima consideró que el daño alegado se tomó irreparable, puesto que la legitimación procesal pasiva del demandado solo resultaba debidamente configurada en tanto ostentaba el cargo de presidente del Consejo de Ministros, es decir, hasta el 28 de julio de 2016.

5. Este Tribunal Constitucional discrepa de tal apreciación y considera que el caso sí merece un pronunciamiento de fondo. El demandante aun no puede acceder a la cuenta personal de *Twitter* @PCaterianoB; además, la demanda plantea una cuestión de innegable trascendencia constitucional y actualidad.

El derecho fundamental de acceso a la información pública

6. La demanda señala que, al ser bloqueado del acceso a la cuenta personal de *Twitter* del expresidente del Consejo de Ministros Cateriano Bellido, denominada @PCaterianoB, se ha vulnerado su derecho de acceso a la información pública.

7. El artículo 2, inciso 5, de la Constitución dice que toda persona tiene derecho a:

> *Solicitar* sin expresión de causa la *información que requiera* y a recibirla de *cualquier entidad pública*, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido [*cursivas* añadidas].

8. Ahora bien, como refiere el recurrente en su demanda (folio 9) y confirma el titular de la cuenta en escrito de 26 de octubre de 2017, esta cuenta fue creada por el demandado en octubre de 2013, es decir, antes de asumir el cargo de presidente del Consejo de Ministros el 2 de abril de 2015.

9. Por otro lado, la PCM tiene su propia cuenta institucional de *Twitter*: @pcmperu, creada en julio de 2010, la cual constituye el canal del gobierno —conjuntamente con @presidenciaperu, creada en marzo de 2010— para trasmitir información oficial.

10. Según lo informado por la jefa de Prensa e Imagen Institucional de la PCM, mediante Oficio D000129-2019-PCM-OPII de 21 de marzo de 2019, esta entidad en ningún caso ha puesto restricciones o bloqueos a algún usuario, sea a través de la mencionada cuenta o de las que corresponden a sus distintas secretarías.

11. Ciertamente, el artículo 123, inciso 1, de la Constitución establece como primera responsabilidad del presidente del Consejo de Ministros:

> Ser, después del Presidente de la República, el portavoz autorizado del gobierno.

12. El presidente del Consejo de Ministros, empero, ejerce su función de portavoz del gobierno a través de los canales institucionales destinados a ello. La transmisión de información de asuntos de interés público a través de canales personales no está sometida a las exigencias de acceso propias de canales oficiales.

13. El uso que un funcionario público le dé a su cuenta personal de *Twitter* no altera su naturaleza privada, es decir, el hecho de que mediante aquella se transmita información que pueda ser de interés público no convierte dicha cuenta en una oficial o institucional.

14. El ciudadano que asume temporalmente un cargo público y hace uso de las herramientas de control de su cuenta privada, a fin de personalizar las formas de interacción con otros usuarios en *Twitter*, está ejerciendo legítimamente su derecho fundamental a la libertad personal.

15. Obligar a alguien a aceptar seguidores en su cuenta personal de *Twitter*, mediante el desbloqueo de cuentas —sea que se trate de un funcionario o no, e independientemente de las motivaciones que hayan generado el bloqueo de algún usuario— vulneraría su libertad personal.

16. Ciertamente, el escrutinio ciudadano del desempeño de los funcionarios públicos es indispensable para el correcto cumplimiento de sus responsabilidades en una democracia. Sin embargo, ello no debe menoscabar su derecho fundamental a la libertad personal.

17. El hecho de bloquear el acceso a una cuenta personal de *Twitter* cuya titularidad corresponde a un funcionario público no significa denegarle al bloqueado la información que posee una entidad pública. Los tuits emitidos en dichas cuentas no son comunicaciones oficiales de la entidad pública a la que pertenecen.

18. En tal sentido, el bloqueo de la cuenta @coyotegris, cuyo titular es el recurrente, por parte del aludido expresidente del Consejo de Ministros Cateriano Bellido en su cuenta personal de *Twitter* no es una actuación constitucionalmente reprochable.

19. La Constitución no permite forzar a nadie —incluyendo a quien ha cumplido en algún momento de su vida funciones públicas de la más alta responsabilidad, como es el caso del demandado en este caso— a interactuar en las redes sociales con quien no quiere.

20. *Twitter* es, esencialmente, una red social. Que, eventualmente, incluya contenido oficial de agencias estatales no altera dicha esencia —y, por tanto, el carácter voluntario de las interacciones que se den en ella.

El derecho fundamental a las libertades de información y de opinión

21. La demanda, además, señala que, al ser bloqueado del acceso a la cuenta personal de *Twitter* del expresidente del Consejo de Ministros Cateriano Bellido, se ha vulnerado su derecho a la libertad de información y de expresión.

22. El artículo 2, inciso 4, de la Constitución dice que toda persona tiene derecho a:

> las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley [cursivas añadidas].

23. Este derecho incluye, pues, dos libertades que deben ser distinguidas: de un lado, la de información, que garantiza la libre difusión de hechos que son conocidos por una persona; de otro, la de opinión, que asegura la libre difusión de juicios de valor sobre tales hechos.

24. Ahora bien, un mensaje que transmite *información* a través de cualquier medio de comunicación puede ser sometido a un test de veracidad, pero no ocurre lo mismo con uno que transmite *opiniones* o juicios de valor, ya que estas son eminentemente subjetivas.

25. La información puede ser calificada de falsa o veraz, según corresponda, o no, a lo ocurrido en el mundo. Ello no sucede con las opiniones. Estas pueden ser calificadas, en todo caso, de acertadas o equivocadas, según se sustenten, o no, en una apreciación correcta de los hechos, utilizando conceptos y criterios pertinentes.

26. Patrick Baylis ha mostrado la correlación entre sentimientos expresados en Twitter y temperatura (https://www.patrickbaylis.com/pdf/Baylis_TT.pdf). En esta red social, predominarían las opiniones y juicios de valor, más que la información. Los tuits de Cateriano Bellido podrían no ser la excepción, pero es su derecho.

27. En todo caso, la Constitución protege tanto lo primero como lo segundo. Quien conoce (o cree conocer) algo, puede comunicarlo libremente, si así lo desea; sin embargo, las personas pueden transmitir también sus opiniones con toda libertad, así sean absurdas, prejuiciosas o mal sustentadas.

28. Enfáticamente, el artículo 2, inciso 3, de la Constitución dice que:

> No hay delito de opinión.

A lo más, hay faltas —cuando se emiten juicios de valor disfrazados de información, que vulneran el derecho al honor y buena reputación de las personas.

29. La Constitución protege las libertades de información y de opinión porque entiende que, en los asuntos humanos, nadie es dueño de la verdad, la cual es compleja y elusiva. Además, entiende que, para aproximarse a la verdad, es indispensable que se permita concurrir distintas perspectivas sobre ella.

30. El ser bloqueado de la cuenta personal de *Twitter* del expresidente del Consejo de Ministros demandado no implica que el recurrente esté impedido de difundir o compartir libremente, a través de su propia cuenta en esta misma red social, toda la información que quiera.

31. Tampoco significa que no pueda manifestar libremente todas las opiniones sobre asuntos públicos o privados que estime pertinentes —incluyendo juicios de valor respecto al desempeño no solo del expresidente del Consejo de Ministros Cateriano Bellido sino también de este Tribunal Constitucional.

32. Tales libertades de información y de expresión constituyen los cimientos de una sociedad libre corno la nuestra.

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

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la demanda de amparo.

Publíquese y notifíquese.

SS.

BLUME FORTINI
RAMOS NÚÑEZ
SARDÓN DE TABOADA
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA
FERRERO COSTA

EXP. N.º 00442-2017-PA/TC
LIMA
ERICK AMÉRICO IRIARTE AHÓN

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Estoy de acuerdo con el sentido de lo resuelto pero en base a las siguientes consideraciones:

1. En el presente caso, el actor interpuso demanda de amparo contra don Pedro Álvaro Cateriano Bellido, en su calidad de presidente del Consejo de Ministros del Perú, con el objeto de ser desbloqueado de la cuenta @PcaterianoB de la plataforma Twitter, pues refiere que, independientemente de que sea la cuenta personal del emplazado, a través de ella comparte información sobre la institución que dirige. Denuncia la vulneración de los derechos fundamentales de acceso a la información pública, libertad de expresión y libertad de información.

Sobre la existencia de una relación jurídico — procesal válida

2. Al respecto, en primer lugar, resulta preciso indicar que el petitorio del actor no encuentra respaldo directo en el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental de acceso a la información pública, en tanto no está requiriendo la reproducción de un documento en concreto o que se le brinde una muy puntual información pública. En cualquier caso, debe quedar claro que la salvaguarda de ese derecho constitucional tendría que ser canalizada a través del proceso de *habeas data*.

3. Asimismo, tampoco se sustenta en el contenido constitucionalmente protegido del derecho constitucional a la libertad de expresión porque el demandado no le ha coartado la posibilidad de manifestar en público sus ideas, pensamientos, juicios de valor u opiniones. Efectivamente, el actor goza de total libertad para divulgar, a través de sus redes sociales o de los medios que estime pertinente, lo que dicte su libre albedrío, siempre y cuando en ese escenario se respeten los derechos fundamentales de las demás personas, pues, como señalo en algún mo-

mento el Tribunal Constitucional español no existe, por ejemplo, un supuesto "derecho al insulto".

4. Siendo así, queda claro que ni el derecho al acceso a la información pública ni el derecho a la libertad de expresión guardan estrecha relación con el *petitum* de la demanda. Empero, lo que puntualmente se peticiona sí tiene incidencia en el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la libertad de información, que comprende las libertades de investigar, recibir y difundir informaciones, que son necesarias para que cada particular, de manera autodeterminativa, pueda, de estimarlo pertinente, tomar una postura crítica, en este caso concreto por ejemplo, sobre el manejo del Estado. Lo relevante aquí es si lo solicitado por el recurrente implica la constatación de una afectación con incidencia negativa, concreta, directa y sin justificación razonable en el derecho del cual alega ser titular.

5. De otro lado, no resulta de aplicación la causal de improcedencia tipificada en el numeral 2 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional debido a que, objetivamente, no existe algún otro proceso capaz de dar solución al requerimiento planteado. El proceso constitucional de amparo es la única alternativa posible para tutelar la pretensión consistente en que el ex Presidente del Consejo de Ministros, don Pablo Cateriano Bellido, lo desbloquee de la cuenta @PCaterianoB de la red social Twitter, dado que, en la vía ordinaria, no existe una vía igualmente satisfactoria para lograr tal cometido.

6. Atendiendo a las consideraciones antes expresadas, el rechazo de la demanda declarado por los jueces que han conocido el presente proceso debe ser enmendado. No existe alguna causal de improcedencia aplicable al caso de autos, más aún si se tiene en consideración que las mismas deben ser interpretadas conforme al principio *in dubio pro actione*.

7. Aunque podríamos decantarnos por ordenar la recomposición total del proceso, dicha opción debe ser descartada, pues, a la luz de lo que aparece en autos, es perfectamente posible emitir un pronunciamiento de fondo. La cuestión litigiosa es, en realidad, de puro derecho.

8. Precisamente por esa razón, resulta innecesario condenar al actor a transitar nuevamente por la vía judicial para llegar a un destino que ahora es posible zanjar de manera definitiva, lo cual resulta plenamente congruente con la idea de anteponer los fines de todo proceso constitucional a las exigencias de tipo procedimental o formal, conforme lo enuncia el tercer párrafo del Artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

9. Tal decisión no supone colocar en estado de indefensión al demandado, dado que el apoderado del exministro, se han apersonado al proceso (Cfr. fojas 82). De modo que, de estimarlo pertinente, pudieron rebatir lo aducido por el actor.

10. Considero, además, que en tanto estamos hablando aquí del bloqueo efectuado en una cuenta estrictamente personal, el emplazamiento a la Procuraduría de la Presidencia del Consejo de Ministros resulta impertinente pues implicaría una confusión entre las esferas pública y privada en el presente caso.

Sobre el contenido de la pretensión alegada

11. El actor, en tanto ciudadano, sin duda, tiene el inalienable derecho de participar activamente en el escrutinio de la gestión pública, lo cual es medular para la consolidación de la democracia, que es una forma de gobierno basada precisamente en lo público. Asimismo, no puede perderse de vista que la participación ciudadana es un principio fundamental que ilumina todo el actuar social y colectivo en el Estado y persigue un incremento histórico cuantitativo y cualitativo de las oportunidades de los ciudadanos de tomar parte en los asuntos que comprometen los intereses generales (Sentencia C-1338/00 de la Corte Constitucional Colombiana)

12. El derecho fundamental a libertad de información, en ese contexto, es indispensable para contar con una ciudadanía informada y plenamente involucrada con el quehacer estatal. Ahora bien, y como ocurre con cualquier otro derecho constitucional, es susceptible de ser objeto de restricciones, siempre que las mismas sean justificadas. En ese sentido, la libertad de información no otorga a su titular un poder irrestricto para acceder a cualquier fuente de información ni para legitimar intromisiones desproporcionales o irrazonables en derechos fundamentales de titularidad de terceros o desconocer intereses colectivos que el propio Estado juzga como merecedores de salvaguarda por su relevancia constitucional.

13. En tal escenario, no debe aquí perderse de vista que el problema jurídico planteado consiste en determinar si la decisión del ex Presidente del Consejo de Ministros, don Pablo Cateriano Bellido, titular de la cuenta *@PCaterianoB*, cuenta personal de Cateriano Bellido dentro de la red social Twitter, de bloquear al demandante es constitucional o no. En líneas generales, el actor ha alegado que, más allá de que esa cuenta sea personal y no institucional, al usarla para compartir cuestiones relativas a su función pública, el demandante no puede bloquearlo.

14. No obstante lo argüido por Iriarte Ahon, no puede soslayarse que el solo hecho de que Cateriano Bellido ingrese al ámbito público o a la arena política no significa, en modo alguno, una renuncia del funcionario público a su intimidad o su vida privada, ni mucho menos una sobreexposición de la misma (Cfr. sentencia emitida en el Expediente 3485-2012 -PA/TC).

15. En ese entendido, considero que, aunque desde el momento en que una persona decide asumir un cargo público, se expone, de manera voluntaria, a un mayor escrutinio público acerca del modo en que ejercen la función (Cfr. sentencia emitida en el Expediente 2976-2012-PA/TC), aquello no involucra que jurídicamente todo funcionario(a) público(a) está obligado a admitir a cualquier persona en sus redes sociales en cuentas de carácter personal.

16. Lo que es más, e incluso en el supuesto en que se divulgue, a través de las mismas cuentas personales, cuestiones relacionadas al manejo de la cosa pública, eso hace perder el carácter personal de esa cuenta, siempre y cuando esa información tenga carácter contingente. Y es que el carácter no personal u "oficial" de dichas publicaciones lo define, por tanto, el que estén hechas directamente desde las cuentas oficiales del ente estatal al cual representa el funcionario público. Por tanto, no existe fundamento jurídico para que, en este caso, Iriarte Ahon pueda compeler al demandado a desbloquearlo de una red social de carácter personal.

17. Y es que si bien determinados ámbitos de la vida privada de los altos funcionarios públicos pueden ser excepcionalmente expuestos debido a que se encuentran directamente relacionados a cuestiones de interés público, tal situación tampoco los obliga, por el simple hecho de haber accedido a dicho cargo, a habilitar un irrestricto acceso a sus redes sociales personales a terceros.

18. Queda claro entonces que, y como cualquier persona, los altos funcionarios estatales tienen la potestad de decidir, en ejercicio responsable de su capacidad de autodeterminación, qué información comparte en sus redes sociales y con quiénes (con qué persona(s)) comparte aquello que divulga. No se les puede obligar, por ejemplo, a que no bloqueen a determinadas personas de sus cuentas de correo electrónico o de redes sociales determinadas cuando estas tienen carácter estrictamente personal.

19. En consecuencia, la demanda resulta infundada, pues, más allá del cargo público que el demandado ocupaba, esa cuenta no dejaba de ser personal. El derecho fundamental a la libertad de información, en su manifestación de acopio de la misma, no faculta al demandante a exigir jurídicamente ser desbloqueado, para así habilitar un acceso a una cuenta personal, en la cual su usuario puede determinar con quien se comunica o deja de comunicarse.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

EXP. N.º 00442-2017-PA/TC
LIMA
ERICK AMÉRICO IRIARTE AHÓN

VOTO SINGULAR DE LOS MAGISTRADOS MIRANDA CANALES Y LEDESMA NARVÁEZ

Un funcionario público se encuentra impedido de bloquear a una persona en una cuenta de Twitter -así sea personal- cuando ésta es utilizada para transmitir información vinculada con.funciones públicas

En el presente caso estimamos que la demanda debe declararse **FUNDADA**, al acreditarse la vulneración de los derechos fundamentales a las libertades de información y de expresión, reconocidas en el artículo 2, inciso 4, de la Constitución Política del Perú. Mis razones son las siguientes:

1. La demanda ha sido interpuesta contra don Pedro Cateriano Bellido, mientras ejercía el cargo de Presidente del Consejo de Ministros. El recurrente sostiene que, dada la función pública que desarrollaba el referido ciudadano, se encontraba impedido de bloquearlo en su cuenta de Twitter, puesto que ella era utilizada por el entonces presidente del Consejo de Ministros para transmitir información directamente relacionada con su quehacer en calidad de funcionario público.

   Refiere que, en tal sentido, dicho bloqueo es constitutivo de una violación de sus derechos fundamentales a las libertades de información y de expresión, reconocidos en el artículo 2, inciso 4, de la Constitución, y de acceso a la información pública, reconocido en el artículo 2, inciso 5, de la Norma Fundamental. Por tal motivo, reponiendo las cosas al estado inmediatamente anterior, solicita que se ordene el desbloqueo de su cuenta

2. Como es de público conocimiento, el *27 de julio de 2016*, don Pedro Cateriano dejó de ejercer el cargo de presidente del Consejo de Ministros. Atendiendo a los

hechos narrados en la demanda y a los derechos que se consideran lesionados, la legitimación procesal pasiva de don Pedro Cateriano en el presente proceso solo resultaba debidamente configurada en tanto y en cuanto era un funcionario público. Al ya no serlo a la fecha, la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima ha considerado que el daño *iusfundamental* alegado se ha tornado irreparable.

3. Empero, consideramos que existen argumentos razonables y suficientes para no arribar a dicha conclusión. Y es que no puede soslayarse que, dado que la demanda fue entablada contra un funcionario público, en el presente proceso ha resultado de aplicación el artículo 7 del Código Procesal Constitucional (CPCo.), el cual, en lo que ahora resulta pertinente, señala lo siguiente:

> "La defensa del Estado o de cualquier funcionario o servidor público está a cargo del Procurador Público o del representante legal respectivo, quien deberá ser emplazado con la demanda.
>
> Además, debe notificarse con ella a la propia entidad estatal o al funcionario o servidor demandado, quienes pueden intervenir en el proceso. Aun cuando no se apersonaran, se les debe notificar la resolución que ponga fin al grado. Su no participación no afecta la validez del proceso.
>
> (…)
>
> Si el demandante conoce, antes de demandar o durante el proceso, que el funcionario contra quien dirige la demanda ya no ocupa tal cargo, puede solicitar al Juez que este no sea emplazado con la demanda".

4. En efecto, en la medida en que la demanda fue interpuesta contra el demandado en razón de su condición de funcionario público y, concretamente, de presidente del Consejo de Ministros, la defensa en esta causa ha corrido por cuenta de la Procuraduría Pública de la Presidencia del Consejo de Ministros. Así, en casos como el presente, la relación jurídico procesal se entabla necesariamente con la institución estatal, a través de la Procuraduría Pública, y solo contingentemente con el funcionario o servidor público. Estos últimos "pueden" (no "deben") intervenir en el proceso; "[s]u no participación no afecta la validez del proceso" (artículo 7 del CPCo.).

   Ello es así porque, cuando se encuentra en entredicho la validez constitucional de la conducta de un funcionario público llevada a cabo con ocasión del ejercicio del cargo, en estricto, no es un ciudadano el demandado, sino el funcionario, es decir, el Estado. *Ergo*, desde una perspectiva procesal constitucional (lo que

desde luego no es necesariamente así en otros ámbitos procesales), es en buena medida irrelevante la identidad de la persona que ejerza el cargo; al punto de que su cese —tal como deriva de lo estipulado en el artículo 7 del CPCo., recién citado— no enerva la validez ni del inicio ni de la continuidad del proceso.

5. Lo expuesto, extrapolado a la presente causa, significa que, tal como está planteado el asunto controvertido, lo que se encuentra en cuestionamiento no es la validez o invalidez constitucional de la conducta de un ciudadano específico que contingentemente pueda estar ocupando (o haber ocupado) el cargo de presidente del Consejo de Ministros, sino la validez o invalidez constitucional de la conducta del Presidente del Consejo de Ministros, con prescindencia de quién sea el ciudadano que en determinado momento ostente la investidura. Por estos motivos, el hecho de que el ciudadano don Pedro Cateriano haya cesado en el cargo, no enerva la continuidad del proceso, ni la posibilidad de emisión de una decisión sobre el fondo.

6. Por lo demás, corresponde recordar que, de conformidad con el segundo párrafo del artículo 1 del CPCo., incluso en la hipótesis negada de que la afectación constitucional pudiera haberse tornado irreparable, "atendiendo al agravio producido", la jurisdicción constitucional se encuentra autorizada a ocuparse del fondo del asunto con miras a disponer que no se reitere la conducta que motivó la interposición de la demanda.

7. Este precepto procesal constitucional, lo que hace, entre otras cosas, es enarbolar la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, estipulando que los procesos constitucionales no agotan su virtualidad en la subjetividad de las personas que episódicamente entablen una relación jurídico procesal, sino que deben ser apreciados también corno cauces para irradiar en la sociedad el contenido protegido de los derechos fundamentales, es decir, apreciando a estos ya no solamente como derechos subjetivos, sino también, y fundamentalmente, como valores.

8. Desde luego, ello no acontece en toda causa. Cuando la aludida disposición supedita su aplicación al análisis del agravio constitucional alegado, no hace referencia sola o necesariamente a la eventual gravedad de aquel, sino que también autoriza al juez constitucional a tener en cuenta ciertas características de un caso que permitan apreciarlo corno una oportunidad para canalizar a través del proceso y su respectiva decisión, una protección más extendida de los derechos fundamentales.

9. Desde esa perspectiva, como se ha tenido ocasión de enfatizar, en esta litis no se discute la llana validez o invalidez de la conducta que un concreto ciuda-

dano puede llevar a cabo respecto de otro, sino, ni más ni menos, que lo que un funcionario público —a saber, "un representante político o cargo público representativo, que ejerce funciones de gobierno en la organización del Estado [o] [d]irige o interviene en la conducción de la entidad, [y] aprueba políticas y normas", en los términos del artículo 3, literal "a", de la Ley 30057, Ley del Servicio Civil— puede hacer con una herramienta de comunicación tan novel y masiva como Twitter, respecto de la ciudadanía en general.

10. *Ergo,* dadas las características de la cuestión *sub examine*, considerarnos que en el presente caso corresponde emitir un pronunciamiento de fondo.

Sobre por qué el asunto no se encuentra relacionado con el derecho fundamental de acceso a la información pública

11. En más de un pasaje de la demanda, el recurrente aduce la violación del derecho de acceso a la información pública, reconocido en el artículo 2, inciso 5, de la Constitución. Incluso hace alusión a determinados preceptos de la Ley 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

12. La Constitución refiere que el derecho de acceso a la información pública garantiza la facultad de toda persona a solicitar, sin expresión de causa, la información que requiera, y a recibirla de cualquier entidad pública en el plazo legal y con el costo que suponga el pedido, no encontrándose comprendidas las informaciones que afectan el derecho a la intimidad y aquellas otras que expresa y razonablemente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional. Por su parte, el artículo 61, inciso 1, del CPCo. establece que el contenido protegido del derecho conlleva acceder a información que obre en poder de cualquier entidad pública, ya se trate de la que generen, produzcan, procesen o posean, incluida la que obra en expedientes terminados o en trámite, estudios, dictámenes, opiniones, datos estadísticos, informes técnicos y cualquier otro documento que la Administración Pública tenga en su poder, cualquiera que sea la forma de expresión, ya sea gráfica, sonora, visual, electromagnética o que obre en cualquier otro tipo de soporte material.

13. Twitter es una plataforma virtual pública de comunicación, fundamentalmente, a través de mensajes de texto, potencialmente interactiva, alojada en internet. De esta manera, brinda un servicio de *microblogging*, que habilita una esfera pública en la que se comparte información, opiniones, y se incentiva al debate. En consecuencia, aunque el concepto de medio de comunicación social ha sido ortodoxamente reservado a la radio, la televisión y la prensa escrita, a la luz de las características de esta relativamente nueva herramienta tecnológica, entre las

que se encuentra la transmisión pública de mensajes de alcance masivo, es posible sostener que Twitter, aunque con ciertas particularidades, es un medio de comunicación social.

14. Así las cosas, analizado el asunto de modo estricto, bloquear el acceso a una cuenta de Twitter no es sinónimo de denegar, previa solicitud, la información que posee una entidad pública o una entidad privada que presta un servicio público, a pesar de que el requirente asumirá el costo que suponga su reproducción. Ese bloqueo es más bien sinónimo de impedir el acceso a mensajes transmitidos a través de un medio de comunicación social. Por consiguiente, esa conducta incide en el ámbito de los derechos fundamentales a las libertades de información y de expresión, reconocidos en el artículo 2, inciso 4, de la Norma Fundamental; no así, estrictamente, en el contenido del derecho fundamental de acceso a la información pública.

15. Por lo demás, en la hipótesis negada de que se hubiese encontrado comprometido el contenido protegido derecho fundamental de acceso a la información pública, la jurisdicción se hubiese encontrado imposibilitada de analizar su eventual vulneración, puesto que no solo no es este un proceso de *habeas data*, sino que el recurrente no ha acreditado el cumplimiento del presupuesto procesal regulado en el artículo 62 del CPCo., a saber, haber solicitado previamente al demandado, mediante documento de fecha cierta, el respeto del aludido derecho.

Sobre los derechos fundamentales a las libertades de información y de expresión

16. El artículo 2, inciso 4, de la Norma Fundamental establece, en lo que ahora resulta pertinente, que toda persona tiene derecho "[a] las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley".

17. Como ya ha sido establecido en reiterada jurisprudencia, los derechos fundamentales a las libertades de información y de expresión (artículo 2, inciso 4, de la Constitución), aunque ostentan un contenido constitucionalmente protegido distinto, se encuentran estrechamente vinculados en razón a su objetivo, esto es, la comunicación.

18. Ahora bien, mientras la libertad de información garantiza el acceso, la búsqueda y la difusión de hechos noticiosos o, en otros términos, de información veraz de

relevancia pública, la libertad de expresión, en cambio, garantiza que las personas puedan transmitir y difundir libremente sus ideas, pensamientos, juicios de valor u opiniones (sentencia recaída en el Expediente 0905-2001-AA/TC). Por consiguiente, al encontrarse referido a hechos o datos empíricamente constatables, el contenido del mensaje transmitido en ejercicio del derecho fundamental a la libertad de información puede ser sometido a un *test* de veracidad; mientras que ello no puede tener lugar en relación con la comunicación vertida en ejercicio de la libertad de expresión, por ser ella una llana opinión o evocación de ideas, susceptibles de ser compartidas o no, pero que no pueden ser escrutadas bajo los parámetros de la objetiva realidad.

19. El derecho a la libertad de información tutela, por una parte, al informante, garantizando tanto el derecho de transmitir la información, como el proceso de elaboración, búsqueda, selección y confección de la información que será difundida (dimensión individual). De otro lado, el ejercicio del referido derecho permite que, ante la pluralidad de fuentes de información y, eventualmente, la diversidad de los datos publicados, la sociedad que recepciona la información se aproxime a la verdad, en tanto puede contrastar los hechos que se ponen a su alcance (dimensión colectiva).

20. Por su parte, el ejercicio del derecho a la libertad de expresión no se limita a tutelar la transmisión de las ideas, pensamientos, juicios de valor u opiniones de cada persona (dimensión individual), sino que con ello se busca la creación de espacios o foros que estimulen el intercambio de ideas, de la índole que fuere, y enriquezcan el debate social sobre temas de interés público (dimensión colectiva).

21. Estas libertades informativas, por consiguiente, tienen una vertiente activa y otra pasiva. Cada persona tiene el derecho de informar y de expresarse, pero también tiene el derecho de conocer la información y las expresiones vertidas por los demás.

22. En consecuencia, ambas libertades no solo constituyen una concreción del principio de dignidad de la persona (artículo 1 de la Constitución) y un complemento inescindible del derecho al libre desarrollo de la personalidad (artículo 2, inciso 1, de la Constitución), sino que se encuentran estrechamente vinculadas con el principio democrático (artículo 43 de la Constitución). Son, pues, garantías institucionales de la democracia, ya que mediante su ejercicio se posibilita la formación de una opinión pública libre y se coadyuva al ejercicio efectivo del control ciudadano de la cosa púbica.

Instituciones públicas, funcionarios públicos, y libertades de información y de expresión

23. Las instituciones públicas y los funcionarios públicos tienen una particular y marcada obligación constitucional vinculada con el respeto y promoción de la efectiva vigencia de las libertades comunicativas, puesto que su estricto respeto es condición necesaria para la preservación de un sistema democrático en el que el ciudadano, sobre la base de la difusión de la diversa información y del diverso pensamiento, se forma, en libertad, una propia opinión, y ejerce activamente el escrutinio debido sobre el modo en que se ejercen las funciones públicas y se administra la cosa pública, en el sentido más amplio de término. Por lo demás, solo una ciudadanía informada es realmente autónoma en la formación de sus ideas y creencias, y en la toma de sus decisiones, y, consiguientemente, solo con el respeto de las libertades de información y expresión se garantiza, a su vez, la efectiva vigencia del principioderecho de dignidad humana.

24. El funcionariado público debe tener presente que incrementar las fuentes de información y disminuir los supuestos por los cuales puede restringirse el acceso a ellas permite que la colectividad se encuentre en condiciones para formar sus propias opiniones y optimiza el derecho de la ciudadanía a participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación (artículo 2, inciso 17, de la Constitución).

25. Un Estado democrático requiere la participación constante de la ciudadanía, ya sea a través de mecanismos individuales o colectivos, para asegurar el ejercicio de la función fiscalizadora que debe tener una sociedad libre respecto de sus representantes políticos, funcionarios públicos y, en general, toda actuación del Estado.

Internet, Twitter y los derechos fundamentales a las libertades de información y de expresión

26. Ahora bien, el referido principio democrático, cuya salvaguarda depende, como se ha dicho, del ejercicio efectivo de las mencionadas libertades, se ha visto afianzado con la llegada de internet. Las características particulares de internet en cuanto a su naturaleza multidireccional e interactiva, su velocidad y alcance global a un relativo bajo costo, y sus principios de diseño descentralizado y abierto permiten concluir que el acceso a internet ha adquirido un potencial inédito para la realización del derecho a buscar, recibir y difundir información, así como para trasmitir y recibir pensamientos, ideas u opiniones (cfr. *Estándares para una Internet libre, abierta e inolvidable*. Informe anual 2016 de la Relatoría Especial

para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos).

27. El Derecho, ante la inexorable evolución tecnológica, se encuentra obligado a regular los nuevos espacios en los que se desenvuelve la sociedad, como, por ejemplo, las plataformas virtuales y las redes sociales. Como ha señalado la Corte Suprema de los Estados Unidos, "a pesar de los desafíos de aplicar la Constitución a la tecnología en constante avance, los principios básicos de la libertad de expresión y de prensa (...) no varían cuando aparece un medio de comunicación nuevo y diferente" (cfr. *Brown v. Entertainment Merchants Association*, 564 U.S. 786-2011-). En efecto, aunque la realidad, inevitablemente muta, entre otras razones, porque la ciencia y tecnología, generan nuevos espacios y nuevas formas de interacción entre los seres humanos, la axiología de los derechos fundamentales —incluyendo, desde luego, a la de las libertades de expresión e información— se mantiene firme en la procura de que se respete la dignidad de la persona humana, eso sí, bajo una perspectiva de adaptación a esas nuevas situaciones.

28. Tal como se ha mencionado *supra*, Twitter es una plataforma virtual pública de comunicación, fundamentalmente, a través de mensajes de texto, potencialmente de interacción masiva, alojada en internet. En tal sentido, sus notas características permiten sostener que, aunque con ciertas particularidades, Twitter es un medio de comunicación social.

29. Su capacidad de despliegue masivo de la acción comunicativa es de tal alcance que ha sido aprovechada por diversas entidades gubernamentales, en particular, y estatales, en general. En efecto, como es de conocimiento público, en la actualidad múltiples instituciones del Estado poseen "cuentas oficiales" de Twitter por vía de las cuales informan a la población la verificación de sucesos relacionados con el cumplimiento de las funciones que les han sido asignadas constitucional y/o legalmente, o con el desarrollo de las actividades oficiales de sus respectivos funcionarios y servidores públicos. Tampoco son pocas las ocasiones en las que son utilizadas válidamente para expresar el punto de vista institucional acerca de algún evento de relevancia pública.

30. Sumado a ello, también diversos funcionarios públicos poseen cuentas de Twitter. Muchas de esas cuentas preexistían a su designación en el cargo y, una vez que dicha designación se produce, son premunidas de la debida logística que les permite ser utilizadas para informar diversos asuntos vinculados con el ejercicio de su función, expresar una idea u opinión, o reaccionar —muchas veces en "tiempo real"— ante la verificación de un determinado evento.

31. En otras ocasiones, la institución se encarga de proveer al funcionario público de una cuenta oficial individualizada, existente solo mientras ejerce el cargo, para que sea utilizada con los mismos objetivos antes mencionados.

32. Como se aprecia, en todos los casos descritos, sea que se trate de una plataforma institucional o de una plataforma individualizada en la persona de quien está ejerciendo el cargo de funcionario público, la cuenta de Twitter constituye un medio de comunicación oficial por parte del Estado, pues sirve para transmitir informaciones u opiniones por parte de entidades estatales o personas cuyo ejercicio de funciones se encuentra al servicio de la ciudadanía y de la optimización, en definitiva, de sus derechos fundamentales.

33. Nótese que, a la luz de lo expuesto, una cuenta de Twitter puede ser oficial —es decir un medio de comunicación a través del cual el Estado se comunica con la ciudadanía—, tanto por su origen corno por su uso. Es decir, es perfectamente posible que una cuenta personal que se activó cuando una concreta persona no era funcionario público sobrevenga en oficial en razón del uso que la misma persona le da una vez asumido el cargo y mientras este dure, comúnmente, aunque no necesariamente, con el respaldo logístico de la institución pública que representa. En cualquiera de estos supuestos nos encontramos ante una cuenta oficial estatal de Twitter. Dicha cuenta dejará de ser oficial una vez que la persona deje de representar a la institución, es decir, cuando culmine su función en el cargo.

34. Ahora bien, corresponde interrogarse si resulta constitucionalmente válido bloquear a una persona —es decir, impedirle acceder al conocimiento de los mensajes y respectiva interacción comunicativa— en una cuenta oficial estatal de Twitter (sea por su origen o por su uso), sin expresar razón constitucionalmente justificada.

35. Consideramos que, a menos que se aduzcan expresamente razones constitucionalmente justificadas, una institución estatal o un funcionario público se encuentran constitucionalmente impedidos de bloquear a una persona en una cuenta de Twitter que, con prescindencia de las condiciones existentes cuando se activó, inequívocamente es utilizada, parcial o totalmente, para transmitir información vinculada con las funciones públicas que les han sido constitucional o normativamente asignadas, o para comunicar ideas u opiniones. Hacerlo, dados los criterios antes reseñados, constituye una palmaria violación de los derechos fundamentales a las libertades de información y de expresión, reconocidos en el artículo 2, inciso 4, de la Constitución.

36. Ahora bien, como ha quedado dicho, lo expuesto no debe ser interpretado en el sentido de que, excepcionalmente, no puedan existir razones constitucional-

mente justificadas para que dicho bloqueo se produzca. Tales razones deben estar respaldadas en los muy excepcionales límites que cabe establecer, en una sociedad democrática, al ejercicio de las libertades de información y de expresión.

37. Desde luego, la validez del establecimiento de un límite a las libertades de información y de expresión no es una cuestión que pueda ser zanjada en abstracto, sino un tópico que debe ser analizado concienzudamente caso por caso. En líneas generales, siguiendo lo estipulado en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tales excepcionales límites pueden encontrar respaldo en la protección de los derechos fundamentales al honor y buena reputación, e intimidad, así como en la protección de la seguridad nacional y el orden público, además de la búsqueda de evitar toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso, o de cualquier otra índole, que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas.

38. Así, a manera de ejemplo, se encontraría justificado el bloqueo, cuando menos provisional, de una persona que haya proferido frases manifiestamente vejatorias, insultos o ultrajes. Las expresiones de esta última clase no son dicciones que se encuentren tuteladas por las libertades comunicativas, sino comportamientos que se encuentran extramuros de su ámbito constitucionalmente protegido.

39. En todo caso, se encuentra constitucionalmente prohibido que un funcionario público bloqueé a una persona en una cuenta de Twitter que el Estado usa para comunicarse oficialmente, sin expresar causa de ninguna índole, es decir, como una llana y libérrima manifestación de voluntad. Si algo caracteriza al derecho del Estado constitucional es que ningún trato al ser humano proveniente del poder público puede válidamente encontrarse privado de razones. Ello supondría tratarlo como un objeto o, si se quiere, como un simple medio y no como un fin en sí mismo, violando su dignidad. De esta manera, si arbitrariedad es sinónimo de acto amparado en la simple voluntad o exento de razones justificadas, tomarse en serio el artículo 1 de la Constitución ("La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado") conlleva tomarse en serio la interdicción de aquella.

40. Tampoco, por cierto, cabe que dicho bloqueo se produzca por el solo hecho de que, desde la subjetividad del funcionario público, las intervenciones de una persona le resulten incómodas, ofensivas o se encuentre en desacuerdo con ellas. Tal como ha señalado la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos para el Segundo Circuito, en un caso análogo al presente, la libertad de expresión "no

permite que un funcionario público, que utiliza una cuenta de redes sociales para todo tipo de propósitos oficiales, excluya a las personas porque expresen opiniones con las que el funcionario no esté de acuerdo" (cfr. Caso Knight First Amendment Institute, et al v. Donald J. Trump, et al., Caso 18-1691 del 9 de julio de 2019).

41. El que una ncreta persona se sienta ofendida por el contenido de un mensaje en modo alguno puede ser razón suficiente para censurarlo. Si así fuera, el contenido esencial l derecho a la libertad de expresión se vería mellado, impidiéndose la difusión de ideas plurales contribuyentes a la formación de una opinión pública libre de una sociedad democrática. Es el contenido objetivo del mensaje y su contexto los que deben servir de parámetro para medir la validez constitucional de su difusión, no así la llana subjetividad de una persona o un colectivo, cuestiones que, desde luego, deben ser evaluadas escrupulosamente caso por caso.

Análisis del caso

42. Del análisis de autos, un primer hecho que se encuentra acreditado es que don Pedro Cateriano Bellido, mientras ejercía el cargo de presidente del Consejo de Ministros, bloqueó al recurrente en su cuenta de Twitter, según se aprecia del documento que contiene la captura de pantalla obrante a fojas 3. Ello no solamente no ha sido contradicho, sino que ha sido aceptado por la parte demandada.

43. En segundo lugar, también está probado que, con prescindencia de si en el momento en que se creó y activó la referida cuenta don Pedro Cateriano ejercía o no un cargo público, cuando procedió al bloqueo del demandante dicha cuenta era usada para transmitir información y difundir opiniones relacionadas con el ejercicio del cargo. En efecto, tal como queda acreditado con documentación que obra en el cuadernillo del Tribunal Constitucional, la cuenta era utilizada, por ejemplo, para trasmitir mensajes con el siguiente contenido:

> "Hemos solicitado a @ocdeenespanol ser Estado participante en el comité de gobernanza pública. Nuestra meta es ser país miembro en 2021" (cfr. https://twitter.com/PCaterianoB/status/745974810115776512)
>
> "Rechazo a título individual los insultos del Pdte Maduro al Secretario General de la OEA @Almagro_OEA2015" (cfr. https://twitter.com/PCaterianoB/status/745974810115776512)
>
> "Hoy sostuve en la @pcmperu una reunión con los Vicepresidentes electos, para ver temas del cambio de gobierno" (cfr. https://twitter.corn/PCaterianoB/status/754114963833229313).

En consecuencia, dado el uso que se le brindaba, está probado que, en el momento en que se produjo el bloqueo, la cuenta de Twitter era una cuenta oficial del Estado, es decir, un medio de comunicación a través del cual el Estado se comunicaba con la ciudadanía por vía del actuar de uno de sus funcionarios públicos. Tal como ha señalado la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos para el Segundo Circuito, bajo esas condiciones, nos encontrarnos ante un foro público: "La cuenta se abrió intencionalmente para la discusión pública cuando el Presidente, al asumir el cargo, usó la cuenta repetidamente como un vehículo oficial para el gobierno e hizo accesibles sus funciones interactivas al público sin limitación: Sostenemos que esta conducta creó un foro público" (cfr. Caso *Knight First Amendment Institute, et al v. Donald J. Trump, et al, doc it.).*

44. También se encuentra acreditado que el bloqueo del recurrente en la cuenta del entonces presidente del Consejo de Ministros se produjo como un llano acto de voluntad, es decir, sin mediar razón de ninguna índole, menos aún una razón constitucionalmente justificada. En efecto, a lo largo del proceso en ningún momento se ha puesto en tela de juicio la validez constitucional del contenido de los mensajes a través de los cuales el recurrente interactuaba en la plataforma virtual.

45. Corresponde, en todo caso, tener presente que los funcionarios públicos se encuentran permanentemente expuestos a la legítima y necesaria crítica por parte de la ciudadanía, como mecanismo que permite el establecimiento de un debate social acerca de los asuntos públicos, contribuyente a la evaluación y cada vez mejor ejercicio del "servicio a la Nación" al cual se encuentran orientadas todas sus competencias y atribuciones (artículo 49 de la Constitución).

46. A mayor abundamiento, es del caso señalar que, habiéndose tratado del presidente del Consejo de Ministros, la lesión a las libertades de información y expresión que representa el bloqueo en la cuenta de Twitter sin ninguna motivación constitucional expresa, se hace aún más palmaria, puesto que aquel, después del presidente de la República, es "el portavoz autorizado del gobierno" (artículo 123, inciso 1, de la Constitución), el "responsable de la coordinación de las políticas nacionales y sectoriales del Poder Ejecutivo", y quien " [c]oordina las relaciones con los demás Poderes del Estado, los organismos constitucionales, gobiernos regionales, gobiernos locales y la sociedad civil" (artículo 17 de la Ley 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo). El presidente del Consejo de Ministros tiene, pues, una obligación constitucional de singular importancia relacionada con la generación de una opinión pública libre en la sociedad democrática peruana.

47. A la luz de cuanto se ha expuesto, corresponde concluir que cuando el presidente del Consejo de Ministros, sin mediar motivación constitucional expresa alguna, bloqueó al recurrente en una cuenta de Twitter que era utilizada para transmitir información acerca del ejercicio de sus funciones y difundir opiniones en ejercicio de su cargo, violó los derechos fundamentales a las libertades de información y de expresión. Así debe declararse.

Por estos fundamentos, estimamos que corresponde declarar **FUNDADA** la demanda de amparo, al haberse acreditado la vulneración de los derechos fundamentales a las libertades de información y de expresión, reconocidas en el artículo 2, inciso 4, de la Constitución Política del Perú; y, **ORDENAR** a la Presidencia del Consejo de Ministros que adopte las medidas necesarias para que ninguna persona, a menos que medie razón constitucional expresa debidamente justificada, sea bloqueada en una cuenta oficial estatal de Twitter, es decir, una cuenta que sea utilizada por instituciones públicas o por funcionarios públicos para que el Estado se comunique con la ciudadanía

Publíquese y notifíquese.

SS.

MIRANDA CANALES
LEDESMA NARVÁEZ

EXP. N.º 05410-2015-PA/TC
AREQUIPA
SOCIEDAD MINERA CERRO VERDE S.A.A. – SMCV Representado(a) por MILUSKA MARIANELA CERVANTES CORNEJO – APODERADA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 15 días del mes de agosto de 2019, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Blume Fortini, 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 Miranda Canales y Espinosa-Saldaña Barrera, y los votos singulares de los magistrados Blume Fortini y Sardón de Taboada, que se agregan. Se deja constancia de que el magistrado Ferrero Costa solicitó su abstención para conocer del presente caso, pedido que fue aceptado por el Pleno con fecha 21 de marzo de 2019.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por Sociedad Minera Cerro Verde S. A. A. contra la resolución de fojas 1070, de fecha 6 de julio de 2015, expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, que declaró fundada la excepción de incompetencia, en consecuencia, declaró nulo e insubsistente lo actuado y concluido el proceso.

ANTECEDENTES

Demanda

Con fecha 18 de marzo de 2014, Sociedad Minera Cerro Verde S. A. A interpone demanda de amparo contra la Presidencia del Consejo de Ministros (PCM), el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), el Ministerio de Energía y Minas (Minen), el Ministerio del Ambiente y el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA). Solicita la inaplicación del Decreto Supremo 130-2013-PCM y, subsecuentemente, se ordene la devolución de todos los aportes que, a la fecha de ejecución de sentencia, hubiese pagado, más los intereses legales. Exige también que las emplazadas

se abstengan de realizar cualquier acto o medida destinada a hacer efectivo el cobro de los aportes por regulación y la inaplicación de toda norma infralegal o acto administrativo emitido para la aplicación, ejecución y fiscalización del cuestionado decreto supremo.

Manifiesta que dicho dispositivo vulnera los principios de no confiscatoriedad. legalidad y reserva de ley, preceptuados en el artículo 74 de la Constitución Política, pues se ha creado una obligación de naturaleza tributaria (contribución) a través de una norma de rango reglamentario y no legal. Además, la norma que da sustento a la promulgación del cuestionado decreto supremo es la Ley 29951, del Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013, norma que se limita a señalar que las actividades de supervisión y fiscalización ambiental se financiarán con el aporte por 'regulación que se abonará a Osinergmin, pero de ningún modo se aprueba la creación de un tributo de manera independiente para el OEFA, órgano que además no ostenta la naturaleza de organismo regulador. Adicionalmente, refiere que la Constitución prohíbe expresamente que las normas del presupuesto regulen materia tributaria, lo que convierte en inconstitucional la creación del nuevo aporte por regulación sustentado en la Ley 29951. Del mismo modo respecto de la Ley 30011, que modificó la Ley 29325, del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, norma que tampoco convalida la creación del citado aporte.

Contestaciones a la demanda

Ministerio de Energía y Minas

Con fecha 14 de julio de 2014, la Procuradora Pública del Ministerio de Energía y Minas se apersona al proceso y contesta la demanda solicitando que sea declarada improcedente o infundada. Señala que lo único que fue determinado por norma reglamentaria, esto es, por el cuestionado decreto supremo, es el monto de la contribución y que el aporte por regulación ha sido creado por la Ley 27332, Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, con el fin de financiar las funciones de los organismos reguladores, entre ellos, Osinergmin. Arguye además que mediante la Ley 29951, del Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013, se amplió el elemento subjetivo (sujeto pasivo) de la obligación tributaria al OEFA, al disponer que las funciones de fiscalización ambiental desarrolladas por OEFA se financiarán con el aporte por regulación. Este hecho fue ratificado por a Tercera Disposición Complementaria Final de Ley 30011, que modificó la Ley 29325, del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental.

De otro lado, manifiesta que con relación a la presunta vulneración del principio de no confiscatoriedad, la imposición del porcentaje por concepto de aporte por regu-

lación ha sido establecido de acuerdo al límite legal máximo permitido por la Ley 27332, esto es, el 1% de la facturación anual de las empresas mineras, habiéndose fijado en el referido dispositivo legal cuestionado el 0.15% para el año 2014, por lo cual, se cumple con los parámetros legales y constitucionales. Finalmente señala que mientras que el aporte por regulación se abona para financiar las acciones de fiscalización ambiental del OEFA, es decir, las labores de evaluación, supervisión, fiscalización y sanción, así como las acciones transversales; el arancel por fiscalización minera comprende únicamente los costos vinculados a cada supervisión realizada (supervisión de campo), relacionada con la financiación de una actividad concreta de fiscalización ambiental.

Presidencia del Consejo de Ministros

Con fecha 15 de julio de 2014, el procurador público de la Presidencia del Consejo de Ministros se apersona al proceso, deduce las excepciones de incompetencia, falta de legitimidad para obrar del demandante y falta de agotamiento de la vía previa y contesta la demanda solicitando que sea declarada improcedente o infundada. Señala que mediante el Decreto Supremo 130-2013-PCM no se ha creado ningún tributo nuevo, únicamente ha precisado que el acreedor del aporte por regulación es el OEFA y que se ha convalidado mediante tal imposición un tributo ya existente en la Ley 27332, Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, cuyo artículo 10 es la disposición que creó el referido tributo desde el año 2000.

Agrega que la referida convalidación se dio a través de la Cuadragésima Octava Disposición Complementaria Final de la Ley 29951, del Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013 y la Tercera Disposición Complementaria Final de la Ley 30011, que modificó la Ley 29325, del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental.

Ministerio del Ambiente

Con fecha 16 de julio de 2014, el procurador público del Ministerio del Ambiente se apersona al proceso, deduce las excepciones de falta de agotamiento de la vía administrativa y de incompetencia por razón de la materia y contesta la demanda solicitando que sea declarada improcedente o infundada. Señala que la empresa demandante parte de la premisa errada de considerar al Decreto Supremo 130-2013-PCM como una norma de creación del aporte por regulación en favor del OEFA, a cargo de las empresas del sector minería. Ello en la medida en que dicho tributo ha sido establecido en estricto cumplimiento del marco legal vigente y que el *quantum* de la obligación responde a aspectos técnicos calculados sobre la base de un esquema de supervisión efectiva que racionaliza el esfuerzo fiscalizador que asume el OEFA.

Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA

Con fechas 16 y 17 de julio de 2014, mediante escrito de contestación y ampliación de escrito de contestación, respectivamente, la procuradora pública del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental se apersona al proceso, deduce las excepciones de falta de agotamiento de la vía administrativa y litispendencia y contesta la demanda solicitando que sea declarada improcedente o infundada. Señala que el cuestionado decreto supremo no es una norma autoaplicativa, por lo que no corresponde exigir su inaplicación ante la vía del amparo contra normas legales. Manifiesta además que el aporte por regulación no tiene la misma naturaleza jurídica que el arancel de fiscalización minera, por cuanto la primera es una contribución que se abona para financiar las acciones de fiscalización ambiental, mientras que el segundo comprende costos vinculados a cada supervisión realizada (supervisión de campo). Agrega que no es cierto que se haya dispuesto alguna transferencia de recursos de parte de Osinergmin en favor del OEFA, lo que ha ocurrido es que la Ley 29952 le ha reconocido a este último la calidad de acreedor tributario.

Arguye además que los elementos esenciales del aporte por regulación están establecidos en la Ley 27332, norma que crea el aporte por regulación de los organismos reguladores de servicios públicos y que la alícuota del aporte establecido para el sector minería fue determinado bajo criterios de razonabilidad y por tanto, no resulta confiscatorio.

Ministerio de Economía y Finanzas

Con fecha 21 de julio de 2014, el procurador público adjunto a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Economía y Finanzas se apersona al proceso, deduce las excepciones de falta de legitimidad pasiva del demandado y oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda y contesta la demanda solicitando que sea declarada improcedente o infundada. Señala que los recursos provenientes del aporte por regulación que corresponden al OEFA servirán para el fortalecimiento de las áreas que constituyen la columna vertebral de la fiscalización ambiental: la Dirección de Evaluación, la Dirección de Supervisión, la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos, así como el Tribunal de Fiscalización Ambiental y que el cálculo de los porcentajes de aporte por regulación que se aplicará al sector minería para los años 2014, 2015 y 2016 han sido realizados de manera técnica, legal, rigurosa y razonable, a fin de que dichos porcentajes cubran los costos derivados de la implementación de las líneas de fortalecimiento y crecimiento del OEFA.

Agrega que el cuestionado decreto supremo únicamente ha regulado el porcentaje específico de la contribución denominada aporte por regulación del OEFA, respe-

tando los parámetros establecidos en el artículo 10 de la Ley 27332, como norma de remisión, con lo cual no resulta confiscatorio.

Sentencia de primera instancia o grado

El Noveno Juzgado Especializado en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa mediante la Resolución 20, de fecha 6 de enero de 2015, declaró fundada la excepción de incompetencia, nulo e insubsistente lo actuado y concluido el proceso pues, a su juicio, lo que realmente se pretende a través del presente proceso es un control abstracto de la normativa impugnada, misma que puede ser recabada a través de una demanda de acción popular, en tal sentido, se declaró incompetente para conocer la demanda de conformidad con lo señalado en el artículo 85 del Código Procesal Constitucional.

Sentencia de segunda instancia o grado

La Sala revisora confirmó la recurrida por los mismos fundamentos. Además porque la norma cuestionada resulta ser una norma heteroaplicativa al estar condicionada a la emisión de disposiciones reglamentarias para la mejor aplicación y cobranza de los aporte por regulación en favor del OEFA.

FUNDAMENTOS

Cuestión previa

1. El objeto de la presente demanda es la inaplicación del Decreto Supremo 130-2013-PCM, que establece disposiciones referidas al aporte por regulación del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA, a cargo de las empresas del sector minería. Ahora bien, como cuestión previa y tratándose de un amparo contra norma, corresponde analizar si el citado decreto reviste carácter autoaplicativo, toda vez que, únicamente en ese caso, este Tribunal Constitucional podrá ingresar a analizar el fondo de la controversia. Con relación a este punto, es preciso señalar que, conforme al artículo 3 del Código Procesal Constitucional, "son normas autoaplicativas, aquellas cuya aplicabilidad, una vez que han entrado en vigencia, resulta inmediata e incondicionada".

2. De otro lado, ya este Tribunal se pronunció respecto de la naturaleza de las normas tributarias. Así señaló que "las normas tributarias son del tipo autoaplicativas, pues en la medida que el demandante sea sujeto pasivo del tributo y se configure en su caso el hecho imponible de la norma, la misma ya le es exigible, es decir, ya se encuentra obligado al pago sin esperar que la administración desemboque su actuación administrativa para ejercer la cobranza de la deuda (...)"

(sentencia recaída en el Expediente 02302-2003-PA/TC, F. J. 9).

3. En el presente caso, se advierte que la norma cuestionada ostenta naturaleza autoaplicativa, no solo porque su naturaleza de norma tributaria hace que ello sea así, sino porque además desplegó sus efectos inmediatamente, pues la parte demandante, desde enero de 2014, empezó a efectuar el pago por concepto de aporte por regulación en favor del OEFA conforme se advierte de la declaración jurada del aporte por regulación de enero de 2014 (f. 139) y de la constancia de pago por servicio de recaudación (f. 140), además el recurrente ha señalado en su recurso de agravio constitucional que efectuó el pago por cada uno de los meses del año 2014 (enero a diciembre). En efecto, dicha norma ya le era exigible a las empresas del sector minería para el periodo anual 2014, desde enero de dicho año. Además, no requirió de algún acto posterior de aplicación que la condicione.

4. De otro lado y con relación a que el proceso que corresponde es el de una demanda de acción popular y no el amparo contra normas, en tanto que lo que se cuestiona es la norma en abstracto, ya este Tribunal ha conocido y se ha pronunciado en diversos casos en los que, a través de una demanda de amparo contra normas tributarias, se ha exigido la inaplicación de éstas, sin que haya reconocido que la vía pertinente es un proceso de control de la constitucionalidad de las normas, sean legales o infralegales. Ello es así en la medida en que, como en el presente caso, se ha solicitado la inaplicación de la norma cuestionada al caso concreto. Del mismo modo, los hechos propuestos en la demanda inciden en la presunta violación del principio de no confiscatoriedad y el derecho a la propiedad de la parte recurrente, con lo cual, corresponde su análisis mediante la tutela diferenciada del proceso de amparo.

Delimitación del petitorio de la demanda

5. La demanda tiene por objeto la inaplicación del Decreto Supremo 130-2013-PCM, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 19 de diciembre de 2013. Ahora bien, al tratarse de una norma de naturaleza tributaria, corresponde verificar si dicha normativa vulnera los principios de reserva de ley, de legalidad y de no confiscatoriedad y subsecuentemente, el derecho a la propiedad, tal y como alega la recurrente en su demanda.

6. A su vez, mediante escrito de fecha 27 de marzo de 2017 (Cuadernillo de este Tribunal), solicita la adecuación del petitorio de su demanda y solicita que adicionalmente la inaplicación del Decreto Supremo 097-2016-PCM, a través del cual se aprueban las alícuotas que, por aporte por regulación, cobrará el OEFA a

los titulares mineros y que para los años 2017, 2018 y 2019 ascenderá al 0.11%. En tal sentido, habiéndose alegado que dicho decreto supremo supone una vulneración continuada de los alegados principios constitucionales, corresponde incorporarla en su pretensión.

Análisis del caso concreto

§ **Con relación a la presunta vulneración del principio de reserva de ley en materia tributaria**

7. La reserva de ley en materia tributaria es un principio básico contenido expresamente en el 74 de la Constitución. Este establece, en lo pertinente, lo siguiente:

> Los tributos se crean, modifican o derogan, o se establece una exoneración, exclusivamente por ley o decreto legislativo en caso de delegación de facultades, salvo los aranceles y tasas, los cuales se regulan mediante decreto supremo.
>
> […]
>
> El Estado, al ejercer la potestad tributaria, debe respetar los principios de reserva de la ley, y los de igualdad y respeto de los derechos fundamentales de la persona. Ningún tributo puede tener carácter confiscatorio [...]"

8. Similar posición se puede advertir de lo normado en la IV disposición del título preliminar del Código Tributario, cláusula que, además, regula los alcances de la reserva tributaria, estableciendo los elementos esenciales del tributo, a saber: *(i)* el hecho generador de la obligación tributaria, *(ii)* la base para su cálculo y la alícuota, *(iii)* el acreedor tributario, *(iv)* el deudor tributario y *(v)* el agente de retención o percepción.

9. De este modo, y bajo la premisa básica de que los tributos únicamente se crean por ley o por decreto legislativo en caso de delegación de facultades, corresponde determinar si el Decreto Supremo 130-2013-PCM ha creado un nuevo tributo denominado aporte por regulación en favor del OEFA distinto al creado por el artículo 10 de la Ley 27332, Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, o si dicho decreto únicamente ha regulado los alcances de esta última norma, con lo cual no existiría vulneración alguna del principio de reserva de ley en materia tributaria.

10. Al respecto, la parte demandante manifiesta que no existe norma con rango de ley que genere el aporte por regulación a favor del OEFA, y que, a través de una

norma reglamentaria, se ha creado dicho tributo. En el mismo sentido, arguye que la norma con rango de ley que sirve de sustento para la promulgación del Decreto Supremo 130-2013-PCM, es la Ley 29951, del Presupuesto del Sector Público para el año Fiscal 2013 y que siendo una norma presupuestaria está prohibida de contener materia tributaria.

11. Para un mejor análisis de lo que aquí se discute resulta pertinente detallar las normas vinculadas al aporte por regulación (en adelante, "APR"). Así, es la Ley 27332, Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 29 de julio del año 2000, la norma que crea y da origen a la figura del APR, estableciendo en su artículo 10 lo siguiente:

> Los Organismos Reguladores recaudarán de las empresas y entidades bajo su ámbito, un aporte por regulación, el cual no podrá exceder del I% (uno por ciento) del valor de la facturación anual, deducido el Impuesto General a las Ventas y el Impuesto de Promoción Municipal, de las empresas bajo su ámbito. Este aporte será fijado, en cada caso, mediante decreto supremo aprobado por el Consejo de Ministros, refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y el Ministro de Economía y Finanzas.

12. Por su parte, la Cuadragésima Octava Disposición Complementaria Final de la Ley 29951, Ley del Presupuesto del Sector Público para el año Fiscal 2013, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 4 de diciembre de 2012, estableció lo siguiente:

> A partir de la vigencia de la presente ley, las funciones de supervisión y fiscalización en materia ambiental, relacionadas a las actividades de energía y minería que desarrolla el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) se financian con cargo al aporte por regulación a que se refiere el artículo 10 de la Ley 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, que financia las actividades de supervisión y fiscalización del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (Osinergmin).
>
> Para tal efecto, mediante decreto supremo refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros, el Ministro del Ambiente y el Ministro de Energía y Minas, se determina el porcentaje que corresponde al Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) del aporte por regulación al que se refiere el párrafo precedente, constituyendo dichos recursos ingresos propios de esta entidad, los cuales serán incorporados al presupuesto insti-

tucional del OEFA conforme al artículo 42 de la Ley 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, en la fuente de financiamiento Recursos Directamente Recaudados.

13. La Tercera Disposición Complementaria Final de la Ley 30011, que modifica la Ley 29325 del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 16 de abril de 2013, establece que:

> Las funciones de fiscalización en materia ambiental relacionadas con las actividades de energía y minería que desarrolla el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) se financian con cargo al aporte por regulación establecido en la cuadragésima octava disposición complementaria final de la Ley 29951, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013. Dichos recursos constituyen ingresos propios de esta entidad, los cuales son incorporados al presupuesto institucional del OEFA conforme al artículo 42 de la Ley 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, en la fuente de financiamiento Recursos Directamente Recaudados.

14. La Ley 30115, de Equilibrio Financiero del Presupuesto del Sector Público para el Año 2014, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 2 de diciembre de 2013, en su sexta disposición complementaria final estableció lo siguiente:

> Autorízase, de manera excepcional, al Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), la utilización de recursos provenientes del aporte a que se refiere la cuadragésima octava disposición complementaria final de la Ley 29951, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013, y la tercera disposición complementaria final de la Ley 30011, Ley que modifica la Ley 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, para financiar actividades de sostenimiento institucional durante el Año Fiscal 2014.
>
> Asimismo, autorízase al OEFA, durante el Año Fiscal 2014, a efectuar transferencias financieras a favor del Ministerio del Ambiente y sus organismos adscritos, con cargo a la fuente de financiamiento recursos directamente recaudados, mediante resolución del titular del pliego, para la continuidad de la gestión ambiental y de la conservación del ambiente, propiciando el uso sostenible de los recursos naturales, la diversidad biológica, las áreas naturales protegidas, el desarrollo sostenible de la Amazonía, y otras acciones de carácter ambiental propias del Ministerio del Ambiente y sus organismos adscritos.

15. En el mismo sentido, la Octava Disposición Complementaria de la Ley 30282, de Equilibrio Financiero del Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2015, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 4 de diciembre de 2014, dispuso lo siguiente:

> Precísese que el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) es acreedor tributario del Aporte por Regulación a que se refiere el artículo 10 de la Ley 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, por parte de los sectores energía y minería que se encuentran bajo su ámbito de competencia.
>
> El porcentaje del aporte que le corresponde al OEFA, sumado al porcentaje del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (OSINERGMIN) y; en su caso, a la contribución que percibe el Ministerio de Energía y Minas, no puede exceder el 1% (uno por ciento) del valor de la facturación anual de las empresas y entidades obligadas a su pago, deducido el Impuesto General a las Ventas y el Impuesto de Promoción Municipal.
>
> 942
>
> Mediante decreto supremo refrendado por el presidente del Consejo de Ministros, el ministro de Ambiente, el ministro de Energía y Minas y el ministro de Economía y Finanzas, se determina el porcentaje del Aporte por Regulación que corresponde al Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA). Dicho aporte constituye un ingreso propio de esta entidad, el cual será incorporado en su presupuesto institucional conforme al artículo 42 de la Ley 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, en la fuente de financiamiento Recursos Directamente Recaudados.

16. Del contenido de las disposiciones antes expuestas, se advierte que ellas no hacen otra cosa que precisar los alcances de la Ley que da origen al aporte por regulación, Ley 27332, determinando de manera concreta el acreedor tributario, pues todas ellas coinciden en señalar que el OEFA es el acreedor tributario del APR con el objeto de financiar sus actividades institucionales, entre ellas, las de supervisión y fiscalización minera. En efecto, mientras que la Ley 27332 estableció como parámetro general a los organismos reguladores como recaudadores del alegado tributo, las normas que se han detallado, han precisado al acreedor tributario considerando las funciones desempeñadas por el OEFA.

17. De otro lado, claramente se desprende de las aludidas normas y de la misma Ley 27332, la remisión para que la Presidencia del Consejo de Ministros con-

juntamente con otras carteras ministeriales, a través de una norma infralegal (reglamentaria), precisen y fijen los montos de aporte por regulación que serán objeto de cobro, con el tope del 1% del valor de la facturación anual deducido el Impuesto General a las Ventas y el Impuesto de Promoción Municipal, hecho que finalmente se materializó a través del Decreto Supremo 130-2013-PCM, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 19 de diciembre de 2013 que estableció lo siguiente:

> Artículo 1.- Aportes de las empresas del sector minería
>
> 1.1 El porcentaje del Aporte por Regulación que corresponde al Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA será de cargo de las siguientes empresas del sector minería:

Sector	Sujetos Obligados
Minería	Los titulares de las actividades de Gran y Mediana Minería.

> 1.2 El Aporte por Regulación que corresponde al Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA para los años 2014, 2015 y 2016; de cargo de las empresas del sector minería mencionadas en el Numeral 1.1 precedente, será calculado sobre su facturación mensual, deducido el impuesto General a las Ventas y el Impuesto de Promoción Municipal, de acuerdo al siguiente porcentaje:

Año	Porcentaje OEFA
2014	0,15
2015	0,15
2016	0,13

18. Pese que la recurrente se encuentra cuestionando concretamente el citado decreto supremo y solicita como pretensión principal la inaplicación de aquel; no obstante, de los fundamentos fácticos de su escrito de demanda se desprende que también estaría cuestionando las normas dictadas previamente al referido decreto y emitidas con posterioridad a la Ley 27332, en el sentido de que aquellas son las que, en principio, incluyen como sujeto acreedor del tributo APR al OEFA —el mismo que tampoco tendría, conforme indica la recurrente, la naturaleza de organismo regulador, pues "no tiene por finalidad solucionar las fallas de cierto sector del mercado ni regular la prestación de servicios públicos"— al

establecer que "las actividades de supervisión y fiscalización ambiental de dicha entidad se financiarán con el aporte por regulación que se abona a Osinergmin".

19. Ahora bien, sea que se cuestionen dichas normas o el decreto supremo 130-2013-PCM, lo cierto es que lo que se alega es que no existe ley alguna que autorice al OEFA a cobrar directamente los montos recaudados por concepto de aporte por regulación, lo cual resulta un contrasentido en la argumentación de la demandante, pues ella misma reconoce que son las leyes 29951 y 30011 las que dan sustento para que el citado decreto supremo fije el aporte en favor del OEFA.

20. En la misma línea de argumentación, si bien no resulta constitucional que a través de las leyes de presupuesto se puedan generar tributos, razón por la cual la recurrente cuestiona que la Ley de Presupuesto del Sector Público para el año Fiscal 2013, Ley 29951, incluya al OEFA como acreedor tributario del APR, se ha hecho alusión a otra norma con rango legal y no presupuestaria que coincide en señalar que corresponde al OEFA el pago por concepto de aporte por regulación (la Ley 30011).

21. Con relación a la calidad del OEFA como acreedor tributario del APR, la Ley 27332 estableció que serán los organismos reguladores los recaudadores de dicho tributo, siendo éstos señalados de manera explícita en dicha normativa en tanto que considera únicamente a cuatro organismos a saber, el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (Osiptel), el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía (Osinerg), el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (Ositran) y la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento (Sunnass).

22. Así, en principio, correspondió a Osinerg ser el organismo regulador encargado de la supervisión y fiscalización de la inversión en energía. No obstante, de conformidad con el artículo 4 de la Ley 29901, que precisa competencias del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (Osinergmin), se ampliaron los alcances de dichas competencias a los titulares de las actividades mineras que se encontrasen bajo supervisión y fiscalización de Osinergmin para efectos del recaudo del tributo APR:

> Articulo 4. Financiamiento de las funciones del Osinergmin en actividades mineras
>
> El aporte por regulación a que se refiere el artículo 10 de la Ley 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, alcanza a los titulares de las actividades mineras bajo el ámbito de supervisión y fiscalización del Osinergmin.

> El aporte a que se refiere el párrafo anterior no podrá exceder del 1 por ciento del valor de la facturación anual, deducido el Impuesto General a las Ventas y el Impuesto de Promoción Municipal, con el cual el Osinergmin financiará las funciones de supervisión y fiscalización de las actividades mineras bajo su ámbito. Este aporte será fijado por decreto supremo con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros, refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros, el Ministro de Energía y Minas y el Ministro de Economía y Finanzas.

23. Pero, surgen las siguientes interrogantes: desde cuándo aparece el OEFA con competencia de fiscalización ambiental en ámbitos de la actividad minera y porqué se le designa como acreedor tributario del APR. Para ello resulta pertinente también hacer alusión a las normas de su creación, competencias y facultades.

24. Mediante la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 1013, que aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente, publicada en el diario oficial El Peruano el 14 de mayo de 2008, se creó el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA)[1] "como organismo público técnico especializado, con personería jurídica de derecho público interno, constituyéndose en pliego presupuestal, adscrito al Ministerio del Ambiente y encargado de la fiscalización, la supervisión, el control y la sanción en materia ambiental que corresponde". Posteriormente, se crea el Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental a través de

1 Siendo sus funciones básicas las siguientes:
"a) Dirigir y supervisar la aplicación del régimen común de fiscalización y control ambiental y el regimen de incentivos previstos en la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente, así como fiscalizar y controlar directamente el cumplimiento de aquellas actividades que le correspondan por Ley.
b) Ejercer la potestad sancionadora en el ámbito de sus competencias, aplicando las sanciones de amonestación, multa, comiso, inmovilización, clausura o suspensión, por las infracciones que sean determinadas y de acuerdo al procedimiento que se apruebe para tal efecto, ejerciendo su potestad de ejecución coactiva, en los casos que corresponda.
c) Elaborar y aprobar el plan anual de fiscalización ambiental, así como elaborar el informe de resultados de aplicación del mismo.
d) Realizar acciones de fiscalización ambiental en el ámbito de su competencia.
e) Supervisar que las entidades competentes cumplan con las funciones de fiscalización establecidas por la legislación vigente.
f) Emitir opinión técnica sobre los casos de infracción ambiental que puedan dar lugar a la acción penal por la comisión de los delitos tipificados en la legislación pertinente.
g) Informar al Ministerio Público de aquellos hechos de naturaleza penal que conozca en el ejercicio de su función".

la Ley 29325, incorporando a éste al OEFA. Es más, mediante su artículo 6 se consagra al OEFA como el ente rector del referido sistema[2].

2 Además de las funciones asignadas al OEFA mediante el Decreto Legislativo 1013, la Ley 29325 establece como funciones generales las siguientes:

"11.1 El ejercicio de la fiscalización ambiental comprende las funciones de evaluación, supervisión, fiscalización y sanción destinadas a asegurar el cumplimiento de las obligaciones ambientales fiscalizables establecidas en la legislación ambiental, así corno de los compromisos derivados de los instrumentos de gestión ambiental y de los mandatos o disposiciones emitidos por el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), en concordancia con lo establecido en el artículo 17, conforme a lo siguiente:

a) Función evaluadora: comprende las acciones de vigilancia, monitoreo y otras similares que realiza el OEFA para asegurar el cumplimiento de las normas ambientales.

b) Función supervisora directa: comprende la facultad de realizar acciones de seguimiento y verificación con el propósito de asegurar el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la regulación ambiental por parte de los administrados. Adicionalmente, comprende la facultad de dictar medidas preventivas.

La función supervisora tiene como objetivo adicional promover la subsanación voluntaria de los presuntos incumplimientos de las obligaciones ambientales, siempre y cuando no se haya iniciado el procedimiento administrativo sancionador, se trate de una infracción subsanable y la acción u omisión no haya generado riesgo, daños al ambiente o a la salud. En estos casos, el OEFA puede disponer el archivo de la investigación correspondiente

Mediante resolución del Consejo Directivo se reglamenta lo dispuesto en el párrafo anterior.

c) Función fiscalizadora y sancionadora: comprende la facultad de investigar la comisión de posibles infracciones administrativas sancionables y la de imponer sanciones por el incumplimiento de obligaciones y compromisos derivados de los instrumentos de gestión ambiental, de las normas ambientales, compromisos ambientales de contratos de concesión y de los mandatos o disposiciones emitidos por el OEFA, en concordancia con lo establecido en el artículo 17. Adicionalmente, comprende la facultad de dictar medidas cautelares y correctivas.

11.2 El OEFA, en su calidad de ente rector del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental (SINEFA), ejerce las siguientes funciones:

a) Función normativa: comprende la facultad de dictar, en el ámbito y en materia de sus competencias, las normas que regulen el ejercicio de la fiscalización ambiental en el marco del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental (SINEFA), y otras de carácter general referidas a la verificación del cumplimiento de las obligaciones ambientales fiscalizables de los administrados a su cargo; así como aquellas necesarias para el ejercicio de la función de supervisión de entidades de fiscalización ambiental, las que son de obligatorio cumplimiento para dichas entidades en los tres niveles de gobierno.

En ejercicio de la función normativa, el OEFA es competente, entre otros, para tipificar infracciones administrativas y aprobar la escala de sanciones correspondientes, así corno los criterios de graduación de estas y los alcances de las medidas preventivas, cautelares y correctivas a ser emitidas por las instancias competentes respectivas.

b) Función supervisora de Entidades de Fiscalización Ambiental (EFA), nacional, regional o local: comprende la facultad de realizar acciones de seguimiento y verificación del desempeño

25. Ahora bien, conforme así se ha descrito, en el ámbito energético primero, y luego en el ámbito minero, las actividades de supervisión y fiscalización correspondieron originalmente al Ministerio de Energía y Minas; sin embargo, mediante la Ley 28964, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 24 de enero de 2007, se transfiere competencias de supervisión y fiscalización de actividades mineras al Osinerg (ahora Osinergmin), como organismo regulador, supervisor y fiscalizador de las actividades que desarrollan las personas jurídicas de derecho público interno o privado y las personas naturales, en los subsectores de electricidad, hidrocarburos y minería, siendo integrante del Sistema Supervisor de la Inversión en Energía compuesto por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual y el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía (artículo 1).

26. Dichas competencias de supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental fueron transferidas del Osinergmin al OEFA de conformidad con lo establecido en el Decreto Supremo 001-2010-MINAN, dando cumplimiento de este modo a lo dispuesto en la Primera Disposición Final de la Ley 29325.

27. De lo expuesto, es claro que a partir del 2010, el OEFA es el organismo público encargado de las labores de supervisión, fiscalización y sanción ambiental en materia de minería, y ya no más el Osinergmin, con lo cual, el OEFA es el encargado de solucionar las fallas y problemas que surgen o pudieran surgir de manera preventiva y posterior respecto de temas medio ambientales originados en los sectores de energía y minería. Por lo mismo, dicho organismo asumió las funciones reguladoras del Osinergmin.

28. En el mismo sentido, lo que se configura para dicho supuesto es una remisión legal perfectamente admitida. Es más, en un caso similar al presente en el que se solicitaba no solo la inaplicación del artículo 10 de la Ley 27332, sino además su norma de remisión, el Decreto Supremo 114-2001-PCM, normó que precisó el porcentaje del aporte por regulación en 0.63% a favor de Osinerg, este Tribunal, mediante sentencia recaída en el Expediente 1520-2004-PA/TC, desestimó la

---

de las funciones de fiscalización a cargo de entidades de fiscalización ambiental nacional, regional o local a las que se refiere el artículo 7.

El OEFA, en ejercicio de su función supervisora, puede establecer procedimientos para la entrega de reportes, informes técnicos y cualquier información relativa al cumplimiento de las funciones a cargo de las Entidades de Fiscalización Ambiental (EFA).

El incumplimiento de las funciones antes indicadas acarrea responsabilidad funcional, lo cual es comunicado al órgano competente del Sistema Nacional de Control."

demanda, entre otros argumentos porque consideró que la remisión para que el porcentaje del aporte sea precisado mediante decreto supremo configura "una remisión legal perfectamente admitida, pues no se trata de una habilitación en blanco al reglamento sino que se permite regular a los organismos reguladores la alícuota originalmente creada por Ley únicamente bajo los parámetros que la propia ley le confiere, es decir, sin exceder del tope del 1 %" (F. J. 4).

29. Este Tribunal ya se ha pronunciado en un caso concreto en relación con la posibilidad que los elementos de esenciales del tributo[3] puedan ser identificados en el artículo 10 de la Ley 27332, que es justamente la que crea el tributo aporte por regulación. En dicha sentencia se precisó que "los denominados aportes por regulación, recaudados a favor de los Organismos Reguladores adscritos a la Presidencia del Consejo de Ministros para el mejor cumplimiento de sus fines, son obligaciones de pago nacidas en virtud de laley, las cuales tienen naturaleza coactiva pues no media para su establecimiento la voluntad de las empresas obligadas al pago" (sentencia recaída en el Expediente 3303-2003-PA/TC, segundo párrafo del F. J. 5).

30. En consecuencia, el artículo 10 de la Ley 27332 se configura como una norma válida de remisión para que sea la Presidencia del Consejo de Ministros, conjuntamente con otros ministerios, la que precise y delimite los acreedores tributarios (organismos reguladores y organismos que fácticamente realizan actividades reguladoras) así como los porcentajes a imponerse para el pago por concepto de aporte por regulación, siempre que no supere el 1% del valor de la facturación anual de la empresa de inversión privada, por lo que se concluye que el Decreto Supremo 130-2013-PCM no crea un nuevo tributo, sino que precisa y delimita los alcances de la Ley 27332.

31. Lo señalado debe ser analizado considerando el marco institucional, jurídico, social y económico del país, pues es importante destacar que el Perú ostenta una larga trayectoria en la actividad minera, la misma que se ha constituido en un importante motor de la economía peruana. Muestra de ello es que en las últimas décadas somos testigos del avance en la actividad minera, pues nuestro país se encuentra ubicado entre los países con las mayores reservas mineras y por lo tanto, más expuesta al desenvolvimiento de la economía mundial y al interés económico de diversas empresas.

3 Creación por Ley, la obligación pecuniaria basada en el ius imperium del Estado y su carácter coactivo, pero distinto a la sanción por acto ilícito.

32. Sin embargo, es necesario encontrar un justo equilibrio entre el desarrollo económico y la protección del derecho a gozar de un ambiente sano y equilibrado, por lo que le corresponde tanto al Estado como a la Sociedad de emplear las medidas necesarias para ello. En ese sentido, debe garantizarse la provisión de los recursos adecuados a las entidades estatales a cargo de la supervisión y fiscalización de dichas actividades a fin de cumplir cabalmente con su objeto.

33. Por todo lo expuesto, es pausible afirmar que la determinación del sujeto acreedor del tributo APR en favor del OEFA está sujeta al principio de reserva de ley establecida en el artículo 74 de la Constitución.

§ Con relación a la presunta vulneración del principio de no confiscatoriedad

34. El segundo párrafo del artículo 74 de la Constitución Política del Perú establece que "ningún tributo puede tener carácter confiscatorio". Al respecto, este Tribunal ha precisado en la sentencia recaída en el Expediente 0041-2004-AI/TC que el "principio de no confiscatoriedad informa y limita el ejercicio de la potestad tributaria estatal, garantizando que la ley tributaria no pueda afectar irrazonable y desproporcionadamente la esfera patrimonial de las personas" (F. J 56).

35. Ahora bien, ya que la imposición tributaria siempre incide de alguna forma en la esfera patrimonial de los contribuyentes, el principio de no confiscatoriedad no puede estar referido a cualquier afectación del patrimonio. Como ha explicado este órgano colegiado en la sentencia recaída en el Expediente 2727-2002-AA, "se transgrede el principio de no confiscatoriedad (...) cada vez que un tributo excede del límite que razonablemente puede admitirse como justificado en un régimen en el que se ha garantizado constitucionalmente el derecho subjetivo a la propiedad y, además, ha considerado a esta institución como uno de los componentes básicos y esenciales de nuestro modelo de Constitución económica". Además, como es de esperar, tal afectación no solo debe ser alegada, sino, para que merezca tutela constitucional, "es necesario que la misma se encuentre plena y fehacientemente demostrada" (sentencia recaída en el Expediente 04227-2005-AA/TC, F. J. 26).

36. La parte demandante señala que el Decreto Supremo 130-2013-PCM, vulnera el principio de no confiscatoriedad cuando fija como único criterio del aporte por regulación un porcentaje de la facturación mensual de las empresas mineras, parámetro este último que no guarda ninguna relación ni directa ni indirecta con el costo del servicio de la actividad estatal que el aporte busca financiar. Manifiesta, además, que imponiendo el decreto supremo una contribución, esto es, un tributo vinculado, y estando a que para este tipo de tributos la base impo-

nible es la realización de una actividad estatal que beneficia de manera mediata y general al contribuyente, en el presente caso no se cumple en tanto que la cuantía de la obligación se ha fijado sin tomar en cuenta los costos del servicio o la actividad estatal financiada por el gravamen.

37. Se debe considerar que no existe norma tributaria que contemple la obligación para que los acreedores tributarios, en el caso de las contribuciones, cuenten con una estructura de los costos del servicio de la actividad estatal que el aporte busca financiar, tal y como lo exige la parte demandante. Distinta es la situación de los arbitrios municipales, en los que este Tribunal Constitucional claramente dejo establecido mediante la sentencia precitada así como en la recaída en el Expediente 00053-2004-P1/TC, que la ordenanza municipal que aprueba dichos tributos, para que cumplan con el requisito de validez, debe contar con un informe técnico anexo que contenga la determinación del costo global del servicio a prestar (limpieza de calles, serenazgo, parques y jardines) y la distribución de dicho costo global entre todos los vecinos-contribuyentes.

38. Ello es así y se justifica en atención a la naturaleza del tipo de tributo frente al cual se está y, consecuentemente, considerando el hecho generador del mismo. En efecto, conforme al Decreto Supremo 133-2013-EF, Texto Único Ordenado del Código Tributario, los arbitrios son tasas que se pagan por la prestación o mantenimiento de un servicio público en concreto. En cuanto al hecho generador del mismo, lo constituye la prestación efectiva por el Estado de un servicio público individualizado a favor del contribuyente, esto es, cada contribuyente paga, o debe pagar, por concepto de arbitrios aquella parte proporcional que le corresponde respecto del costo global del servicio público de que se trate, en cambio, la contribución es el tributo cuya obligación tiene como hecho generador beneficios derivados de la realización de obras públicas o de actividades estatales, los que pueden ser directos como indirectos.

39. Concretamente, las actividades que realiza el OEFA (acreedor tributario) recaen sobre el rubro de actividades estatales. En efecto, conforme a la Tercera Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley 29325, publicada el 05 marzo de 2009, las funciones otorgadas al MINAM, esto es, las funciones de fiscalización, supervisión, evaluación y control, así como el ejercicio de la potestad sancionadora en materia de su competencia, además de dirigir el régimen de fiscalización y control ambiental y el regimen de incentivos previsto por la Ley 28611, Ley General del Ambiente, deberán entenderse e como otorgadas al OEFA. En conclusión, el hecho generador de la obligación tributaria en el presente caso tiene su origen básicamente en las actividades de supervisión, fiscalización, evalua-

ción, control y sanción en materia ambiental que desarrolla el OEFA, esto es, las labores institucionales que realiza dicha entidad de protección ambiental y que genera beneficios no solo para sociedad en general, sino además para las mismas empresas contribuyentes del aporte por regulación, pues a través de dichas acciones se optimiza, a su vez, el funcionamiento del mercado.

40. Además, el costo de la actividad que se busca financiar incluso sería mayor si se toma en cuenta las consecuencias del impacto medio ambiental que podría producirse debido al incumplimiento de las normas que regulan la materia ambiental, tanto más si la lógica en que se inspira dicho tributo se asienta sobre la base del principio precautorio y el principio de prevención.

41. La parte recurrente aduce también que los montos cobrados a consecuencia del dispositivo cuestionado vulneran el principio de no confiscatoriedad, entre otros motivos, porque es desproporcionado y toma como base imponible un porcentaje de la facturación anual y no el valor del costo real del servicio o actividad que reciben. Para ello, señala que antes y por los mismos servicios, se cobraba el denominado Arancel de Fiscalización Minera (AFM) en un monto muchísimo menor que ahora se tributa por concepto de aporte por regulación. Al respecto conviene precisar que ambos conceptos no solo son distintos por su naturaleza, sino además por otros factores que se explicarán a continuación.

42. En efecto, el Arancel de Fiscalización Minera fue creado mediante la Resolución Ministerial 541-2001-EM-VMM, y corresponde a los montos que deben abonar los titulares de la actividad minera por las acciones de fiscalización o exámenes especiales, que realizan los fiscalizadores externos, ordenadas por la Dirección General de Minería, en la labor de fiscalización y control de la actividad minera, de conformidad con lo dispuesto en el Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, aprobado por Decreto Supremo 014-92-EM, la Ley 27474 y sus respectivos reglamentos. Conforme se advierte de las normas precitadas, dicho arancel se creó con el objeto de solventar las acciones de supervisión de campo, y para ello únicamente se paga por los honorarios del fiscalizador (por día de trabajo en el campo, por los días de viaje, y los gastos generales que comprende los pasajes aéreos, terrestres, alojamiento, alimentación, análisis de muestras y costos administrativos; todo ello en porcentajes de una Unidad Impositiva Tributaria y dependiendo de si es gran o mediana minería o pequeña minería). Mientras que el aporte por regulación es una contribución que se abona para pagar la actividad estatal que despliega el OEFA, el mismo que comprende todo un macroproceso de fiscalización ambiental que involucra labores de supervisión, fiscalización, evaluación, control y sanción en materia ambiental.

43. En síntesis, el AFM solo financia parte de una actividad concreta, esto es, labores de supervisión de campo que se realiza en el local de la empresa, en cambio el aporte por regulación financia todas las funciones a los que ha hecho referencia en el fundamento precedente, con lo cual, no existe un término de comparación válido que haga suponer que se está produciendo la confiscatoriedad cuantitativa.

44. Adicionalmente conviene precisar que, con el transcurrir de los años, el incremento de la actividad minera ha generado la necesidad de establecer, además, un aporte por regulación, esto es, fue necesario contar con este sustento a fin de que las entidades encargadas de fiscalizar las actividades mineras sean lo suficientemente sólidas para garantizar el derecho a gozar de un ambiente sano, para lo cual resulta indispensable contar con un presupuesto adecuado que permita contar con personal calificado, así como los equipos necesarios para ejecutar acciones de supervisión y fiscalización ambiental correspondientes, entre otras labores institucionales del OEFA.

45. Finalmente, se debe precisar dos cuestiones adicionales: *(i)* el aporte por regulación se calcula sobre la base de la facturación mensual de la empresa minera, deduciendo a ello el impuesto general a las ventas y el impuesto de promoción municipal, con lo cual, objetivamente pagan más quienes más facturan y quienes más facturan es porque más minerales extraen para su producción, esto es, la magnitud de los impactos generados por el desarrollo de las actividades económicas está directamente relacionada con el volumen (cantidad) de la producción y/o extracción de algún tipo de bien. En tal sentido, esta forma de cálculo garantiza la igualdad de los contribuyentes y evita la confiscatoriedad de su patrimonio. Así, el principio de igualdad tributaria, conforme lo ha manifestado este Tribunal en reiteradas oportunidades, no significa que toda riqueza deba ser gravada de la misma forma e intensidad, sino que ello debe hacerse atendiendo a circunstancias concretas, en el presente caso, se ha considerado la relación directa que hay entre el valor (ingresos facturados) y las externalidades negativas que resultan de la actividad minera; y, (11) Se ha cumplido con lo estipulado en el artículo 10 de la Ley 27332, esto es, se ha respetado el tope máximo fijado en 1.00%, toda vez que conforme a los Decretos Supremos 127, 128, 129 y 130-2013-PCM, que aprueban los aportes por regulación del sector energético y minero a favor de Osinergmin y OEFA, la suma de los cobros efectuados por dicho concepto no ha superado el tope máximo conforme se aprecia de los siguientes cuadros correspondientes a los ejercicios 2014, 2015 y 2016:

Año 2014

Sector	OEFA	Osinergmin	Minem	Total	Máximo Legal
Electricidad	0.11%	0.50%	0.35%	0.96%	1.00%
Hidrocarburos: Importación / Producción	0.12%	0.42%	-	0.54%	1.00%
Hidrocarburos: Transporte/ Distribución	0.15%	0.60%	0.25%	1.00%	1.00%
Minería	0.15%	0.21%	-	0.36%	1.00%

Año 2015

Sector	OEFA	Osinergmin	Minem	Total	Máximo Legal
Electricidad	0.11%	0.51%	0.35%	0.97%	1.00%
Hidrocarburos: Importación / Producción	0.12%	0.38%	-	0.50%	1.00%
Hidrocarburos: Transporte/ Distribución	0.15%	0.59%	0.25%	0.99%	1.00%
Minería	0.15%	0.19%	-	0.34%	1.00%

Año 2016

Sector	OEFA	Osinergmin	Minem	Total	Máximo Legal
Electricidad	0.11%	0.54%	0.35%	1.00%	1.00%
Hidrocarburos: Importación / Producción	0.12%	0.37%	-	0.49%	1.00%
Hidrocarburos: Transporte/ Distribución	0.15%	0.58%	0.25%	0.98%	1.00%
Minería	0.13%	0.16%	-	0.29%	1.00%

46. Finalmente, resulta necesario indicar que el principio de legalidad en materia tributaria se relaciona con el ejercicio de la potestad tributaria por parte del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo, por lo cual es imperativo que el mismo se encuentre sometido a la Constitución y a las leyes. En el presente caso, no habiéndose acreditado la vulneración de los principios de reserva de ley y de no confiscatoriedad, se infiere que las normas dictadas y analizadas en autos han sido dictadas con arreglo a la Constitución y a las leyes, por lo que dicho extremo resulta también infundado.

47. Por lo demás, este Tribunal observa que este mismo criterio ha sido compartido por el Poder Judicial, ya que la Corte Suprema, en distintos pronunciamientos relacionados con procesos de acción popular, ha confirmado la constitucionalidad del APR. Así, por ejemplo, en la Acción Popular Nro. 16216-2014-LIMA,

se precisó que el APR no ha sido creado mediante decretos supremos, sino a través de normas con rango de ley. También se precisó que el cobro de dicho aporte permite que el OEFA pueda realizar labores de supervisión y fiscalización en temas ambientales. Del mismo modo, la Sala Especializada en Defensa de la Competencia de INDECOPI, mediante Sentencia Nro. 64-2017/SDC, confirmó, también el cobro del APR por parte del OEFA.

48. Por lo tanto, no se encuentra acreditada la vulneración de los derechos constitucionales alegados, por lo que este Tribunal Constitucional considera que la demanda debe ser declarada infundada.

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

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la demanda de autos, porque no se ha acreditado la vulneración de los derechos alegados.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MIRANDA CANALES
RAMOS NÚÑEZ
LEDESMA NARVÁEZ
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

EXP. N.º 05410-2015-PA/TC
AREQUIPA
SOCIEDAD MINERA CERRO VERDE S.A.A.

FUNDAMENTO DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS MIRANDA CANALES Y ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Coincidimos con denegar la pretensión planteada, aunque en base a las siguientes consideraciones:

1. El Estado Constitucional tiene como elemento clave para asegurar el cumplimiento de su fin último al ejercicio limitado e institucionalizado del poder. Aquello se traduce, a nivel del poder con que se cuenta en el plano estatal, en una distribución de las diferentes cuotas de poder (competencias) entre diversos órganos u organismos. En algunos casos, eso se da en forma excluyente, y en otros, de manera compartida.

2. Este planteamiento general cuenta también con una plasmación en lo referido a tareas tan relevantes como la interpretación conforme a la Constitución y el ejercicio del control de constitucionalidad (en sus diversas manifestaciones). Todos los ordenamientos jurídicos de un Estado en particular tienen una lista de entidades a las cuales reconocen como intérpretes vinculantes de la Constitución. Ahora, ese reconocimiento no involucra asignar a todos los habilitados las mismas competencias frente a estas importantes materias. Así, pues, el constituyente peruano ha concedido al Tribunal Constitucional un pronunciamiento vinculante de cierre en varios temas. Sin embargo, ha otorgado al Poder Judicial o judicatura ordinaria las competencias de interpretación conforma a la Constitución y de declaración de inconstitucionalidad de aquellas normas de alcance general con rango inferior a la ley.

3. Es más, la Constitución peruana ha establecido un medio procesal especial y específico para que la judicatura ordinaria o Poder Judicial emita el pronunciamiento correspondiente en situaciones como las establecidas en el segundo apartado de este mismo texto. Nos estamos aquí refiriendo al Proceso de Acción Popular. Lo resuelto a través de este medio procesal, emitido por el órgano com-

petente de la judicatura ordinaria y apuntalado por una necesaria presunción de constitucionalidad, no puede ser en el Perú revisado por este nuestro Tribunal Constitucional.

4. Probablemente habrá quien pueda alegar que, en tanto y en cuento lo resuelto en una Acción Popular se encuentra recogido en una resolución emitida por el Poder Judicial o judicatura ordinaria, podrían eventualmente ser pasible de revisión mediante otro medio procesal que pueda llevar a un pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre el particular. Sin embargo, ya este mismo Tribunal Constitucional ha reconocido que la posibilidad de interponer y conseguir un Amparo contra una resolución emitida en un proceso de Acción Popular es, por decir lo menos, muy excepcional y dependiente de que se den una serie de recaudos.

5. En este escenario es que conviene tener presente que mediante la Acción Popular recogida en el expediente 16216-2014 la Sala Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República declaró infundada la demanda que pretendía cuestionar el Decreto Supremo 130-2013-PCM, con un pronunciamiento que tiene carecer erga omnes, propio de su naturaleza de control abstracto.

6. El objeto del presente amparo era el de pronunciarse por la constitucionalidad de lo previsto en el Decreto Supremo 130-2013-PCM. Mediante el cual se establece un monto a asignar en favor de OEFA en torno al denominado aporte por regulación. Aquello. Para este Tribunal, ya ha recibido un pronunciamiento sobre el contenido de la pretensión alegada, o, como comúnmente denominan algunos, acerca del fondo de la controversia. Nos guste o no, lo dispuesto en el Decreto Supremo 130-2013-PCM ya ha sido declarado constitucional por la autoridad competente para ello.

7. Si el sentido de un proceso, el contenido de la pretensión alegada, el fondo de la controversia ya ha sido definido por la autoridad competente para ello, solamente nos toca aplicar lo resuelto en ese caso para resolver lo debatido con iguales alcances. Ratificar lo ya dicho sobre "el fondo de la controversia", independientemente de si coincidimos o no de acuerdo con lo allí señalado. Y es que en aras de tutelar el Estado Constitucional no podemos dejar de lado algunos de sus principios básicos: el respeto de las competencias de quien cuenta con las funciones constitucionalmente previstas en su favor.

SS.

MIRANDA CANALES
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

EXP. N.º 05410-2015-PA/TC
AREQUIPA
SOCIEDAD MINERA CERRO VERDE S.A.A.

VOTO SINGULAR DE LOS MAGISTRADOS BLUME FORTINI Y SARDÓN DE TABOADA

Discrepamos de la sentencia de mayoría porque no se pueden crear impuestos de cualquier manera, ni siquiera con la finalidad de financiar la noble tarea de proteger el medio ambiente. El artículo 74 de la Constitución establece que:

> Los tributos se crean, modifican o derogan, o se establece una exoneración, exclusivamente por *ley* [*cursiva* añadidas].

Esta norma no ha sido respetada en este caso. El "aporte por regulación" que financia el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) fue creado por el Decreto Supremo 130-2013-PCM, el 19 de diciembre de 2013.

La sentencia de mayoría dice que el aporte por regulación para OEFA fue creado por la Ley 27332, Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, de 29 de julio de 2000. Sin embargo, cuando se dio esa ley, OEFA no existía.

El aporte por regulación de la Ley 27332 correspondía —y corresponde— a los organismos reguladores de servicios públicos, que ella enumera taxativamente: Osiptel, Osinerg, Ositrán y Sunass. La OEFA no es uno de ellos, ya que la minería no es un servicio público.

El 24 de enero de 2007, la Ley 28964 rebautizó a Osinerg como Osinergmin, encargándole la supervisión y fiscalización ambiental de la minería. El 12 de julio de 2012, la Ley 29901 precisó sus responsabilidades, al haberse creado OEFA el 4 de marzo de 2009 por Ley 29325.

Poco después, el 4 de diciembre de 2012, la Ley 29951, de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013 indicó que OEFA se financiará con cargo al aporte por regulación de Osinergmin. Hasta ahí, no había vulneración constitucional alguna.

Empero, el Decreto Supremo 130-2013-PCM estableció que OEFA se financia con un aporte por regulación *independiente* del de Osinergmin. Hoy los dos juntos no superan el 1% de la facturación de las empresas —máximo que establece la Ley 27332—, pero no están impedidos legalmente de hacerlo mañana.

El Tribunal Constitucional no puede convalidar el procedimiento solapado con el que se ha creado el impuesto mal llamado "aporte por regulación" que financia a OEFA.

Por ello, nuestro voto es por declarar FUNDADA la demanda. En consecuencia, inaplíquese a la empresa demandante el Decreto Supremo 130-2013-PCM; y ordénese al OEFA la devolución de lo aportado por ella.

SS.

BLUME FORTINI
SARDÓN DE TABOADA

EXP. N.º 01266-2017-PA/TC
LIMA
CORPORACIÓN GRÁFICA NAVARRETE SA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 24 días del mes de abril de 2019, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Blume Fortini, Miranda Canales, Sardón de Taboada, Ledesma Narváez, Espinosa-Saldaña Barrera y Ferrero Costa, pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento del magistrado Ramos Núñez, conforme al artículo 30-A del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional. Asimismo, se agrega el fundamento de voto del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por la Corporación Gráfica Navarrete SA contra la resolución de fecha 23 de agosto de 2016, de fojas 196, expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Demanda

Con fecha 12 de agosto de 2014, la demandante interpone demanda de amparo contra la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, a fin de que se declare nula la resolución de fecha 23 de setiembre de 2013 (Casación 1616-2011 Lima fojas 91), que declaró infundado el recurso de casación que interpuso contra la resolución de fecha 4 de noviembre de 2010 (Apelación) 31-2010 fojas 79), expedida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, que, en segunda instancia o grado, declaró infundada su demanda contencioso-administrativa incoada contra el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección a la Propiedad Intelectual (Indecopi), a través de la cual solicitó que se declare nula la Resolución 249-2007/TDC'-INDECOPI.

En síntesis, la actora arguye que la fundamentación de dicha resolución desconoce el ámbito constitucionalmente protegido de su derecho fundamental a la libertad de

información, pues, a su juicio, la comercialización de álbumes y cromos de los equipos de fútbol y jugadores que disputaron la Copa Mundial de Fútbol organizada por la Federación Internacional de Fútbol Asociado (FIFA) en Alemania en 2006 tiene una finalidad informativa, así como el contenido constitucionalmente protegido de sus derechos fundamentales a la libertad de empresa (puesto que dicha comercialización es una forma legítima de lucrar) y a la igualdad (dado que la divulgación de dicha información mediante diarios no constituye competencia desleal).

Por consiguiente, considera que se le ha violado su derecho fundamental al debido proceso, en su manifestación del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, así como su derecho fundamental a la libertad de información, a la libertad de empresa y a la igualdad.

Auto de primera instancia o grado

El Sétimo Juzgado Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima declaró improcedente la demanda por considerar que, en la práctica, se pretende el reexamen de lo finalmente resuelto, lo cual no es factible de realizar en la vía constitucional.

Auto de segunda instancia o grado

La Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima confirmó lo decidido en primera tancia o grado por similar fundamento.

FUNDAMENTOS

Delimitación del asunto litigioso

1. En la presente causa, el asunto controvertido radica en determinar si la fundamentación brindada por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, al sustentar la desestimación de su recurso de casación, ha desconocido el contenido constitucionalmente protegido de sus derechos fundamentales a la libertad de información, a la libertad de empresa y a la igualdad.

2. Así las cosas, este Tribunal Constitucional estima que, contrariamente a lo indicado por el *a quo* y *el ad quem*, el fundamento de su reclamo incide de manera directa en el contenido constitucionalmente protegido de su derecho fundamental al debido proceso, en su manifestación de su derecho fundamental a la motivación de las resoluciones judiciales, dado que se ha denunciado un vicio de motivación externa, al inobservarse el ámbito normativo de los derechos constitucionales mencionados en el fundamento anterior.

Necesidad de un pronunciamiento de fondo

3. No obstante lo indicado, este Tribunal Constitucional estima que corresponde emitir un pronunciamiento de fondo y no remitir los actuados al juez de primera

instancia o grado por las siguientes razones: (i) el litigio versa sobre un asunto de puro derecho; (ii) tal proceder no vulnera ninguna manifestación del derecho fundamental al debido proceso de la Procuraduría Pública del Poder Judicial; (iii) la citada procuraduría se apersonó al proceso (cfr. fojas 160); (iv) la posición de la judicatura es totalmente objetiva y se ve reflejada en la propia fundamentación utilizada en la resolución objetada (cfr. sentencia emitida en el Expediente 03864-2014-PA/TC); y, finalmente, (v) porque ni las formalidades del proceso de amparo ni los errores de apreciación en los que incurrieron jueces que los tramitan pueden justificar que la solución del problema jurídico se dilate, más aún si lo que está en entredicho es la eficacia vertical de derechos fundamentales cuya efectividad el Estado Constitucional no solamente debió respetar, sino promover.

Examen del caso en concreto

4. A criterio de este Tribunal Constitucional, la resolución cuestionada ha desarrollado, de modo suficiente, las razones por las cuales ha confirmado la posición de Indecopi de reprimir la comercialización de tales productos en virtud de las normas de competencia desleal contempladas en el Decreto Ley 26122, Ley sobre Represión de la Competencia Desleal (en vigor en aquel momento). Dicho de otro modo, la citada resolución ha cumplido con justificar por qué la represión de esa inconducta (decretada a nivel administrativo) se encuentra arreglada a ley.

5. En efecto, tal como se verifica del tenor de la referida resolución, la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República ha explicado, con suficiente amplitud, por qué entiende que la comercialización de álbumes y cromos sin contar con las respectivas licencias (propiedad intelectual), es un emprendimiento que potencialmente viola la libre y leal competencia (porque, a diferencia suya, su competidor sí tuvo que adquirirlas, asumiendo tanto el costo de transacción como el costo de las referidas licencias), por lo que ha sido correctamente reprimido.

6. En ese orden de ideas, el denunciado vicio de motivación externa carece de asidero, pues, en puridad, es la actora (y no la judicatura ordinaria) quien ha delimitado equivocadamente el ámbito normativo de los aludidos derechos fundamentales, al entender que estos son absolutos.

7. Así pues, aunque legítimamente la accionante puede lucrar con la comercialización de álbumes y cromos o con el suministro de información relativa a ese evento en virtud de su derecho fundamental a la libertad de empresa, resulta constitucionalmente legítimo que el legislador democrático le imponga el deber de exigirle actuar con corrección en el mercado (buena fe comercial) y que la Administración le sancione por concurrir ilícitamente en el mercado, al reproducir, sin las respec-

tivas licencias, imágenes susceptibles de ser intercambiadas por sus consumidores, quienes principalmente las adquieren con fines de entretenimiento y colección, dado que la información divulgada a través de dicho producto también circula en otros medios de comunicación masiva (y se actualiza en tiempo real), casi sin ninguna restricción o costo.

8. En realidad, la accionante asume, erradamente, que los derechos fundamentales a la libertad de información, a la libertad de empresa y a la igualdad, la eximen del cumplimiento de las imperativas normas de competencia desleal, las cuales buscan garantizar que la libre y leal concurrencia en el mercado se realice respetando la buena fe comercial, razón por la cual constituyen intervenciones constitucionalmente legítimas a las libertades económicas de los particulares, en tanto cumplen con ser razonable y proporcionales. Por consiguiente, la demanda resulta infundada.

9. En todo caso, este Tribunal Constitucional juzga que, al fin y al cabo, no le corresponde determinar si la comercialización de sus productos sin las respectivas licencias (propiedad intelectual) califica como un acto de competencia desleal o no, en la medida en que tal asunto litigioso no tiene naturaleza *iusfundamental*, sino meramente administrativa, más aún si la decisión administrativa que la sancionó ha sido ratificada por la judicatura ordinaria. No corresponde, entonces, prolongar, en sede constitucional, la discusión en torno a si dicha conducta empresarial califica como competencia desleal o no.

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.

BLUME FORTINI
MIRANDA CANALES
RAMOS NÚÑEZ
SARDÓN DE TABOADA
LEDESMA NARVÁEZ
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA
FERRERO COSTA

EXP. N.º 01266-2017-PA/TC
LIMA
CORPORACIÓN GRÁFICA NAVARRETE SA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Coincido con el sentido de lo resuelto por mis colegas magistrados, sin embargo, considero importante señalar lo siguiente:

1. En este caso se ha declarado infundada la demanda, entre otras razones, porque un alegato sobre competencia desleal, no correspondería ser resuelto por la jurisdicción constitucional. Si bien, en principio coincido con dicha afirmación, de ello no debería desprenderse que toda discusión similar a la que aquí se ha planteado, comercialización de álbumes y cromos sin atención a la propiedad intelectual, no corresponde ser resuelta en un proceso como el de amparo.

2. Y es que podrían darse situaciones en las que el derecho a la propiedad intelectual y el derecho a la imagen lleven a que la controversia si corresponda ser resuelta en el ámbito constitucional. En particular el derecho a la propiedad intelectual ha sido poco tratado por este Tribunal a pesar de que cuenta con un reconocimiento expreso en el inciso 8 del artículo 2 de la Constitución Política, pese a lo cual cabe recordar que a partir de dicho artículo se desprende un haz de contenidos con relevancia constitucional. Así se encuentra expresado en la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional cuando se ha señalado que "(...) de la interpretación sistemática de las normas internacionales citadas y del inciso 8 del artículo 2 de la Constitución, se concluye que el derecho de autor comprenden la creación intelectual, artística, técnica o científica, y la protección de su propiedad y de los derecho morales de paternidad e integridad que le son inherentes; asimismo, que estos últimos son imprescriptibles" (ST 00044-2004-AI, fj. 14)

3. Asimismo, respecto del derecho a la propia imagen este Tribunal ha afirmado que "[e]ste derecho tiene dos dimensiones a) negativa y b) positiva. En cuanto a la dimensión negativa, el derecho a la propia imagen implica la posibilidad que

tiene el sujeto prima facie de prohibir la captación, reproducción y/o publicación de su imagen, cuando no medie su consentimiento. La dimensión positiva de este derecho se refiere a la facultad que tiene el sujeto de determinar el uso de su imagen, lo que lo faculta a "obtener su imagen, reproducirla o publicarla"." (STC 01970-2008-AA, fj. 11)

4. De allí que, es posible desprende posiciones iusfundamentales de los contenidos de ambos derechos que podrían llevar a que los jueces constitucionales deban intervenir, en particular cuando ocurra un error de interpretación iusfundamental tanto en una resolución judicial como en una decisión administrativa.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

EXP. N.º 06568-2015-PA/TC
JUNÍN
JAMES HAROLD ORELLANA ZURITA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 7 días del mes de mayo de 2019, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Blume Fortini, Miranda Canales, Sardón de Taboada, Ledesma Narváez, Espinosa-Saldaña Barrera y Ferrero Costa, pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento del magistrado Ramos Núñez aprobado en la sesión de Pleno del 26 de setiembre de 2017. Asimismo se agregan los fundamentos de voto de los magistrados Blume Fortini, Miranda Canales y Espinosa-Saldaña Barrera. Se deja constancia que magistrado Sardón de Taboada votará en fecha posterior.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don James Harold Orellana Zurita contra la resolución de fojas 48, de fecha 13 de julio de 2015, expedida por la Segunda Sala Mixta de Huancayo de la Corte Superior de Justicia de Junín, que declaró infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Demanda

Con fecha 15 de diciembre de 2014, el recurrente interpone demanda de amparo contra la Universidad Nacional del Centro del Perú (UNCP) y la Facultad de Ciencias de la Comunicación de la UNCP. Solicita que se declare nula la Resolución 020-2013-CF-FCC-UNCP, de fecha 15 de octubre de 2013; y que, en consecuencia, se ordene su reincorporación a la citada casa de estudios, y el pago de costas y costos del proceso, pues, a su juicio, la cuestionada resolución vulnera sus derechos a la libertad de educación y a la educación universitaria.

Al respecto, alega que cursó estudios en la Facultad de Ciencias de la Comunicación de la UNCP hasta el IV ciclo, periodo en el que de acuerdo con el artículo 7 del Reglamento Académico General, se le ha separado de la citada universidad por bajo rendimiento académico, decisión que, a su entender, resulta inconstitucional.

Contestación de la demanda

La Universidad Nacional del Centro del Perú contestó la demanda y alegó que el peticionante ha sido separado de la universidad por bajo rendimiento académico, es decir, por no superar el promedio ponderado exigido por la normativa vigente, situación que se sustenta en el Informe 002-2015-PCAA/FCC y anexos.

Sentencia de primera instancia o grado

El Tercer Juzgado Especializado Civil de Huancayo de la Corte Superior de Junín, con fecha 13 de abril de 2015, declaró infundada la demanda por estimar que no existe afectación de derechos fundamentales, debido a que el actor ha sido matriculado en última oportunidad en el semestre anterior en el que fue retirado, al incurrir nuevamente en bajo rendimiento académico.

Sentencia de segunda instancia o grado

La Segunda Sala Mixta de Huancayo de la Corte Superior de Justicia de Junín confirmó la apelada por estimar que está acreditado el bajo rendimiento académico del demandante, por lo que su separación no resulta inconstitucional.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. En el presente caso, el recurrente solicita la nulidad de la Resolución 020-2013-CF-FCC-UNCP, de fecha 15 de octubre de 2013, y que se ordene su reincorporación a la citada casa de estudios. Por consiguiente, el asunto litigioso radica en determinar si la separación definitiva del actor por bajo rendimiento académico ha contravenido sus derechos constitucionales o no.

2. Si bien el demandante considera que la resolución cuestionada vulnera su derecho a la educación, este Tribunal estima, en aplicación del principio *iura novit curia* (artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional), que su pretensión se sustenta no solo es el derecho a la educación, previsto en el artículo 17 de la Constitución, sino también el derecho al debido proceso reconocido en el artículo 139 de la Norma Fundamental.

3. En tal sentido, este Tribunal Constitucional considera que el asunto litigioso radica en determinar si, desde una perspectiva constitucional, la decisión contenida en la resolución impugnada, de retirar definitivamente al demandante, lesiona sus derechos a la educación y al debido proceso.

Materias constitucionales relevantes

4. En el presente caso, determinar si la sanción impuesta al demandante resulta vulneratoria de los derechos a la educación y al debido proceso obliga que este Colegiado previamente se pronuncie sobre las siguientes cuestiones:

   ✓ La permanencia en la universidad desde la Constitución.

   ✓ El principio de proporcionalidad en la potestad sancionadora de las autoridades universitarias.

La permanencia en la universidad desde la Constitución

5. El derecho a la educación es un derecho fundamental y, a la vez, un medio indispensable para la plena realización de otros derechos fundamentales, por cuanto permite el desarrollo integral de la persona humana (cfr. artículo 13 de la Constitución y Sentencia 00091-2005-PA/TC primer párrafo del fundamento 6).

6. Además, la educación es un servicio que puede ser prestado por el Estado o por cualquier persona, natural o jurídica, bajo supervisión estatal (cfr. artículos 15 y 16 de la Constitución). El Estado tiene la obligación de garantizar la continuidad de los servicios educativos públicos, así como de aumentar progresivamente su cobertura y calidad, debiendo tener siempre como premisa básica, como ya se ha mencionado, que tanto el derecho a la educación como todos los derechos fundamentales (e incluso las disposiciones constitucionales que regulan la actuación de los órganos constitucionales) tienen como fundamento el principio de la dignidad humana (cfr. Sentencia 04232-2004-PA/TC, fundamento 11).

7. El sistema educativo peruano comprende las siguientes etapas: i) la educación básica, compuesta por los niveles de educación inicial, primaria y secundaria, la cual es gratuita en las instituciones del Estado (artículo 17 de la Constitución); y ii) la educación superior, cuya gratuidad, en el caso de las universidades públicas, está garantizada a las personas que mantengan un rendimiento adecuado y carezcan de posibilidades económicas de solventar los estudios (Cfr. artículo 17 de la Constitución y Sentencia 00014-2014-AI/TC y acumulados, fundamento 36).

8. Ahora bien, dada la controversia planteada, corresponde centrarnos en el derecho a la educación universitaria. Al respecto, el primer párrafo del artículo 18 de la Constitución prescribe lo siguiente:

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.

[…]

En ese sentido, a la universidad, sea pública o privada, le corresponde brindar educación mediante la investigación, la docencia y el estudio, teniendo como funciones, entre otras, las de creación, desarrollo, transmisión y crítica de la ciencia, de la técnica, de las artes y de la cultura, así como las de difusión, valorización y transferencia del conocimiento para lograr una mejor calidad de vida, desarrollo económico y el fomento de la solidaridad, la ética y el civismo (cfr. STC 4232-2004-PA, fundamento 20).

9. Resulta pertinente referir que el derecho a la educación universitaria garantiza, entre otros, el derecho de acceso a la universidad en condiciones de igualdad (previo cumplimiento de los requisitos que razonablemente se impongan al respecto), así como el derecho a permanecer en ella libre de limitaciones arbitrarias mientras se desarrolle el estudio, e incluso el derecho a la obtención del respectivo título universitario una vez cumplidos los requisitos académicos y administrativos correspondientes (Cfr. Sentencia 04232-2004-AA/TC, fundamento 21).

10. Sobre lo último, este Tribunal ha precisado que el derecho a permanecer en la universidad libre de limitaciones arbitrarias mientras se desarrolle el estudio, se vincula estrechamente con el procedimiento administrativo sancionador, toda vez que el establecimiento de disposiciones sancionatorias, como amonestación, suspensión y separación en universidades públicas y privadas, no puede circunscribirse a una mera aplicación mecánica de las normas, sino que responde a un estricto respeto al debido proceso (reconocido en el artículo 139 de la Constitución) y a una apreciación razonable de los hechos en cada caso concreto, que implica evaluar los antecedentes personales y las circunstancias que llevaron a cometer una falta, porque con dicha valoración se adoptará una decisión razonable y proporcional. (cfr. Sentencia 00535-2009-PA/TC, fundamento13).

11. Cabe añadir que la imposición de limitaciones a los derechos constitucionales, como las separaciones definitivas de las universidades, deben encontrarse razonablemente justificadas, para preservar u optimizar otros derechos o principios o bienes jurídicos relevantes (cfr. Sentencia 00855-2012-PA/TC, fundamento

7). Ello en mérito a que el retiro de una persona del sistema educativo, no puede fundarse en criterios abstractos o estereotipados, ni basados en las categorías prohibidas de discriminación (Corte IDH, Gonzáles Lluy *vs*. Ecuador, párr. 274).

El principio de proporcionalidad en la potestad sancionadora de las autoridades universitarias

12. En uniforme jurisprudencia, el Tribunal Constitucional ha establecido que el derecho al debido proceso reconocido en el artículo 139, inciso 3, de la Constitución no solo tiene una dimensión "jurisdiccional", sino que además se extiende también a sede "administrativa" y, en general, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido, "(...) cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8 de la Convención Americana" (Caso Tribunal Constitucional del Perú, párrafo 71).

13. Respecto de los límites de la potestad administrativa disciplinaria, este Colegiado ha señalado lo siguiente:

> [...] está condicionada, en cuanto a su propia validez, al respeto de la Constitución, de los principios constitucionales y, en particular, a la observancia de los derechos fundamentales (...), [debiendo] resaltarse la vinculatoriedad de la Administración en la prosecución de procedimientos administrativos disciplinarios al irrestricto respeto del derecho al debido proceso y, en consecuencia, de los derechos fundamentales procesales y de los principios constitucionales (v.gr. legalidad, razonabilidad, proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad) que lo conforman (cfr. STC 01003-1998-AA/TC, fundamento 6).

Análisis del caso concreto

14. De autos se aprecia que el recurrente solicita la nulidad de la Resolución 020-2013-CF-FCC-UNCP, de fecha 15 de octubre de 2013, y que se ordene su reincorporación a la Facultad de Ciencias de la Comunicación de la UNCP. Por consiguiente, corresponde determinar si la separación definitiva del actor por bajo rendimiento académico lesiona sus derechos constitucionales o no.

15. Ahora bien, los artículos 57, inciso i, y 59 de la Ley 23733, vigente al momento de los hechos, posibilitan que las universidades puedan aplicar sanciones como la amonestación, suspensión y separación.Sin embargo, estas deben ser

aplicadas, como se ha mencionado, con estricto respeto del derecho al debido proceso, del principio de legalidad y de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, pues, de lo contrario, tales sanciones devendrían en inconstitucionales.

16. En ese contexto, el Reglamento Académico General de la UNCP del 2010, aplicable al caso, prohibe al estudiante incurrir en bajo rendimiento académico, pues, de lo contrario, será retirado de manera definitiva de dicha casa de estudios mediante resolución de Consejo de Facultad. Así las cosas, la Resolución 020-2013-CF-FCC-UNCP del 15 de octubre de 2013 (foja 5) emitida por el Consejo de Facultad de Ciencias de la Comunicación de la Universidad Nacional del Centro del Perú, justifica la separación definitiva del demandante en base a dicho Reglamento y a su historial académico.

17. Al respecto, conviene precisar que el actor se matriculó en el primer semestre de la Facultad de Ciencias de la Comunicación en el ciclo 2010-II como repitente. Luego, en el ciclo 2011-II realiza matrícula en el primer semestre, en situación regular. Posteriormente, en el ciclo 2011-II, registra su matrícula en el segundo semestre, nuevamente en situación repitente y amonestado por primera vez mediante Resolución 005-2012-FCC-UNCP, del 10 de febrero de 2012, por haber obtenido bajo rendimiento. Después, en el ciclo 2012-1 registra matrícula en el segundo semestre, empero es amonestado por segunda vez mediante Resolución 007-2017-DFCC-UNCP del 27 de agosto de 2012 y suspendido por un semestre al desaprobar de manera consecutiva.

Finalmente, en el ciclo 2013-1, el demandante solicita la actualización de matrícula, la cual es aceptada en última oportunidad mediante Resolución 006-2013-FCC-UNCP del 11 de marzo de 2013. Sin embargo, mediante Resolución 020-2013-CF-FCC-UNCP del 15 de octubre de 2013, es retirado definitivamente de la universidad al haber incurrido nuevamente en bajo rendimiento académico en su condición de matriculado en última oportunidad (cfr. fojas 19 al 43 del Cuadernillo del Tribunal Constitucional).

18. Por otro lado, a lo largo del presente proceso, el demandante se ha limitado a señalar que la medida le resulta gravosa, sin acreditar alguna situación particular que no haya sido evaluada por la demandada antes de imponerle la sanción de separación.

19. Por lo expuesto, este Tribunal estima que la decisión de separar al demandante definitivamente de la UNCP no puede ser calificada de arbitraria, pues de autos no se acredita un desempeño académico idóneo.

20. Además, la separación de un estudiante que no logra un óptimo desempeño académico persigue un objetivo totalmente legítimo, consistente en evitar a los denominados "alumnos eternos" en las universidades públicas, pues la permanencia en ellas conlleva un costo que es asumido por todos los ciudadanos. En atención a lo expuesto, este Tribunal considera que, por más tuitiva que sea la justicia constitucional, esta no puede ser utilizada con la finalidad de permitir un ejercicio abusivo del derecho a la educación universitaria. Por consiguiente, la presente demanda debe desestimarse.

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

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la demanda de amparo de autos.

Publíquese y notifíquese.

SS.

BLUME FORTINI
MIRANDA CANALES
LEDESMA NARVÁEZ
RAMOS NÚÑEZ
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA
FERRERO COSTA

EXP. N.º 06568-2015-PA/TC
JUNÍN
JAMES HAROLD ORELLANA ZURITA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI

Si bien concuerdo con declarar infundada la demanda por no haberse acreditado la vulneración del derecho fundamental a la educación, teniendo en cuenta lo señalado en el fundamento 6 de la sentencia, del que se podría entender que la educación es un servicio público, me permito hacer algunas precisiones en las que expreso mi posición particular al respecto.

Estimo que dicha visión de la educación (la de considerarla como un servicio público) no es compatible con el tercer párrafo del artículo 15 de la Constitución Política del Perú, que a la letra señala: "Toda persona, natural o jurídica, tiene el derecho de promover y conducir instituciones educativas y el de transferir la propiedad de éstas, conforme a ley". Es decir, que este es un derecho inherente de toda persona y no un servicio público eventualmente delegable en el particular.

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

Además, ello es armónico con el régimen económico consagrado en la Constitución, que asienta el orden económico y el desarrollo nacional en la iniciativa y en la inversión privada, en el marco del pluralismo económico y la libre competencia; orden en el cual el Estado solo tiene un rol promotor e incentivador de la actividad privada, reservándose para si muy limitadas áreas, al punto que, como lo consagra expresamente el artículo 18 de la misma Carta Fundamental, en su segundo párrafo, las entidades privadas tienen derecho a promover la creación de universidades privadas.

S.

BLUME FORTINI

EXP. N.º 06568-2015-PA/TC
JUNÍN
JAMES HAROLD ORELLANA ZURITA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO MIRANDA CANALES

En el presente caso estoy de acuerdo con que se declare infundada la demanda de amparo. Sin embargo, considero necesario realizar algunas precisiones:

1. En el presente caso, don James Harold Orellana Zurita solicita: i) la nulidad de la Resolución 020-2013-CF-FCC-UNCP, de fecha 15 de octubre de 2013, mediante la cual el Consejo de Facultad de Ciencias de la Comunicación de la Universidad Nacional del Centro del Perú lo separó definitivamente de dicha casa de estudios; ii) su reincorporación a la misma. De allí que la controversia de autos radica en determinar si la separación definitiva del actor por bajo rendimiento académico ha contravenido sus derechos constitucionales o no.

2. Al respecto, la ponencia en su fundamento 18 afirma que el demandante se ha limitado a señalar que la medida cuestionada le resulta gravosa, *"sin acreditar alguna situación particular que no haya sido evaluada por la demandada antes de imponerle la sanción de separación"*. Sin embargo, de autos se advierte que el recurrente sí alegó dos argumentos para sustentar su pretensión: i) que en la sesión ordinaria del Consejo de Facultad donde se determinó su separación no se tuvo a la vista sus boletas de notas (foja 2); ii) que su bajo rendimiento académico obedeció a un problema familiar, consistente en la separación de sus padres (foja 44). Sin embargo, de autos no se acredita que dichos argumentos de defensa hayan sido invocados por el recurrente durante la tramitación del procedimiento interno en el que se determinó su separación.

3. En efecto, como se advierte a partir de la información remitida mediante Oficio 00557-2018-R-UNCP del 6 de agosto de 2018, por el rector de la UNCP a este Tribunal (que obra en el cuadernillo del Tribunal Constitucional), el recurrente fue separado luego de haber sido amonestado y suspendido, sucesivamente, por bajo rendimiento académico, en aplicación del artículo 143 del Reglamento

Académico de la UNCP del 2010, vigente al momento en que acontecieron los hechos. De ello se advierte, en primer lugar, que el demandante tuvo diversas oportunidades para mejorar su situación académica.

4. En segundo lugar, de la información analizada se aprecia que: i) las autoridades universitarias sí tuvieron en consideración el historial académico del actor para adoptar la separación y ii) en el escrito de actualización de matrícula presentado por el recurrente, de fecha 14 de marzo de 2013, no se alegó en ningún momento problemas personales que hayan influido en el bajo rendimiento académico que presentó en los semestres anteriores. Por lo que no se acredita, a mi entender, la presunta vulneración del derecho al debido proceso, incorporada a la pretensión de la demanda en aplicación del principio *iura novit curia*.

5. Finalmente, considero necesario recordar, tal como lo expuso la Corte Constitucional de Colombia, que el derecho a la educación también configura la existencia deberes entre los estudiantes y el centro educativo, que también deben ser respetados (T-156-05):

> (...) 5. En virtud de la función social que reviste la educación, existe un derecho — deber que genera obligaciones recíprocas entre los actores del proceso educativo.
>
> Estas obligaciones conllevan a que la institución educativa tenga el deber de ofrecer una enseñanza superior de calidad, dentro de la finalidad de la institución universitaria y bajo los supuestos de libertad de enseñanza, aprendizaje, investigación científica o tecnológica y de cátedra.
>
> **La educación, como derecho fundamental, conlleva también deberes para el estudiante, uno de los cuales es someterse y cumplir el reglamento o las normas de comportamiento establecidas por el plantel educativo a que está vinculado. Su inobservancia permite a las autoridades académicas tomar las decisiones que correspondan, siempre que se observe y respete el debido proceso del estudiante, para corregir situaciones que estén por fuera de la Constitución, de la ley y del ordenamiento interno del ente educativo [énfasis agregado].**

S.

MIRANDA CANALES

EXP. N.º 06568-2015-PA/TC
JUNÍN
JAMES HAROLD ORELLANA ZURITA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Coincido con el sentido de lo resuelto por mis colegas en la presente causa. Sin embargo, creo necesario añadir las siguientes consideraciones que anoto a continuación.

1. En el presente caso, el recurrente pretende que se declare nula la resolución 020- 2013-CF-FCC-UNCP, de fecha 15 de octubre de 2013, la cual dispone su retiro de la universidad por la causal de bajo rendimiento académico. En consecuencia, solicita que se ordenen su reincorporación a la Facultad de Ciencias de la Comunicación de la Universidad Nacional del Centro del Perú, así como el pago de los costos y costas del proceso. Alega la vulneración de su derecho a la educación.

2. Al respecto, puede advertirse en el fundamento 2 de la sentencia que me hace llegar una confusión de carácter conceptual, al no distinguirse correctamente entre aquellos casos donde se utiliza el principio de *iura novit curia* y los supuestos en los cuales se recurre al principio de suplencia de queja deficiente. En efecto, en dicho fundamento se señala que en virtud del principio *iura novit curia* se estima que la pensión del demandante no se sustenta solo en el derecho a la educación, sino también al derecho al debido proceso.

3. Al referirnos al principio *iura novit curia* se hace referencia a la facultad que tiene el juez de identificar el derecho comprometido en cada caso, aun cuando este no se encuentre expresamente invocado en la demanda. Esto no puede significar en algún caso una modificación de la pretensión o de los términos de la demanda. En otras palabras, la aplicación de este principio no puede suponer que emita una decisión en función de hechos diferentes a los alegados por las partes.

4. Por otra parte, nos referirnos al principio de suplencia de queja deficiente a la facultad de los jueces y juezas constitucionales de adecuar la pretensión de la de-

manda con la finalidad de otorgar mayor protección a los derechos fundamentales del demandante. Aun cuando muchas veces se habla de ambos conceptos como sinónimos, o se suele señalar que la suplencia de la queja deficiente es en rigor la manifestación del *iura novit curia* en el ámbito procesal constitucional, cabe resaltar que el principio de suplencia de queja deficiente se utiliza en rigor en aquellos casos donde el juez o jueza constitucional advierta un error u omisión en el petitorio de la demanda.

5. En el presente caso, considero que nos encontramos ante un caso de aplicación del principio de suplencia de queja deficiente, en tanto lo que se pretende es la adecuación del petitorio de la demanda, con el objetivo de lograr una mayor protección a los derechos del demandante.

6. En esa línea, la sentencia se pronuncia sobre la posible vulneración del derecho invocado. Esto en mérito a la aplicación de disposiciones que puedan tener alguna incidencia en cualquier derecho de las personas debe realizarse en estricto respeto al derecho al debido proceso. De lo contrario, constituirá una vulneración a los derechos fundamentales del recurrente.

7. Ahora bien, cabe anotar que el derecho al debido proceso presenta dos dimensiones: una forma y una material. La dimensión formal hace referencia al derecho que tiene toda persona de que una autoridad competente e imparcial actúe frente o resuelva una situación de incertidumbre o de conflicto con relevancia jurídica con la mayor igualdad de condiciones posible, y dentro de un plazo razonable. Por otro lado, la dimensión material está dirigida a evitar un comportamiento arbitrario de quien cuenta con alguna cuota de poder o autoridad.

8. En ese sentido, es claro que nos encontramos ante un supuesto de posible vulneración al debido proceso en su dimensión material, pues la autoridad de dicha institución educativa tiene la facultad de actuar discrecionalmente, lo cual si se ejerce sin cumplir ciertos parámetros y, sin control alguno, podrían devenir en arbitrarias.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

EXP. N.º 06568-2015-PA/TC
JUNÍN
JAMES HAROLD ORELLANA ZURITA

VOTO DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Me adhiero a la ponencia suscrita por mis colegas magistrados y concuerdo en declarar **INFUNDADA** la demanda de amparo, toda vez que la decisión de separar al recurrente de la Universidad Nacional del Centro del Perú no puede ser calificada de arbitraria, ya que, a lo largo de su vida universitaria, mostró un desempeño académico deficiente.

S.

SARDÓN DE TABOADA

EXP. N.º 07798-2013-PA/TC
SULLANA
VULCANO S.R.L. Y OTROS

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 26 días del mes de febrero de 2019, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Blume Fortini, Ramos Núñez y Ledesma Narváez, pronuncia la siguiente sentencia. Además, se agrega el fundamento de voto del magistrado Ramos Núñez.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Jorge Sullón Barrientos contra el auto de fojas 977, su fecha 4 de septiembre de 2013, expedida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Sullana, que declaró fundada la excepción de convenio arbitral y, en consecuencia, nulo todo lo actuado y por concluido el proceso sin pronunciamiento sobre el fondo del asunto.

ANTECEDENTES

Con fecha 7 de diciembre de 2011, Vulcano S.R.L. (en adelante Vulcano), representada por su gerente general, don Jorge Sullón Barrientos, interpuso demanda de amparo contra don Jorge Carrasco Távara, en su calidad de Jefe de Contrataciones de Petróleos del Perú (en adelante Petroperú), así como contra la precitada empresa, solicitando que cese la amenaza de violación a sus derechos constitucionales a la libertad de trabajo y a la libertad de contratación; amenaza que se ha concretizado con la Carta TL-ULOG-C0-6200-2011, del 22 de noviembre de 2011, emitida por el emplazado Jorge Carrasco Távara; en consecuencia, peticiona que se declare la validez y vigencia hasta su total ejecución de los Contratos 94351-YF-OBRA, 88789-YF-OBRA y 89394-ZFOBRA.

Refiere que los precitados contratos se encuentran en ejecución y que a través de la cuestionada carta se interpreta erróneamente el Reglamento de Contrataciones de Petroperú S.A. (R. N.º 523-2009/0SCE-PRE) e inaplica (sic) el artículo 10° del Decre-

to Legislativo 1017, al establecer deliberadamente criterios no previstos en la Constitución o en la ley, requiriendo que se precise el vínculo de parentesco que mantendría con el trabajador Petroperú, don Wilfredo Sullón Barrientos. Al respecto, señala que, oportunamente, se expresó que dicha persona, quien se desempeñaba como Operador 1 en Servicios Industriales con 37 años de servicio en Petroperú, es hermano del gerente general de Vulcano, pero que aquel no tenía ningún cargo directivo o poder de decisión, ni participaba en los procesos de selección, contratación de obras o servicios que Petroperú licitaba; por lo que no existía impedimento ni restricción para que la requerida participe en dicho proceso. Además, refiere que con dicha carta el codemandado Jorge Carrasco Távara ha creado un clima de incertidumbre e inseguridad jurídica que amenaza sus derechos fundamentales, pues la empresa demandante sería afectada con el cese de sus actividades por el citado vínculo.

Posteriormente, el 15 de diciembre de 2011 se modificó y amplió la demanda a fin de incorporar como demandante a don Jorge Sullón Barrientos y para que se declare inaplicable a los recurrentes el artículo 10 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por el Decreto Legislativo 1017, en el extremo que la empresa demandante estaría supuestamente impedida para contratar con el Estado, por tener el gerente un hermano trabajando hace más de 37 años para Petroperú. Agrega, por lo demás, que en el presente caso, no es aplicable el arbitraje como mecanismo de solución de conflictos, pues la declaración de nulidad de un contrato no es un derecho disponible, sino la atribución del *ius imperium* del Estado. Al día siguiente, también se apersona al proceso Consorcio Alfa, empresa representada también por el recurrente, y solicita la ampliación y modificación de la demanda, para considerar como demandante a Consorcio Alfa y como codemandados, a don Wilmer Alejandro Herrera Meléndez y a don José Hidalgo Quevedo, en sus calidades de Jefe de Unidad de Proyectos y Gerente de Operaciones de Talara de Petroperú, respectivamente, para que también se declaren nulos y sin efectos legales, las Cartas N.º TL-UPRY-238-2011, 291010-CG-0081, TL-GOTL-SPTC-0174-2011, así como de la Resolución de Unidad de Proyectos Nº TL-GOTL-0009-2011-PP, y se ordene a la emplazada que cese todo acto de amenaza constituido en los diversos actos administrativos relacionados con el Contrato Nº 94351-YF.

Subsanadas las omisiones advertidas por el juzgador, con fecha 3 de enero de 2012 (f. 429), se admitió a trámite la demanda y se corrió traslado a la parte emplazada para que la conteste oportunamente.

Con fecha 10 de enero de 2012, Petroperú contestó la demanda (f. 489) y dedujo las excepciones de incompetencia, falta de agotamiento de la vía administrativa, convenio arbitral y representación defectuosa de dos de los representantes de la accionante.

Con fecha 11 de marzo de 2013, el Segundo Juzgado Especializado Civil de Talara (f. 937), declaró infundadas las excepciones deducidas y saneado el proceso.

La Sala revisora (f. 997) confirmó el pronunciamiento de primera instancia en relación a las excepciones de incompetencia, falta de agotamiento de la vía administrativa y representación defectuosa, pero lo reformó el extremo relativo a la desestimación de la excepción de convenio arbitral, procediendo a declarar fundada dicha excepción y nulo todo lo actuado.

FUNDAMENTOS

Petitorio

1. Conforme aparece del petitorio de la demanda y de los escritos ampliatorios posteriores, el objeto del presente proceso constitucional se dirige a cuestionar la Carta TL-ULOG-CO-6200-2011 de fecha 22 de noviembre de 2011, la Carta Nº TL-UPRY-238-2011 del 16 de Diciembre de 2011, la Carta Nº 291010-CG-0081 emitida con fecha 16 de Diciembre del 2011, la Carta TL-GOTL-SPTC-0174-2011 de fecha 15 de Diciembre del 2011 y la Resolución de la Unidad de Proyectos Nº TL-GOTL-0009-2011-PP expedida con fecha 15 de diciembre del 2011, tras considerar que los citados documentos evidencian una amenaza sobre los derechos fundamentales a la libertad de trabajo y a la libertad de contratación de Vulcano SRL, de Consorcio Alfa y de don Jorge Sullón Barrientos (representante de ambas empresas), motivo por el que solicitan la inaplicabilidad del artículo 10 de la Ley de Contrataciones del Estado aprobada por Decreto Legislativo 1017 en el extremo que las citadas empresas estarían impedidas de contratar con el Estado por tener su gerente un hermano trabajando en Petroperú y que se declare la plena validez y vigencia hasta su total ejecución de los Contratos 94351-YF-OBRA, 88789-YF-OBRA y 89394-ZF-OBRA.

Concretización de las condiciones que generan amenaza

2. De manera preliminar a la dilucidación de la presente controversia y en tanto las conductas por las que reclaman las empresas recurrentes resultarían según se alega, constitutivas de una situación de amenaza, corresponde verificar conforme a la previsión contenida en el artículo 2 del Código Procesal Constitucional, si esta última se sujeta a los requisitos de certeza o probabilidad así como de inminencia.

3. A este respecto y de lo que aparece en los autos **a)** mediante Carta TL-ULOG-CO-6200-2011 de fecha 22 de noviembre de 2011, suscrita por el emplazado Jorge Carrasco Távara en su condición de Jefe de Contrataciones de Petróleos del

Perú, se le solicita a don José Sullón Barrientos, precise el vínculo de parentesco que mantiene con el trabajador de Petroperú, don Wilfredo Sullón Barrientos, **b)** Mediante Carta Nº TL-UPRY-238-2011 de fecha 16 de Diciembre de 2011, emitida por el Jefe de Unidad de Proyectos, don Wilmer Alejandro Herrera Meléndez, se comunica a GMI S.A. Ingenieros Consultores la confirmación de la procedencia de la Nulidad de Oficio del Contrato Nº 94351-YF con el Consorcio Alfa, solicitando se disponga la suspensión de todos los trabajos concernientes con dicha obra, **c)** Mediante Carta Nº 291010-CG-0081 de fecha 16 de Diciembre del 2011 emitida por el Jefe de Supervisión, don Edgar Aguilar Ortiz se notifica a Consorcio Alfa la procedencia de la nulidad de Oficio del Contrato Nº 94351-YF y se le solicita a dicha empresa la suspensión de todos los trabajos referentes a dicho contrato, **d)** Mediante Carta TL-GOTL-SPTC-0174-2011 de fecha 15 de Diciembre del 2011 suscrita por don José Hidalgo Quevedo, Gerente de Operaciones Talara, se pone en conocimiento de Consorcio Alfa la Resolución TL-GOTL-0009-2011-PP, **e)** Mediante Resolución de la Unidad de Proyectos Nº TL-GOTL-0009-2011-PP expedida con fecha 15 de diciembre del 2011 por la misma Gerencia de Operaciones de Talara se declara la Nulidad de Oficio del Contrato Nº 94351-YF SOBRE "Obra Impermeabilización de áreas estancas en tanques RFTL-Etapa III Impermeabilizar siete áreas estancas en RFTL y Construir cuatro pozas de confinamiento en Milla Seis".

4. Los antes citados documentos, emitidos todos ellos y a su vez notificados con carácter formal, acreditan fehacientemente la decisión de la entidad emplazada de paralizar o nulificar los procesos de contratación que han venido manteniendo las empresas Vulcano SRL, y Consorcio Alfa con el Estado, invocando para tal efecto las previsiones contenidas en los acápites d), f) e i) del artículo 10 de la Ley de Contrataciones del Estado. En tal sentido y siendo evidente que dichas disposiciones existen y que efectivamente se han dado los pasos para concretizar sus mandatos, han quedado acreditados los requisitos de probabilidad o certeza y de inminencia, habiéndose configurado en la práctica las conductas que precisamente y desde un inicio se trataba de evitar.

Sobre la excepción de convenio arbitral formulada por Petroperú

5. La resolución de fojas 997 ha amparado la excepción de convenio arbitral deducida por la parte emplazada, Petroperú S.A., poniendo término a la instancia respectiva al haber declarado nulo todo lo actuado y dispuesto la conclusión del proceso sin pronunciamiento sobre el fondo del asunto, razón por la que previamente corresponde que este Tribunal analice si la excepción propuesta resulta procedente; lo que se realiza a continuación.

6. El artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, que regula la aplicación supletoria de códigos afines, establece que, en caso de vacío o defecto de dicha norma procesal, serán de aplicación supletoria los códigos procesales afines a la materia discutida, siempre que con ello no se contradigan los fines de los procesos constitucionales y, en cambio, se coadyuve a su mejor desarrollo.

7. A su turno, en relación a las excepciones y defensas previas deducibles en los procesos constitucionales de la libertad, el artículo 10 del Código Procesal Constitucional, modificado por la Ley 28946, publicada el 24 de diciembre de 2006, señala que las excepciones y defensas previas se resuelven, previo traslado, en el auto de saneamiento procesal, y agrega que no proceden en el proceso de hábeas corpus, de todo lo cual se desprende que las excepciones procesales solo son procedentes en los procesos de amparo, habeas data y cumplimiento. No así en el proceso de habeas corpus.

8. Ahora bien, el Código Procesal Constitucional no tiene un artículo que de manera taxativa enumere las excepciones que pueden ser deducidas dentro de los procesos constitucionales. Solo tiene algunas normas dispersas que, de alguna forma, permiten inferir algunas de las excepciones que podrían ser formuladas en este tipo de procesos. Verbigracia, el artículo 51 del que se desprende que procede la excepción de incompetencia, pues su tercer párrafo señala literalmente: "Promovida la excepción de incompetencia, el Juez le dará el trámite a que se refieren los artículos 10 y 53 de este Código". Asimismo, el artículo 53 del que se colige que además de la excepción de incompetencia, son procedentes las excepciones de litispendencia, cosa juzgada y prescripción (no la de caducidad como precisamos más adelante). Veamos:

> [...] Si se presentan excepciones, defensas previas o pedidos de nulidad del auto admisorio, el Juez dará traslado al demandante por el plazo de dos días; con la absolución o vencido el plazo para hacerlo, dictará un Auto de Saneamiento Procesal en el que se anule lo actuado y se dé por concluido el proceso, en el caso de que se amparen las excepciones de incompetencia, litispendencia, cosa juzgada y caducidad.

9. Así las cosas, según lo dispuesto en el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional antes citado, es aplicable supletoriamente el Código Procesal Civil. Específicamente en materia de excepciones, su artículo 446 que a la letra preceptúa:

> [...] Artículo 446.- Excepciones proponibles.-

El demandado sólo puede proponer las siguientes excepciones:

1. Incompetencia;
2. Incapacidad del demandante o de su representante;
3. Representación defectuosa o insuficiente del demandante o del demandado;
4. Oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda;
5. Falta de agotamiento de la vía administrativa;
6. Falta de legitimidad para obrar del demandante o del demandado;
7. Litispendencia;
8. Cosa Juzgada;
9. Desistimiento de la pretensión;
10. Conclusión del proceso por conciliación o transacción;
11. Caducidad;

12. Prescripción extintiva; y,
13. Convenio arbitral.

10. Sin embargo, debemos precisar que no todas las excepciones que aparecen previstas en el artículo citado son pasibles de ser propuestas en los procesos constitucionales, pues como bien se señala en el antes aludido Artículo IX del Título preliminar del Código Procesal Constitucional, las normas procesales afines serán aplicables en tanto no contradigan los fines de los procesos constitucionales y en cambio los ayuden a su mejor desarrollo. Por lo tanto, no son admisibles las excepciones que tienen como único fin obstaculizar el trámite del proceso constitucional o son contrarias a los fines del mismo o a la naturaleza de los derechos que este protege. Es decir, las excepciones inconducentes, inoficiosas y dilatorias que de alguna forma impiden o tratan de impedir el pleno resguardo de los derechos constitucionales.

11. Ya ha dejado ver este Tribunal, por ejemplo, que no procede proponer la excepción de caducidad en procesos como el amparo, pues como sostuvo en la Sentencia 01049-2003-AA/TC; "…el transcurso del plazo no extingue el derecho constitucional invocado, toda vez que su defensa podrá realizarse en las vías procesales ordinarias -distintas del amparo- que ofrezca el ordenamiento. Por lo tanto, esta Sala interpreta que el plazo (...) no es un plazo de caducidad, sino un

plazo de prescripción, pues su transcurso no extingue el derecho constitucional agraviado sino, simplemente, cancela la posibilidad de utilizar la vía procesal urgente del amparo para su protección" (Fundamento 7).

12. Lo mismo ocurre con la excepción de conclusión del proceso por conciliación o transacción. Esta no puede ser planteada, por cuanto los derechos fundamentales, al ser indisponibles, no pueden ser objeto de una conciliación o transacción extrajudicial, resultando contrario a los fines del proceso que se pretenda deducir o finalmente se ampare este tipo de excepción en un proceso constitucional, salvo que lo transado o conciliado tenga que ver con derechos disponibles y se quiera llevar indebidamente el asunto a la vía constitucional o que esté relacionando con aspectos que no formen parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental de que se trate.

13. A fin de determinar si cabe plantear la excepción de convenio arbitral en los procesos constitucionales, este Colegiado debe previamente pronunciarse sobre el arbitraje y la materia arbitrable.

14. En cuanto al arbitraje, la parte final del primer párrafo del artículo 62 de la Constitución Política del Perú, estipula expresamente que:

> [...] 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.

A su turno, el numeral l del artículo 139 de la Norma Fundamental señala que:

> [...] No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral.

15. Se puede observar que el último de los citados dispositivos constitucionales consagra el principio de unidad de la función jurisdiccional, en virtud al cual la unidad ha de ser comprendida, en principio, como la negación de cualquier intento de fragmentación jurisdiccional; y esto porque, por motivaciones derivadas de la esencia, carácter y calidad de la función de dirimir en los conflictos interindividuales de contenido estrictamente jurídico, se hace patente la necesidad, dentro de lo razonable, de asegurar la individualidad y unidad de dicho atributo soberano a favor del Poder Judicial (Cfr. Sentencia 023-2003-PI/TC y 0004-2006-PI). Adviértase también, que el propio dispositivo constitucional contempla dos expresas excepciones al principio de unidad de la función jurisdiccional. Así, además de la justicia ordinaria, están la jurisdicción militar y la jurisdicción arbitral.

16. En relación al arbitraje, ha precisado este Tribunal que:

> [...] el arbitraje no puede entenderse como un mecanismo que desplaza al Poder Judicial, ni tampoco como su sustitutorio, sino como una alternativa que complementa el sistema judicial puesta a disposición de la sociedad para la solución pacífica de las controversias. Y que constituye una necesidad, básicamente para la solución de conflictos patrimoniales de libre disposición y, sobre todo, para la resolución de las controversias que se generen en la contratación internacional (STC 6167-2005-PHC/TC, fundamento 10).

17. Consecuentemente, ha destacado que:

> [...] reconoce la jurisdicción del arbitraje y su plena y absoluta competencia para conocer y resolver las controversias sometidas al fuero arbitral, sobre materias de carácter disponible (...), con independencia jurisdiccional y, por tanto, sin intervención de ninguna autoridad, administrativa o judicial ordinaria (STC 6167-2005-PHC/TC, fundamento 14).

18. Es decir, que el arbitraje se constituye como un mecanismo alternativo de solución de conflictos, que de ningún modo desplaza al Poder Judicial en su función de administrar justicia y que está previsto solo para conocer y resolver controversias relacionadas con materias de carácter disponible, conforme a ley. En consecuencia, existe un conjunto de materias que, por su naturaleza, no pueden ser ventiladas en el fuero arbitral. Entre ellas, se encuentran evidentemente comprendidas las que tienen que ver con la defensa de los derechos fundamentales, cuya protección se realiza a través de los procesos constitucionales, que son de conocimiento del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional, según lo encomendado por el legislador constituyente (Cfr. artículos 200 y siguientes de la Constitución).

19. A mayor abundamiento, el carácter disponible de la materia arbitrable está regulado en el artículo 2, numeral 1, del Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje, Decreto Legislativo 1071, vigente desde hace unos años en nuestro país; y que literalmente señala:

> Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen [...]

En tal sentido, no cabe duda acerca de la materia arbitrable. Esta en lo esencial tiene que ver con derechos de contenido patrimonial que, por su naturaleza, son de libre disponibilidad.

20. En ese orden de ideas, este Tribunal, que es máxima instancia de protección en materia de derechos fundamentales y, por tanto, orientador del sistema de justicia constitucional en nuestro país, debe precisar que si bien cabe proponer la excepción de convenio arbitral en los procesos constitucionales tales como el amparo, estas únicamente pueden ser amparadas si es evidente que se pretende someter a la justicia constitucional una controversia que carece completamente de relevancia constitucional, por estar en discusión derechos de libre disponibilidad o aspectos de los derechos fundamentales que no pertenecen a su contenido constitucionalmente protegido. Por lo tanto, no procede estimar tal excepción por el simple hecho de que se haya pactado un convenio arbitral o, incluso, este sea aplicable de acuerdo a ley.

21. Se trata, entonces, de verificar en cada caso concreto: i) la existencia de un convenio arbitral vigente y las materias que en este se someten al arbitraje, no pudiendo someterse la controversia que surja en relación a derechos indisponibles; ii) lo que pretende el accionante en su demanda, los derechos que invoca y los actos concretos que alega como violatorios o amenazantes de los mismos; y iii) si lo pretendido pertenece al ámbito constitucionalmente protegido del derecho o de los derechos que invoca como efectivamente vulnerados o amenazados o si solo se trata de una controversia relacionada con aspectos no protegidos o con derechos de libre disposición y que, por ende, carecen de sustento constitucional directo. Ante cualquier duda que pudiera llegar a producirse, recuerda este Tribunal, que debe favorecerse la continuación del trámite del proceso constitucional antes que optarse por su conclusión, conforme lo dispone el tercer párrafo del Artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

22. En el presente caso, si bien existe un convenio arbitral, la parte demandante alega la amenaza de violación a sus derechos invocados, afirma también que esta amenaza se ha materializado con las Cartas TL-ULOG-CO-6200-2011, TL-UPRY-238-2011, 291010-CG-0081, TL-GOTL-SPTC-0174-2011, así como con la Resolución de Unidad de Proyectos N.º TL-GOTL-0009-2011-PP, pues los contratos suscritos con Petroperú están en riesgo de ser resueltos o, en algún caso, ya se ha dispuesto su nulidad, en razón a que el Gerente General de Vulcano y representante de Consorcio Alfa, don Jorge Sullón Barrientos, es hermano de don Wilfredo Sullón Barrientos, quien trabaja como Operador 1 en Servicios Industriales, con 37 años de servicio, en Petroperú, por lo que de acuerdo con la Ley de Contrataciones del Estado las citadas empresas se encontrarían impedidas para contratar con la demandada.

23. En opinión de este Colegiado, la causa es relevante constitucionalmente, pues se encuentran involucrados derechos fundamentales (particularmente, la libertad

de contratación), por la aplicación de las normas que regulan los impedimentos para ser participante, postor y/o contratista en los procesos de contratación pública que realice el Estado. En otros términos, el caso *sublitis* no se trata de uno en el que se quieran ventilar controversias surgidas en la etapa de ejecución de los contratos o que versen sobre la interpretación de alguna de sus cláusulas, por ejemplo. No se trata de conflictos derivados de la relación contractual sino de la aplicación de normas que restringen derechos y que, por consiguiente, han puesto en riesgo derechos que son indisponibles, razón por la cual, la excepción propuesta debe ser rechazada. En efecto, lo pretendido pertenece al ámbito constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales invocados, por lo que no puede ser sometido a un proceso arbitral, más aún cuando el acto denunciado como lesivo es una amenaza, pretensión respecto de la cual no existe una vía igualmente satisfactoria al amparo, razón por la cual corresponde a la jurisdicción constitucional conocer de la demanda.

24. En tales circunstancias, correspondería anular el pronunciamiento de la instancia anterior en atención a lo dispuesto por el artículo 20 del Código Procesal Constitucional, y disponer al juez de primer grado que emita una sentencia sobre el fondo; sin embargo, atendiendo a lo dispuesto en el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional y en virtud de los principios de economía y celeridad procesal, este Tribunal considera que resulta innecesario hacer transitar nuevamente al demandante por la vía judicial, dado que de la revisión de los actuados, se aprecia la existencia de suficientes elementos de juicio que posibilitan emitir un pronunciamiento de fondo respecto de la controversia constitucional planteada, tanto más cuando la parte emplazada ha contestado la demanda (f. 599 y 678), ha participado activamente en el trámite del proceso (f. 814, 822, 838, 829, 942). Asimismo, ha sido notificada oportunamente con la resolución que concedió el recurso de apelación (f. 955 a 957) y la resolución que concedió el recurso de agravio constitucional (f. 1023), garantizándose de este modo el resguardo de su derecho de defensa.

25. Cabe precisar que este Tribunal únicamente se pronunciará respecto de los contratos 94351-YF-OBRA y 89394-ZF-OBRA, dado que, según se aprecia del acta de recepción de obra de fojas 509, el contrato 88789-YF-OBRA fue ejecutado en su totalidad al 16 de diciembre de 2011 y recepcionado por Petroperú el 19 de diciembre de 2011, habiendo cesado en este extremo la afectación denunciada, razón por la cual corresponde declarar improcedente la demanda en este extremo en aplicación, a *contrario sensu*, del párrafo segundo del artículo 1 del Código Procesal Constitucional.

Normas que regulan impedimentos en la contratación pública

26. Conviene recordar que, de acuerdo con la Constitución Política del Perú, se reconocen algunas normas que ya sea por la vía directa o indirecta regulan impedimentos en la contratación con el Estado. Así, el párrafo segundo y tercero de su artículo 92 sostiene:

> La función de congresista es, asimismo, incompatible con la condición de gerente, apoderado, representante, mandatario, abogado, accionista mayoritario o miembro del Directorio de empresas que tienen con el Estado contratos de obras, de suministro o de aprovisionamiento, o que administran rentas públicas o prestan servicios públicos.
>
> La función de congresista es incompatible con cargos similares en empresas que, durante el mandato del congresista, obtengan concesiones del Estado, así como en empresas del sistema crediticio financiero supervisadas por la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones.

27. Por su parte, el artículo 201 de la misma norma fundamental, al referirse al estatus en el que se encuentran los Magistrados del Tribunal Constitucional, establece que

> (…) Los miembros del Tribunal Constitucional gozan de la misma inmunidad y de las mismas prerrogativas que los congresistas. Les alcanzan las mismas incompatibilidades.

28. En el ámbito de la legislación infraconstitucional, el artículo 10 del derogado Decreto Legislativo 1017 o Ley de Contrataciones del Estado, estableció un número bastante amplio y detallado de supuestos de incompatibilidad a los efectos de ser postor o contratista en procesos que tengan por objetivo contratar con el Estado. De acuerdo con ello, el artículo 10 de la citada ley contempló los siguientes impedimentos para ser postor y/o contratista:

> Cualquiera sea el régimen legal de contratación aplicable, están impedidos de ser participantes, postores y/o contratistas:
>
> a) En todo proceso de contratación pública, hasta doce (12) meses después de haber dejado el cargo, el Presidente y los Vicepresidentes de la República, los Congresistas de la República, los Ministros y Viceministros de Estado, los Vocales de la Corte Suprema de Justicia de la República, los titulares y los miembros del órgano colegiado de los Organismos Constitucionales Autónomos;

b) En el ámbito regional, hasta doce (12) meses después de haber dejado el cargo, los Presidentes, Vicepresidentes y los Consejeros de los Gobiernos Regionales;

c) En el ámbito de su jurisdicción, hasta doce (12) meses después de haber dejado el cargo, los Vocales de las Cortes Superiores de Justicia, los Alcaldes y Regidores;

d) En la Entidad a la que pertenecen, los titulares de instituciones o de organismos públicos del Poder Ejecutivo, los directores, gerentes y trabajadores de las empresas del Estado, los funcionarios públicos, empleados de confianza y servidores públicos, según la ley especial de la materia;

e) En el correspondiente proceso de contratación, las personas naturales o jurídicas que tengan intervención directa en la determinación de las características técnicas y valor referencial, elaboración de Bases, selección y evaluación de ofertas de un proceso de selección y en la autorización de pagos de los contratos derivados de dicho proceso, salvo en el caso de los contratos de supervisión;

f) En el ámbito y tiempo establecidos para las personas señaladas en los literales precedentes, el cónyuge, conviviente o los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad;

g) En el ámbito y tiempo establecidos para las personas señaladas en los literales precedentes, las personas jurídicas en las que aquellas tengan o hayan tenido una participación superior al cinco por ciento (5%) del capital o patrimonio social, dentro de los doce (12) meses anteriores a la convocatoria;

h) En el ámbito y tiempo establecidos para las personas señaladas en los literales precedentes, las personas jurídicas sin fines de lucro en las que aquellas participen o hayan participado como asociados o miembros de sus consejos directivos, dentro de los doce (12) meses anteriores a la convocatoria;

i) En el ámbito y tiempo establecidos para las personas señaladas en los literales precedentes, las personas jurídicas cuyos integrantes de los órganos de administración, apoderados o representantes legales sean las personas señaladas en los literales precedentes. Idéntica prohibición se extiende a las personas naturales que tengan como apoderados o representantes a las personas señaladas en los literales precedentes;

j) Las personas naturales o jurídicas que se encuentren sancionadas administrativamente con inhabilitación temporal o permanente en el ejercicio de sus derechos para participar en procesos de selección y para contratar con Entidades, de acuerdo a lo dispuesto por la presente norma y su Reglamento;

k) Las personas jurídicas cuyos socios, accionistas, participacionistas, titulares, integrantes de los órganos de administración, apoderados o representantes legales formen o hayan formado parte, en los últimos doce (12) meses de impuesta la sanción, de personas jurídicas que se encuentren sancionadas administrativamente con inhabilitación temporal o permanente para participar en procesos de selección y para contratar con el Estado; o que habiendo actuado como personas naturales hayan sido sancionadas por la misma infracción; conforme a los criterios señalados en el presente Decreto Legislativo y su Reglamento. Para el caso de socios, accionistas, participacionistas o titulares, este impedimento se aplicará siempre y cuando la participación sea superior al cinco por ciento (5%) del capital o patrimonio social y por el tiempo que la sanción se encuentre vigente;

l) Otros establecidos por ley o por el Reglamento de la presente norma.

Las propuestas que contravengan lo dispuesto en el presente artículo se tendrán por no presentadas. Los contratos celebrados en contravención de lo dispuesto por el presente artículo son nulos, sin perjuicio de las responsabilidades a que hubiere lugar de los funcionarios y servidores de la Entidad contratante y de los contratistas que celebraron dichos contratos.

29. Cabe destacar que la vigente Ley de Contrataciones del Estado, Ley 30225, en su artículo 11 modificado por la Ley 30689 y el Decreto Legislativo 1444, reitera un listado similar de impedimentos para ser postor y/o contratista del Estado. Así, se encuentran los siguientes impedimentos:

11.1. Cualquier sea el régimen legal de contratación aplicable, están impedidos de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas, incluso en las contrataciones a que se refiere el literal a) del artículo 5 de la presente Ley, las siguientes personas:

a) El Presidente y los Vicepresidentes de la República, los Congresistas de la República, los Jueces Supremos de la Corte Suprema de Justicia de la República, los titulares y los miembros del órgano colegiado de los Organismos Constitucionales Autónomos, en todo proceso de

contratación mientras ejerzan el cargo y hasta doce (12) meses después de haber dejado el mismo.

b) Los Ministros y Viceministros de Estado en todo proceso de contratación mientras ejerzan el cargo; luego de dejar el cargo, el impedimento establecido para estos subsiste hasta (12) meses después y solo en el ámbito de su sector.

c) Los Gobernadores, Vicegobernadores y Consejeros de los Gobiernos Regionales. En el caso de los Gobernadores y Vicegobernadores, el impedimento aplica para todo proceso de contratación mientras ejerzan el cargo; luego de dejar el cargo, el impedimento establecido para estos subsiste hasta doce (12) meses después y solo en el ámbito de su competencia territorial. En el caso de los Consejeros de los Gobiernos Regionales, el impedimento aplica para todo proceso de contratación en el ámbito de su competencia territorial durante el ejercicio del cargo y hasta doce (12) meses después de haber concluido el mismo.

d) Los Jueces de las Cortes Superiores de Justicia, los Alcaldes y los Regidores. Tratándose de los Jueces de las Cortes Superiores y de los Alcaldes, el impedimento aplica para todo proceso de contratación durante el ejercicio del cargo; luego de dejar el cargo, el impedimento establecido para estos subsiste hasta doce (12) meses después y solo en el ámbito de su competencia territorial. En el caso de los Regidores el impedimento aplica para todo proceso de contratación en el ámbito de su competencia territorial, durante el ejercicio del cargo y hasta doce (12) meses después de haber concluido el mismo.

f) Los servidores públicos no comprendidos en literal anterior, y los trabajadores de las empresas del Estado, en todo proceso de contratación en la Entidad a la que pertenecen, mientras ejercen su función. Luego de haber concluido su función y hasta doce (12) meses después, el impedimento se aplica para los procesos de contratación en la Entidad a la que pertenecieron, siempre que por la función desempeñada dichas personas hayan tenido influencia, poder de decisión, información privilegiada referida a tales procesos o conflicto de intereses.

g) En el proceso de contratación correspondiente, las personas naturales o jurídicas que tengan intervención directa en cualquiera de las siguientes actuaciones: i) determinación de las características técnicas y/o valor referencial o valor estimado, ii) elaboración de documentos del procedimiento de selección, iii) calificación y evaluación de ofer-

tas, y iv) la conformidad de los contratos derivados de dicho procedimiento, salvo en el caso de los contratos de supervisión. Tratándose de personas jurídicas el impedimento le alcanza si la referida intervención se produce a través de personas que se vinculan a esta.

h) El cónyuge, conviviente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad de las personas señaladas en los literales precedentes, de acuerdo a los siguientes criterios:

   (i) Cuando la relación existe con las personas comprendidas en los literales a) y b), el impedimento se configura respecto del mismo ámbito y por igual tiempo que los establecidos para cada una de estas;

   (ii) Cuando la relación existe con las personas comprendidas en los literales e) y d), el impedimento se configura en el ámbito de competencia territorial mientras estas personas ejercen el cargo y hasta doce (12) meses después de concluido;

   (iii) Cuando la relación existe con las personas comprendidas en el literal e), el impedimento se configura en la Entidad a la que pertenecen estas personas mientras ejercen el cargo y hasta doce (12) meses después de concluido;

   (iv) Cuando la relación existe con las personas comprendidas en los literales f) y g), el impedimento tiene el mismo alcance al referido en los citados literales.

i) En el ámbito y tiempo establecidos para las personas señaladas en los literales precedentes, las personas jurídicas en las que aquellas tengan o hayan tenido una participación individual o conjunta superior al treinta por ciento (30%) del capital o patrimonio social, dentro de los doce (12) meses anteriores a la convocatoria del respectivo procedimiento de selección.

j) En el ámbito y tiempo establecido para las personas señaladas en los literales precedentes, las personas jurídicas sin fines de lucro en las que aquellas participen o hayan participado corno asociados o miembros de sus consejos directivos, dentro de los doce (12) meses anteriores a la convocatoria del respectivo procedimiento de selección.

k) En el ámbito y tiempo establecidos para las personas señaladas en los literales precedentes, las personas jurídicas cuyos integrantes de los órga-

nos de administración, apoderados o representantes legales sean las referidas personas. Idéntica prohibición se extiende a las personas naturales que tengan corno apoderados o representantes a las citadas personas.

l) En todo proceso de contratación, las personas naturales o jurídicas inhabilitadas o suspendidas para contratar con el Estado.

m) En todo proceso de contratación, las personas condenadas, en el país o el extranjero, mediante sentencia consentida o ejecutoriada por delitos de concusión, peculado, corrupción de funcionarios, enriquecimiento ilícito, tráfico de influencias, delitos cometidos en remates o procedimientos de selección, o delitos equivalentes en caso estos hayan sido cometidos en otros países. El impedimento se extiende a las personas que, directamente o a través de sus representantes, hubiesen admitido y/o reconocido la comisión de cualquiera de los delitos antes descritos ante alguna autoridad nacional o extranjera competente.

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

o) En todo proceso de contratación, las personas naturales o jurídicas a través de las cuales, por razón de las personas que las representan, las constituyen o participan en su accionariado o cualquier otra circunstancia comprobable se determine que son continuación, derivación, sucesión, o testaferro, de otra persona impedida o inhabilitada, o que de alguna manera esta posee su control efectivo, independientemente de la forma jurídica empleada para eludir dicha restricción, tales corno fusión, escisión, reorganización, transformación o similares.

p) En un mismo procedimiento de selección las personas naturales o jurídicas que pertenezcan a un mismo grupo económico, conforme se define en el reglamento.

q) En todo proceso de contratación, las personas inscritas en el Registro de Deudores de Reparaciones Civiles (REDERECI), sea en nombre propio o a través de persona jurídica en la que sea accionista u otro similar, con excepción de las empresas que cotizan acciones en bolsa. Asimismo, las personas inscritas en el Registro Nacional de Abogados Sancionados por Mala Práctica Profesional y en el Registro Nacional de Sanciones de Destitución y Despido, por el tiempo que establezca la ley de la materia; así como en todos los otros registros creados por Ley que impidan contratar con el Estado.

r) Las personas jurídicas nacionales o extranjeras que hubiesen efectuado aportes a organizaciones políticas durante un proceso electoral, por todo el período de gobierno representativo y dentro de la circunscripción en la cual la organización política beneficiada con el aporte ganó el proceso electoral que corresponda.

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

t) En todo proceso de contratación, las personas naturales o jurídicas que se encuentren comprendidas en las Listas de Organismos Multilaterales de personas y empresas no elegibles para ser contratadas.

11.2. El incumplimiento de lo establecido en el presente artículo conlleva las consecuencias y responsabilidades establecidas en la Ley.

30. Adviértase entonces, que la norma vigente (Ley 30225 y sus modificatorias) reitera similares impedimentos a los establecidos por el derogado Decreto Legislativo 1017, para la contratación con el Estado.

Análisis de la Controversia en el marco de la Ley de Contratación Pública

31. Como puede apreciarse, la ley de contrataciones del Estado no solo desarrolla un régimen de incompatibilidades aplicable a las autoridades o funcionarios que, de alguna forma, representan o ejercen funciones para el Estado, sino que incorpora un amplio catálogo de situaciones que sin encontrarse referido a la condición de quienes, de alguna forma, participan directamente en el Estado, generan igualmente condiciones de impedimento a los efectos de participar en los procesos de contratación pública.

32. Considera este Tribunal, que aunque no es cuestionable que los procesos de contratación que ofrece el Estado deben manejarse con sujeción a los principios de interés general, transparencia y buena fe, y en función a ello, establecerse restricciones para todos aquellos que puedan participar en los mismos, dichas restricciones deben tener una base elementalmente razonable y no ser enunciadas de modo abierto o indeterminado, tanto más cuando nuestra Constitución reconoce un modelo económico que privilegia la inversión privada y, dentro de dicho marco, un amplio catalogo de libertades económicas, ocupando un papel central dentro de las mismas, el derecho de toda persona a participar en forma individual o asociada en la "vida económica de la Nación" (Artículo 2, inciso 17).

33. Efectivamente, nuestra Constitución Política de 1993, propugna un modelo de economía social de mercado en el que se incentiva la libre iniciativa por un lado y, por el otro, un Estado que, en aras de lograr su pleno desarrollo, actúa en las áreas de promoción del trabajo, la salud, la educación, la seguridad los servicios públicos y la infraestructura (Artículo 58). Ello supone, entre otras cosas, fomentar las libertades económicas de todas las personas (libertad de trabajo, libertad de empresa, libertad de comercio, libertad de industria) y al mismo tiempo crear condiciones para el acceso a todo tipo de actividad donde las mismas puedan ser plenamente ejercitadas, incluidas por supuesto las que, desde el mismo Estado, puedan brindarse.

34. Especial tratamiento por ello, es el que merece el anteriormente mencionado derecho a la participación en forma individual o asociada en la vida económica de la Nación, atributo que, como lo recuerda el profesor Jorge Danós Ordoñez, es individualizable a partir de una concepción abierta o extensiva del llamado

derecho a la participación que no solo tiene desde el punto de vista material una vertiente o contenido específicamente político, como algunos erróneamente lo interpretan, sino otro tipo de especificaciones descritas a lo largo del texto constitucional (Cfr. "La participación ciudadana en el ejercicio de las funciones administrativas en el Perú"; Revista de Derecho Administrativo, N.º 1, Año 2006). Dicha variante de participación permitiría ser entendida tanto desde el punto de vista estrictamente privado o corporativo, como desde una perspectiva mixta, precisamente verificable cuando sea el Estado el que canalice la misma a través de diversas actividades, entre las que por supuesto figuran los procesos de contratación pública.

35. El problema con el que sin embargo nos enfrentamos, que es el que plantean casos como el presente, reside en el hecho de verificar hasta qué punto resulta congruente una proclama en la que, por un lado, se invoca un Estado de economía social de mercado, que fomenta la libre iniciativa y los distintos niveles de participación, entre los que por supuesto se encuentra la participación económica, y, por otro, se reconocen procesos de contratación pública en los que el reglamentarismo y la exigencia de condiciones restrictivas termina por desincentivar finalidades como las antes descritas.

36. Precisamente, el profesor Christian Guzmán Napurí, comentando la Ley de Contrataciones del Estado y el amplio catálogo de restricciones existentes al respecto, señala al respecto que "... varios de dichos impedimentos muestran claras inconsistencias, siendo su aplicación muy controvertida, puesto que a los mismos debe aplicarse los principios de razonabilidad y proporcionalidad, a fin de que la afectación sea la más restringida posible, teniendo en cuenta además que no pueden ampliarse los impedimentos empleando interpretaciones extensivas o analógicas" (Cfr. Manual de la Ley de Contrataciones del Estado. Análisis de la ley y su reglamento. Gaceta Jurídica. Lima. 2015, pág. 209)

37. En este contexto, llama la atención que, sin la menor base objetiva, nuestra administración pública haya venido asumiendo como legítimas la totalidad de las restricciones contenidas en los incisos d), f) e i) del Decreto Legislativo 1017, bajo pretexto de la existencia de lazos de consanguinidad o afinidad entre quienes tienen la condición de postores o contratistas y quienes de alguna forma pertenecen a las empresas o entidades vinculadas al proceso de contratación.

38. Que pueda establecerse una limitación de esta naturaleza cuando existen lazos de parentesco en quienes directamente han de encargarse o tengan poder de de-

cisión sobre los procesos de contratación, puede entenderse como perfectamente justificable y, en tal sentido, hace bien la norma en establecer prohibiciones de participación al respecto, pero que la misma lógica se asuma incluso y por el solo hecho de existir vínculos de parentesco con quienes tengan la condición de simples trabajadores de la empresa o entidad involucrada, resulta abiertamente arbitrario, pues no solo valida una presunción inaceptable en relación con la buena fe de los que participan, sino que castiga innecesariamente a toda persona natural o jurídica, que pretendiendo participar en la vida económica del país a través de un proceso de contratación con características abiertas, tenga que cargar con la consecuencia, a todas luces desproporcionada, de verse vetada de plano por tener un familiar con el que incluso podría o no tener vínculos plenamente consolidados.

39. En el caso de autos, es precisamente la situación descrita la que se viene cuestionando, ya que so pretexto de la relación de parentesco entre don Wilfredo Sullón Barrientos -trabajador de Petroperú por espacio de 37 años- y don Jorge Sullón Barrientos -gerente y representante de Vulcano SRL y Consorcio Alfa- se ha procedido a aplicar sobre ambas empresas y sin el mayor discernimiento ponderativo, las restricciones contenidas en los incisos d), f) e i), en la lógica de encontrarse bajo sus alcances, disponiéndose correlativamente la nulidad de oficio de los diversos contratos vinculados con los procesos en los que aquellas participaron.

40. Este Tribunal entiende que una cosa son las razones objetivas que justifican plenamente una eventual restricción para participar en un concurso público y otra totalmente distinta, las presunciones basadas en sospechas o simples conjeturas. Asumir que es la mala fe la que guía los patrones de conducta de los ciudadanos es identificarse con un modelo de Estado en el que se acepta como axioma que todas las personas son presumiblemente propensas a cometer delitos o infracciones administrativas, cuando se supone que debería ser exactamente al revés. La promoción y fortalecimiento de valores como la transparencia y honestidad no se hace pues a costa de cualquier fórmula, tanto más cuando, como ocurre en el presente caso, se encuentran involucrados diversos derechos fundamentales y la perspectiva de un modelo económico abierto.

41. En otros términos, en el caso concreto, el establecer un impedimento de contratación entre una empresa del Estado y una empresa particular en función a una verificación mecánica de la existencia de un vínculo de consanguineidad sin tener en cuenta la concreta incidencia que podría tener dicho vínculo en un proceso de contratación determinado resulta irrazonable y desproporcional.

En el caso de autos, no se advierte que el vínculo de consanguinidad existente entre don Wilfredo Sullón Barrientos - Trabajador de Petroperú por 37 años, quien no ostenta cargo directivo o con potestad de inferencia en los procesos de contratación de dicha empresa- y don Jorge Sullón Barrientos - gerente y representante de Vulcano SRL y Consorcio Alfa-, implique un potencial peligro para la salvaguarda del principio de transparencia que debe regir en las contrataciones del Estado.

42. De lo que se trata en el fondo, y hay que reiterarlo, es de fomentar un estado en el que prime la cultura de la buena fe y la vocación de participar dentro de condiciones que, si bien resulten cuidadosas de los intereses del Estado, resulten al mismo tiempo plenamente compatibles con los derechos de la persona, sea esta individual, sea esta colectiva. En ese sentido, el criterio de prohibir la contratación cuando el funcionario tiene poder decisión o injerencia en la misma, es el que brinda las condiciones para participar en la vida económica de la Nación y ejercer las demás libertades afines.

43. Bajo la lógica descrita está claro que la aplicación de las normas cuestionadas, efectuada sin tener en cuenta que en el caso *sub litis* el señor Wilfredo Sullón Barrientos no tenía injerencia en la contratación, resulta abiertamente arbitraria y lesiva de los derechos invocados, por lo que debe estimarse la demanda, correspondiendo restituir la eficacia de los derechos afectados.

44. En consecuencia, se debe declarar la inaplicabilidad de los literales d), f) e i) del artículo 10 del Decreto Legislativo 1017, Ley de Contrataciones del Estado, a las empresas demandantes, por resultar lesivos de su libertad de contratación.

Efectos de la sentencia

45. Mediante la Carta SOTL-0063-2018 de fecha 9 de abril de 2018, la parte emplazada ha informado que el Contrato 94351-YF-OBRA, con posterioridad a su anulación, fue sometido a concurso, suscribiéndose el Contrato 108182 YF. En la actualidad, el objeto del referido contrato ya fue cumplido, siendo que inclusive, ya se ha producido la entrega y recepción de la obra. Teniendo en cuenta ello, a la fecha ya no es posible disponer la ejecución del contrato solicitado.

46. Con relación al Contrato 89394-ZF-OBRA, la parte emplazada ha informado que mediante Resolución de Superintendencia Mantenimiento Nº TL-SPMT-009-2012-PP, se declaró la nulidad de oficio del citado contrato, procediéndose a liquidar la obra. Pese a ello, también señala que "no se encuentra pendiente de

licitación, pública". Al respecto y tomando en cuenta las características de una licitación pública, este Tribunal considera que dado el transcurso del tiempo desde que se anuló el referido contrato, en la actualidad no puede restituirse la eficacia de sus términos, pues no es posible determinar si la parte emplazada aun requiera de la realización del objeto del contrato (Servicio de trabajos menores de mantenimiento de bases y estructura en operaciones Talara).

47. En tal sentido, pese a que la norma cuestionada resulta inconstitucional y corresponde restituir la eficacia de los derechos invocados a favor de la parte demandante a fin de que en lo sucesivo se le permita contratar con el Estado, ello no puede disponerse en el caso de los Contratos 94351-YF-OBRA y 89394-ZF-OBRA, conforme se ha precisado en los fundamentos 44 y 45. Por lo tanto, corresponde disponer que la entidad demandada no vuelva a incurrir en las mismas acciones que motivaron la interposición de la demanda.

48. Finalmente, dado que los efectos de la presente sentencia se encuentran vinculados con la normatividad aplicable en los procesos de licitación pública del Estado, corresponde notificar al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado con la presente sentencia para su conocimiento y fines pertinentes.

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 al derecho fundamental a la libre contratación.

2. Declarar **INAPLICABLE** a Vulcano SRL y Consorcio Alfa los incisos d), f) e i) del artículo 10 del derogado Decreto Legislativo 1017, Ley de Contrataciones del Estado, vigente al momento de los hechos.

3. Declarar que Vulcano SRL y Consorcio Alfa pueden participar en las licitaciones públicas convocadas por Petroperú SA, sin que la relación de parentesco entre don Jorge Sullón Barrientos y don Wilfredo Sullón Barrientos sea causal de impedimento, siempre y cuando este último no tenga ningún poder de decisión, participación o de interferencia en los procesos de contratación de Petroperú SA.

4. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda en lo demás que contiene, conforme a lo precisado en el fundamento 25 supra.

5. Notificar la presente sentencia al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) para su conocimiento y fines pertinentes.

Publíquese y Notifíquese

SS.

BLUME FORTINI
RAMOS NÚÑEZ
LEDESMA NARVÁEZ

EXP. N.º 07798-2013-PA/TC
SULLANA
VULCANO S.R.L. Y OTROS

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO RAMOS NÚÑEZ

Si bien comparto el sentido de los cinco puntos resolutivos de la sentencia, formulo el presente fundamento de voto a fin de precisar las razones que me llevan a declarar fundada en parte la demanda de autos.

En primer lugar, como bien se precisa, en el caso de autos corresponde declarar improcedente la demanda respecto del Contrato 88789-YF-OBRA, por haber operado la sustracción de la materia. Por lo que, la decisión de fondo se circunscribe a los Con-

tratos 94351-YF-OBRA y 89394-ZF-OBRA, respecto de los cuales corresponde un pronunciamiento de conformidad con lo previsto en el artículo 1 del Código Procesal Constitucional.

Al respecto, la parte demandante solicita que la entidad demandada les inaplique el artículo 10 del Decreto Legislativo 1017, Ley de Contrataciones del Estado, en el extremo en que las empresas demandantes estarían impedidas de contratar con Petroperú, empresa del Estado, por el vínculo de parentesco existente entre don Wilfredo Sullón Barrientos –trabajador de Petroperú por 37 años- y don Jorge Sullón Barrientos -gerente y representante de Vulcano SRL y Consorcio Alfa. En ese sentido, piden que se declare la plena validez y vigencia hasta su total ejecución de los Contratos 94351-YF-OBRA y 89394-ZF-OBRA, así como la nulidad de aquellas cartas y todo acto que esté dirigido a dejar sin efecto los referidos contratos. Se alega la vulneración de sus derechos a la libertad de contratación y de trabajo.

El análisis del presente caso se circunscribe a la verificación de la presunta vulneración de la libertad de contratación, pues de la demanda no se advierten alegaciones constitucionalmente relevantes respecto de la libertad de trabajo invocada.

Sobre la presunta vulneración del derecho a la libertad de contratación, de autos se aprecia que la demandada asumió que la relación de parentesco entre don Wilfredo Sullón Barrientos -trabajador de Petroperú por 37 años- y don Jorge Sullón Barrien-

tos -gerente y representante de Vulcano SRL y Consorcio Alfa-, imposibilitaba cualquier contratación entre las empresas mencionadas y Petroperú, por lo que dispuso la nulidad de oficio de los mismos. Ello, a partir de una interpretación sistemática de los literales d), f), e i) del artículo 10 del Decreto Legislativo 1017 vigente en ese momento. Esta interpretación fue, por lo demás, previamente adoptada en Resoluciones del Tribunal de Contrataciones del Estado (Resolución Nº 1604-2011-TC-S2, de fecha 14 de octubre de 2011). Los precitados literales establecían lo siguiente:

> Artículo 10.- Impedimentos para ser postor y/o contratista
>
> Cualquiera sea el régimen legal de contratación aplicable, están impedidos de ser participantes, postores y/o contratistas:
>
> […]
>
> d) En la Entidad a la que pertenecen, los titulares de instituciones o de organismos públicos del Poder Ejecutivo, los directores, gerentes y trabajadores de las empresas del Estado, los funcionarios públicos, empleados de confianza y servidores públicos, según la ley especial de la materia;
>
> […]
>
> f) En el ámbito y tiempo establecidos para las personas señaladas en los literales precedentes, el cónyuge, conviviente o los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad;
>
> […]
>
> i) En el ámbito y tiempo establecidos para las personas señaladas en los literales precedentes, las personas jurídicas cuyos integrantes de los órganos de administración, apoderados o representantes legales sean las personas señaladas en los literales precedentes. Idéntica prohibición se extiende a las personas naturales que tengan como apoderados o representantes a las personas señaladas en los literales precedentes;
>
> […]

Como es evidente, dicha interpretación sistemática establece un límite al derecho a la libertad de contratación de las empresas demandantes, establecida en el inciso 14 del artículo 2, y el artículo 62 de la Constitución, concretamente en el ámbito referido a la autonomía para decidir la celebración de un contrato, así como la potestad de elegir al co celebrante, contenido constitucional reconocido jurisprudencialmente por el Tribunal Constitucional [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]. Lo que corresponde, sin embargo, es verificar si tal limitación se encuentra justificada constitucionalmente.

De la redacción de las disposiciones implicadas, así como de los principios recogidos en el artículo 4 del precitado Decreto Legislativo 1017 (moralidad, libre concurrencia competencia, imparcialidad y transparencia), se aprecia que la finalidad perseguida por tales prohibiciones era la de garantizar que los procesos de contrataciones con el Estado se lleven a cabo con arreglo a pautas de transparencia, honradez, probidad e imparcialidad, es decir que, toda contratación se realice en atención a criterios técnicos que permitan objetividad en el tratamiento a los postores y contratistas.

Es en ese sentido que los literales d), f), e i) del artículo 10 del Decreto Legislativo 1017 trataron de abarcar un amplio catálogo de impedimentos de contratación entre particulares y el Estado, entre los cuales, se incluyó una diversidad de vínculos de consanguinidad y afinidad respecto de los trabajadores de las empresas del Estado. Ahora bien, aunque la finalidad perseguida cuenta con respaldo constitucional en el principio de transparencia, el cual coadyuva a combatir los índices de corrupción en el Estado (Sentencia 00565-2010-HD/TC, fundamento 5), cabe indicar que, en el caso de autos se aprecia que el impedimento de contratación establecido a las empresas demandantes no supera el test de proporcionalidad, concretamente el sub principio de necesidad, tal y como se explicará a continuación.

Los impedimentos establecidos en los literales d), f), e i) del artículo 10 del Decreto Legislativo 1017, que prohíben de forma general a los familiares de un trabajador de una empresa del Estado -dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad- cualquier contratación con dicha empresa, resultan en principio una medida idónea para garantizar el principio de transparencia, pues se verifica que la medida de prohibición persigue el objetivo constitucionalmente legítimo antes indicado y, asimismo, existe una relación de causalidad entre el medio adoptado (impedimento de contratación) y el fin propuesto (garantía del principio de transparencia) (STC 00045-2004-AI/TC, fundamento 38). Al no existir posibilidad de contratación se evitarían potenciales conflictos de intereses o cualquier tratamiento preferente.

Sin embargo, la medida no resulta necesaria, por lo menos, en el caso concreto. Lo que se verifica en el análisis de necesidad es si existen medios alternativos al optado por el legislador que no sean gravosos o, al menos, que lo sean en menor intensidad. Se trata de una comparación entre medios: el optado por el legislador y el o los hipotéticos que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin. En el presente caso se aprecia que existen medios alternativos que, siendo igualmente idóneos, implican una limitación menor al derecho a la libertad de contratación. Así, por ejemplo, la vigencia del principio de transparencia en los procesos de contratación con el Estado

se ve igualmente garantizada si los impedimentos se circunscriben a aquellos vínculos de parentesco -dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad- respecto de aquellos trabajadores de las empresas del Estado que ostenten algún poder de dirección o decisión en los procesos de contrataciones de la empresa.

El establecer un impedimento de contratación entre una empresa del Estado y una empresa particular en función a una verificación mecánica de la existencia de un vínculo de consanguinidad sin tener en cuenta la concreta incidencia que podría tener dicho vínculo en un proceso de contratación determinado contraviene el subprincipio de necesidad. En ese sentido, en el caso de autos no se advierte que el vínculo de consanguinidad existente entre don Wilfredo Sullón Barrientos -trabajador de Petroperú por 37 años, quien no ostenta cargo directivo o con potestad de injerencia en los procesos de contratación de dicha empresa- y don Jorge Sullón Barrientos -gerente y representante de Vulcano SRL y Consorcio Alfa-, implique un potencial peligro para la salvaguarda del principio de transparencia que debe regir en las contrataciones con el Estado.

En consecuencia, tal como se indica en la ponencia, corresponde declarar la inaplicabilidad de los literales d), f) e i) del artículo 10 del Decreto Legislativo 1017, Ley de Contrataciones del Estado, a las empresas demandantes, por resultar lesivos de su libertad de contratación.

Sin perjuicio de ello, considero necesario precisar que si bien el artículo 1 del Código Procesal Constitucional faculta al juez constitucional a emitir pronunciamiento de fondo en una controversia en la que se haya producido la sustracción de la materia, dicho dispositivo establece que ello se hará en atención al agravio producido y que en caso se opte por declarar fundada la demanda se debe precisar los alcances de la decisión. En ese sentido, estimo que, además de declarar fundada en parte la demanda e inaplicable las disposiciones legales invocadas en su petitorio, corresponde disponer que la entidad emplazada no vuelva a incurrir en las mismas acciones, así como correr traslado de la presente sentencia al Organismo Supervisor de las Contrataciones el Estado.

S.

RAMOS NÚÑEZ

EXP. N.° 04801-2017-PA/TC
LIMA
CONTUGAS SAC

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 18 días del mes de noviembre de 2019, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Blume Fortini, Miranda Canales, Ramos Núñez, Sardón de Taboada, Ledesma Narváez, Espinosa-Saldaña Barrera y Ferrero Costa, pronuncia la siguiente sentencia, con la abstención del magistrado Blume Fortini, aprobada en la sesión de Pleno del 23 de agosto de 2018. Asimismo, se agregan el fundamento de voto del magistrado Miranda Canales y los votos singulares de los magistrados Ramos Núñez, Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera, y con el voto decisorio del magistrado Miranda Canales, en su condición de Vicepresidente del Tribunal Constitucional, en aplicación del artículo 10-A de su Reglamento Normativo.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por Contugas SAC (Contugas) contra la resolución de fojas 1253, de fecha 22 de junio de 2017, expedida por la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró improcedente la demanda.

ANTECEDENTES

Demanda

Contugas, en su calidad de titular de la concesión del servicio de distribución de gas natural de la Región Ica, el 20 de julio de 2016 presenta demanda de amparo contra Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (Osinergmin), la cual ha sido modificada con fecha 2 de agosto del 2016. Y solicita la nulidad de las Resoluciones 007-2016-OS/CC-96 (folios 76 a 108) y 006-2016-OS/CC-97 (folios 57 a 74), de fechas 3 y 5 de febrero de 2016 respectivamente, a través de las cuales el cuerpo colegiado *ad hoc* del Osinerming declaró fundadas las reclamaciones presentadas por

la Empresa de Generación Eléctrica del Sur SA (Egesur) y la Empresa de Generación Eléctrica de Arequipa SA (Egasa) respecto del método de facturación que Contugas les venía aplicando por el servicio de distribución de gas natural que les brinda, como consecuencia de los contratos de distribución que celebraron.

Asimismo, la demandante solicita la nulidad del procedimiento de reclamación iniciado por la Corporación Aceros Arequipa SA (Aceros Arequipa), toda vez que obedece a fundamentos similares a los expuestos por Egasa y Egesur. Finalmente, como pretensión condicional, solicita que se ordene al Estado designar a los funcionarios faltantes del Tribunal de Controversias del Osinergmin y que de esa forma se garantice, a futuro, la doble instancia en los procedimientos administrativos.

Alega que, a través de las resoluciones cuestionadas, Osinergmin ordenó a Contugas que se abstuviera de continuar facturando a las empresas mencionadas (Egasa, Egesur y Aceros Arequipa) por la totalidad de gas natural que les reservaba diariamente, y que, en vez de ello, les cobrase por la cantidad del recurso que efectivamente empleaban. Dicha circunstancia, a criterio de Contugas, afecta sus derechos al debido proceso, al juez determinado por ley, a la debida motivación, a la propiedad y a la libertad de contratación; así como el principio de legalidad.

Aduce que las empresas emplazadas, en su calidad de consumidores independientes, podían pactar válidamente de forma distinta a la empleada para los consumidores regulados (pago por lo efectivamente consumido), por lo que en ningún caso cabe la intervención del Estado; más aún si las partes acordaron que cualquier discrepancia con motivo de la relación jurídica se sometería a la jurisdicción arbitral.

Contestaciones de demanda

Contestación de demanda de Osinergmin

El Osinergmin contesta la demanda señalando que, si bien mediante Resolución Suprema 046-2008-EM de fecha 21 de octubre de 2008 se aprobó otorgar a Contugas la concesión del sistema de distribución de gas natural por red de ductos en la región Ica, ello no faculta a dicha empresa a desvincularse de la regulación del Estado, ya que su actuación se rige por las reglas del contrato de concesión (contrato BOOT) que se suscribió en marzo de 2009, el cual regula el régimen tarifario y de facturación al cual se encuentra sujeta la recurrente.

Dicho contrato de concesión, junto con el procedimiento de facturación para la concesión del sistema de distribución de gas natural por red de ductos en el departamento de Ica, aprobado por Resolución del Consejo Directivo 286-2015-OS/CD, de fecha 9 de diciembre de 2015, establecen la forma de facturación que debe emplear la

recurrente, independientemente de la condición de sus consumidores (regulados o independientes). Sin embargo, pese a la existencia de dicha normativa, Contugas, al celebrar los contratos de distribución con las empresas Egasa, Egesur y Aceros Arequipa, amparándose en la libertad contractual, pretende hacer prevalecer un sistema de facturación ajeno a la citada regulación.

Argumentó, también, que emitió las Resoluciones 007-2016-OS/CC-96 y 006-2016-OS/CC-97, en cumplimiento de sus competencias establecidas en el Reglamento de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos, Decreto Supremo 040-2008-EM, entendiendo que la forma de facturación a emplearse para el cobro por la distribución del gas natural se encuentra supeditada a lo establecido en el contrato BOOT y la Resolución del Consejo Directivo 286-2015-OS/CD; y, por tanto, la voluntad privada no puede primar sobre este marco legal, de obligatorio cumplimiento para la empresa concesionaria.

Contestación de demanda de Egasa

Egasa cuestiona la demanda en cuanto a la forma, manifestando que, al momento de interponerse (20 de julio de 2016), don Paúl Pedro Mendoza Váez no era apoderado de Contugas, ya que el poder que se le otorgó data de una fecha posterior (01 de agosto de 2016). Asimismo, plantea la excepción de prescripción, toda vez que considera que la demanda fue interpuesta fuera de los 60 días de producido el acto lesivo, en vista de que las resoluciones cuestionadas le fueron notificadas a Contugas el 12 de febrero de 2016, mientras la demanda se presentó recién el 20 de julio de 2016. Aunado a ello, señala que, en caso se tomara como punto de partida del cómputo del plazo prescriptorio la fecha de emisión de los oficios 25 y 27-2016-OS.CC/TSC, de fecha 28 de marzo de 2016, a través de los cuales Osinergmin comunicó que su Tribunal de Controversias no se encontraba activo, la demanda, aun así, se encontraría fuera del plazo legal. Por otro lado, alega que se ha producido la sustracción de la materia, pues el Tribunal de Controversias del Osinergmin, desde el 05 de octubre de 2016, cuenta con 3 miembros, los cuales, conforme a su reglamento, son suficientes para hacer mayoría simple y emitir un pronunciamiento válido.

Al contestar el fondo de la demanda, alega que las Resoluciones 007-2016-OS/CC-96 y 006-2016-OS/CC-97 fueron emitidas correctamente y, sin afectar ningún derecho fundamental, toda vez que la distribución de gas natural es un servicio público y, como tal, se encuentra regulado conforme a la normativa establecida por el Estado. En dicho escenario, la libertad contractual no puede desconocer, de forma alguna, los criterios regulados por ley, debiendo prevalecer estos últimos sobre cualquier tipo de acuerdo entre privados.

Contestación de demanda de Aceros Arequipa

Aceros Arequipa hace cuestionamientos de forma, argumentando que, al momento de interponerse la demanda, el apoderado de Contugas no se encontraba legitimado, ya que se le otorgó el poder recién en agosto de 2016. Asimismo, la modificación de la demanda que efectuó el actor fue totalmente arbitraria e irregular, pues, inicialmente, don Paúl Pedro Mendoza Váez acudió como persona natural, mientras que en el escrito de modificación de demanda lo hizo como apoderado de una persona jurídica (Contugas), por lo que corresponde que se declare la nulidad de todo lo actuado, hasta la emisión de la Resolución 1.

Por otra parte, formula las excepciones de incompetencia, falta de agotamiento de la vía previa y prescripción. Con relación a la primera excepción, argumenta que existe una vía igualmente satisfactoria para resolver la pretensión del actor, la cual está constituida por el proceso contencioso-administrativo; en cuanto a la segunda excepción, advierte que no se cumplió con agotar la instancia administrativa frente al Tribunal de Solución de Controversias del Osinergmin y, respecto a la tercera excepción, considera que las resoluciones cuya nulidad pretende la actora le fueron notificadas el 12 de febrero de 2016, pero que la demanda data del 20 de julio de 2016, por lo que entre tales fechas han trascurrido más de 60 días hábiles.

Al contestar el fondo de la demanda, señala que es infundada, pues, en su caso, al suscribir el contrato de distribución con Contugas, acordaron que las controversias que pudieran surgir serían resueltas por las partes y, en caso persistir discrepancias, se someterían a las instancias del Osinergmin. De la misma forma, manifiesta que el método de facturación de la demandante debe someterse a los lineamientos legales establecidos en el contrato de concesión (contrato BOOT) el cual, dentro sus cláusulas, regula el denominado régimen tarifario y la facturación del servicio de distribución y el procedimiento de facturación para la concesión del sistema de distribución de gas natural por red de ductos en el departamento de Ica, aprobado por Resolución del Consejo Directivo 286-2015-OS/CD, por lo que la voluntad de las partes, expresada en los contratos de distribución, no puede exceder el marco normativo establecido. Finalmente, refiere que no existe riesgo alguno de vulneración de los derechos fundamentales de la demandante, dado que aún no se ha emitido pronunciamiento respecto a su pedido de reclamación y que las resoluciones cuestionadas, a través de la presente demanda, no constituyen ningún tipo de precedente administrativo.

Contestación de demanda de Egesur

Egesur contesta la demanda con los mismos argumentos expuestos por Egasa.

Resoluciones de primera instancia o grado

El Quinto Juzgado Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante Resolución 14 (fojas 940), de fecha 21 de noviembre de 2016, declaró infundadas las excepciones propuestas y declaró la sustracción de la materia respecto de la pretensión condicionada; pues, mediante Resolución Suprema 239-2016-PCM, se designó al integrante faltante del Tribunal de Solución de Controversias del Osinergmin. Contra este último extremo no se interpuso medio impugnatorio alguno. Asimismo, la referida resolución declaró la improcedencia de la demanda solo respecto de Aceros Arequipa, dado que no se ha acreditado que el inicio de su reclamación administrativa ante el Osinergmin constituya una amenaza contra los derechos de Contugas, continuándose el proceso respecto de Osinergmin, Egesur y Egasa. Esta última decisión fue consentida por las partes y así fue declarado mediante Resolución 23 (fojas 1086), de fecha 14 de febrero 2017.

El Quinto Juzgado Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante sentencia de fecha 21 de diciembre de 2016 (fojas 960), declaró fundada en parte la demanda, tras considerar que se había acreditado la afectación de los derechos fundamentales de la recurrente a la libertad de contratación y al debido procedimiento administrativo y, en consecuencia, declaró la nulidad de las Resoluciones 006-2016-OS/CC-97 y 007-2016-OS/CC-96, pues, a su juicio, el procedimiento de facturación empleado por Contugas (facturación por la cantidad de gas reservado), en relación con las empresas Egasa y Egesur, nació de la libre voluntad de las partes contratantes; por lo que, al no existir ningún tipo de prohibición que impida acoger dicho sistema de cobros, no es posible que el Estado intervenga alterando las cláusulas contractuales convenidas voluntariamente por las partes.

Por otro lado, señaló que, de acuerdo con lo establecido en el Texto Único Ordenado del Reglamento de Solución de Controversias del Osinergmin, aprobado por Resolución de Consejo Directivo de Osinergmin 223-2013-OS/CD, dicho organismo no tenía competencia para resolver reclamaciones vinculadas con controversias de naturaleza privada, relacionadas con el modo de facturación acordado entre el concesionario de gas natural de la región Ica y sus clientes. Por último, consideró que Osinergmin había conculcado el derecho al juez natural, dado que las partes, al suscribir los contratos de distribución de gas natural, acordaron que cualquier controversia que surgiera y que no pudiera ser solucionada por las partes de forma directa debía ser sometida a arbitraje y no a competencia del Osinergmin.

Asimismo, declaró improcedente la demanda en el extremo que se alegó afectación del derecho de propiedad.

Resolución de segunda instancia o grado

La Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante resolución de vista de fecha 22 de junio de 2017 (fojas 1253), confirmó la Resolución 14, de fecha 21 de noviembre de 2016, que declaró infundadas las excepciones propuestas y revocó la Resolución 16, de fecha 21 de diciembre de 2016, que constituye la sentencia de primera instancia o grado, en el extremo que declaró fundada en parte la demanda y, reformándola, la declaró improcedente en todos sus extremos, pues, a su juicio, el proceso contencioso-administrativo constituye una vía igualmente satisfactoria en la cual el recurrente puede lograr la nulidad de las Resoluciones 007-2016-OS/CC-96 y 006-2016-OS/CC-97.

FUNDAMENTOS

Cuestión procesal previa

Sobre el agotamiento de la vía administrativa y la posibilidad de acudir al proceso contencioso administrativo

1. El artículo 45 del Código Procesal Constitucional establece que el proceso de amparo solo resulta procedente si los recurrentes, previa a la interposición de la demanda, han agotado la vía previa.

2. Ahora bien, de la revisión de autos se advierte que la actora, antes de acudir a la vía del proceso de amparo, presentó ante el Tribunal de Solución de Controversias del Osinergmin recursos de apelación contra las Resoluciones 007-2016-OS/CC-96 y 006-2016-OS/CC-97; sin embargo, la Secretaría General de dicho colegiado, a través de los Oficios 25 y 27-2016-OS.CC/TSC, de fechas 28 de marzo de 2016, manifestó su imposibilidad de dirimir la controversia, dado que, desde el 23 de octubre de 2013, no cuenta con la cantidad mínima de miembros exigidos por ley para la emisión de un pronunciamiento válido.

3. Siendo ello así, resultaría atentatorio contra el derecho a la tutela procesal efectiva de la empresa recurrente exigirle agotar la vía previa antes de acudir al proceso de amparo, cuando, conforme se indicó precedentemente, es la omisión del propio Estado la que le impidió obtener un pronunciamiento en segunda y definitiva instancia administrativa.

4. Por otra parte, se advierte que la Sala superior estimó que resulta de aplicación el artículo 5, inciso 2, del Código Procesal Constitucional, toda vez que, a su juicio, el proceso contencioso administrativo constituye una vía idónea para tutelar las pretensiones de la recurrente —a saber, la nulidad de las Resoluciones 007-2016-OS/CC-96 y 006-2016-OS/CC-97—.

5. Al respecto, cabe recordar que, en la sentencia emitida en el Expediente 02383-2013-PA/TC, publicada en el diario oficial El Peruano el 22 de julio de 2015, este Tribunal estableció los criterios para la aplicación de la causal de improcedencia mencionada en el párrafo precedente. En ese sentido, señala que deben analizarse dos niveles para determinar si la materia controvertida puede revisarse o no en sede constitucional:

   a) La perspectiva objetiva corrobora la idoneidad del proceso con la verificación de otros dos subniveles: (a.1) la estructura del proceso, si existe un proceso célere y eficaz que pueda proteger el derecho invocado (estructura idónea); y (a.2) el tipo de tutela que brinda el proceso, si es que dicho proceso puede satisfacer las pretensiones del demandante de la misma manera que el proceso de amparo (tutela idónea).

   b) La perspectiva subjetiva centra el análisis en la satisfacción que brinda el proceso, verificando otros dos subniveles: (b.1) la urgencia por la irreparabilidad del derecho afectado, si la urgencia del caso pone en peligro la reparabilidad del derecho; y (b.2) la urgencia por la magnitud del bien involucrado, si la magnitud del derecho invocado no requiere de una tutela urgente.

6. En este caso, desde una perspectiva objetiva, estimamos que corresponde dilucidar la controversia en sede constitucional porque, para acudir al proceso contencioso administrativo, resulta imperioso el agotamiento de la vía previa o, en su defecto, encontrarse exento de ello por aplicación de una de las causales previstas en el artículo 19 de la Ley 27584, que regula el proceso contencioso-administrativo; circunstancias que, como se indicó en los fundamentos jurídicos 2 y 3 supra, no se presentan en el caso materia de controversia.

7. Por otra parte, atendiendo a una perspectiva subjetiva, en el caso de autos se advierte la necesidad de tutela urgente derivada de la relevancia del derecho en cuestión, a saber, el derecho a la libertad de contratar, que, en tanto libertad de carácter patrimonial, además es una garantía institucional cuya vigencia y defensa son exigidas por el modelo de economía social de mercado consignado en la Constitución (cfr. Sentencia 008-2003-PI/TC, fundamento 16). Este Tribunal reitera la importancia que reviste la inclusión de un régimen económico en la Carta Fundamental que busca la vigencia del principio de justicia, pese a los riesgos que representa; como el excesivo poder político del Estado, así como el poder privado propiciado por una sociedad corporativa.

8. Además, no resolver la controversia podría generar un grave daño a los usuarios independientes del gas natural en el departamento de Ica, lo cual contravendría

el mandato constitucional de cumplir con la defensa de los consumidores y usuarios reconocido en el artículo 65 de la Constitución, dispositivo por el cual se establece un principio rector para la actuación del Estado y se consigna un derecho personal y subjetivo (cfr. Sentencia 03315-2004-PA/TC, fundamento 9). Para concluir, la discusión compromete también el buen uso de un recurso natural, como es el gas, protegido por el artículo 66 de la vigente Constitución. Por consiguiente, corresponde un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión.

9. Sin perjuicio de lo expresado, a criterio de este Tribunal procede un pronunciamiento de fondo, es decir, una tutela jurisdiccional urgentísima y perentoria, aun cuando existan vías judiciales específicas igualmente satisfactorias, en virtud de las circunstancias del caso. En efecto, la empresa recurrente interpuso demanda de amparo alegando que Osinerming le ordenó abstenerse de continuar facturando a Egasa, Egesur y Aceros Arequipa (usuarios independientes) por la totalidad de gas natural reservado diariamente y al contrario procediese a cobrarles por la cantidad del recurso que efectivamente empleaban.

1014 10. Tal alegación evidencia la urgencia de la tutela requerida, muy al margen de la existencia de una vía igualmente satisfactoria, dado que dicha orden, si bien proviene de un órgano público, trae consigo la apariencia de una manifiesta arbitrariedad, toda vez que contravendría los derechos invocados, al impedirle efectuar la facturación del gas natural conforme pactaron por contrato en ejercicio de su derecho a la libertad de contratar, lo cual colisiona con el sustento vital de su actividad comercial. Esta circunstancia pone también de manifiesto la necesidad de una urgencia de tutela jurisdiccional.

Delimitación del asunto litigioso

11. La cuestión controvertida radica en determinar i) si la emisión de las Resoluciones 007-2016-OS/CC-96 y 006-2016-OS/CC-97, por el cuerpo colegiado *ad hoc* del Osinerming, vulnera el derecho al juez predeterminado por ley de la demandante y si el colegiado *ad hoc* del Osinerming, al resolver los reclamos presentados por Egesur y Egasa, ha actuado dentro de su competencia o no; y ii) si las resoluciones administrativas cuestionadas restringen arbitrariamente el derecho a la libertad de contratación de la demandante con otros privados utilizando facturaciones por capacidad reservada de gas natural.

Sobre la vulneración del derecho al juez predeterminado por ley y la competencia del Osinerming para resolver reclamos presentados por Egesur y Egasa

12. En relación con el derecho al juez predeterminado por ley, reconocido en el artículo 39, inciso 3, de la Constitución, cuyo texto prescribe que "(…) Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, (…)", este Tribunal tiene dicho que aquel establece dos exigencias: 1) en primer lugar, que quien juzgue sea un juez o un órgano que tenga potestad jurisdiccional, garantizándose así la interdicción de ser enjuiciado por un juez excepcional o por una comisión especial creada *ex profeso* para desarrollar funciones jurisdiccionales, o que dicho juzgamiento pueda realizarse por comisión o delegación, o que cualquiera de los poderes públicos pueda abocarse al conocimiento de un asunto que debe ser ventilado ante órgano jurisdiccional; 2) en segundo término, que la jurisdicción y la competencia del juez sean predeterminadas por la ley, por lo que la asignación de competencia judicial necesariamente debe haberse establecido con anterioridad al inicio del proceso, garantizándose así que nadie pueda ser juzgado por un juez *ex post facto* o por un juez *ad hoc* (cfr. sentencias emitidas en los Expediente 0266-2002-AA/TC, Expediente 0041-2012-PA/TC, etc.).

13. Si bien el Osinergmin es el encargado de solucionar las controversias que se presentan con ocasión del proceso de aprovechamiento del gas natural (extracción, transporte y distribución), donde participan tanto los agentes económicos públicos como los privados, dicha competencia se encuentra restringida cuando, producto de la libertad de las partes contractuales, deciden que los problemas que surjan serán resueltos ante el Poder Judicial o un Tribunal Arbitral, conforme con el artículo 62 de la Constitución, cuyo texto dispone lo siguiente:

> 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.

En ese sentido, los reclamos de Egasa y Egesur contra el sistema de facturación de la demandante se encuentran amparados y tienen mecanismos o vías de resolución como la judicial o arbitral, conforme al precitado artículo 62 de la Constitución Política.

14. Este Tribunal advierte que, en atención a que la emisión de las resoluciones administrativas cuestionadas por la actora provienen de una supuesta vulneración de las cláusulas del contrato de concesión, o contrato BOOT, referidas al procedimiento de facturación a emplearse en el cobro del servicio de distribución; y, al ser dicho contrato un instrumento privado, se encuentra protegido por el artículo 62 de la Constitución; pues, en esencia, la discusión se encontraba en determinar si el régimen tarifario previsto en el contrato de concesión servía o no para el cálculo de la tarifa aplicable a los consumidores independientes (Egesur y Egasa) que contraten por reserva de capacidad con la concesionaria (Contugas).

15. De lo expuesto, se aprecia una vulneración del derecho al juez predeterminado por ley de Contugas, al haberse resuelto un reclamo sobre la modalidad de facturación pactada en los contratos de distribución de gas natural suscritos entre la demandante y otras empresas privadas. En otras palabras, un ente administrativo dirimió un asunto contractual cuya competencia en primer término estaba reservada, según el contrato suscrito, a un Tribunal arbitral.

16. Cabe recordar que, si bien la justicia arbitral tiene como fuente de origen el consentimiento de las partes de una relación contractual, es pasible de control constitucional posterior; el cual debe realizarse conforme las pautas desarrolladas en la Sentencia 0142-2011-PA/TC, fundamentos 20 al 22.

17. Lo expresado no desconoce que, en virtud del artículo 66 de la Constitución Política, tanto los recursos naturales renovables como los no renovables constituyen patrimonio de la Nación, cuyo aprovechamiento se encuentra a cargo del Estado, el cual, a través de leyes, se encarga de regular su adecuada utilización. En virtud de dicha atribución, en todo el territorio nacional, el Osinergmin ostenta su condición de organismo regulador, supervisor y fiscalizador de las disposiciones legales y técnicas relacionadas con las actividades de los subsectores de electricidad e hidrocarburos, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1 y 2 de la Ley 26734.

18. Entre las diversas competencias de Osinerming, tal como prescriben la Ley 26734 y su reglamento, el Decreto Supremo 054-2001-PCM, se encuentra la función supervisora, regulada en el artículo 31 de su reglamento. Por ella verifica el cumplimiento de las obligaciones legales, técnicas y aquellas derivadas de los contratos de concesión, por parte de las entidades y demás empresas o personas que realizan actividades sujetas a su competencia. Asimismo, la función supervisora permite verificar el cumplimiento de cualquier mandato o resolución emi-

tida por el propio Osinerming o de cualquier otra obligación que se encuentre a cargo de la entidad supervisada. No obstante, la precitada competencia no incluye determinar ante conflictos sobre las cláusulas de contratos o, como en el caso de autos, determinar si el régimen tarifario establecido en el contrato sirve o no para calcular la tarifa aplicable a los consumidores independientes (Egesur y Egasa).

Sobre la vulneración del derecho a la libertad de contratación

19. La Constitución vigente en sus artículos 2, inciso 14, y 62 consagra el marco de la libertad de contratación. Este Tribunal ha establecido que dicha prerrogativa garantiza la autodeterminación para decidir la celebración de un contrato, la potestad de elegir al cocelebrante y la capacidad de decidir, de común acuerdo, la materia objeto de regulación contractual (cfr. Sentencia 07339-2006-PA/TC, fundamentos del 46 y 47). Asimismo, ha precisado que de una interpretación sistemática de los dos párrafos del precitado artículo 62 se establece una regla de carácter general, y es que no sólo los términos contractuales contenidos en un contrato-ley, sino que, en general, todo término contractual, no puede ser modificado por leyes u otras disposiciones de cualquier clase (cfr. Sentencia 0003-2004-PI/TC, fundamento 13).

20. En el caso de autos, apreciamos que el Ministerio de Energía y Minas suscribió con la empresa demandante el Contrato de Concesión para la Distribución de Gas Natural en el departamento de Ica, de acuerdo con el cual Contugas SAC tiene la facultad exclusiva de distribuir gas natural por ductos en el departamento de Ica, para lo cual celebra contratos de distribución con sus distintos usuarios.

21. Conforme lo prescriben los numerales 2.8 y 2.9 del artículo 2 del TUO del Reglamento de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos, aprobado por Decreto Supremo 040-2008-EM, en el servicio de distribución gas natural existen dos clases de usuarios: los usuarios regulados y los independientes. La diferencia entre uno y otro radica en que los primeros adquieren un volumen menor o igual a los treinta mil metros cúbicos estándar por día, y los usuarios independientes consumen volúmenes mayores al antes indicado.

22. El artículo 65 del mismo reglamento dispone que los usuarios regulados suscribirán con la empresa distribuidora contratos por adhesión para el suministro de gas natural, los cuales son aprobados previamente por la Dirección General de Hidrocarburos del Ministerio de Energía y Minas. Lo cual evidencia que la libertad de contratación de los usuarios regulados está limitada; motivo por el que

el Estado prevé, como modalidad especial de protección, la aprobación previa del contrato adhesivo por el Ministerio de Energía y Minas.

23. La situación cambia en el caso de los usuarios independientes, quienes ostentan libertad para establecer las cláusulas en sus contratos de distribución de gas natural, las cuales son resultado del ejercicio del derecho a la libertad de contratación. En el caso de autos, la controversia gira en torno a los contratos de distribución de gas natural que celebra la empresa demandante con sus usuarios independientes; verbigracia, el contrato suscrito entre la demandante y Egasa, cuya copia corre a folio 136 del Tomo I del expediente principal.

24. Sobre el particular, el Osinergmin afirma que, según el Contrato de Concesión, Contugas SAC, no puede celebrar contratos de distribución con sus usuarios independientes en donde se pacte una facturación según la capacidad de gas natural que el usuario pide que se le reserve, esto es, solo puede facturar por el gas que el usuario independiente consuma y no por el gas que le pide reservar.

25. No obstante, la demandante informó a este Tribunal que, mediante Oficio 1643-2018-MEM/DGH, del 23 de noviembre de 2018, que obra a folio 115 del Cuadernillo del Tribunal Constitucional, el Ministerio de Energía y Minas, contraparte que suscribió el mencionado contrato de concesión, respondió su consulta sobre los alcances de este. El Ministerio le señala a Contugas SAC que el contrato de concesión "(…) no hace referencia alguna a la inclusión de cláusulas sobre pactos de reserva de capacidad o prohibición de los mismos en los contratos que suscriba su representada con los Consumidores Independientes, no habiéndose desarrollado dichos aspectos en el respectivo contrato".

26. De ello se colige que el ejercicio de la libertad de contratación solo puede ser limitada en dos hipótesis. La primera se da cuando existe una prohibición expresa y ella está recogida en una norma con rango de ley. La segunda se configura cuando la libertad de contratar se contrapone —exista o no prohibición expresa— a lo previsto en leyes de orden público.

27. Según reconocen las partes de este proceso, y se aprecia en los contratos de distribución de gas natural, Contugas SAC y sus usuarios independientes acordaron expresamente que el primero reservaría cierta capacidad diaria de gas natural a favor de los segundos y, en contraprestación, estos pagarían por esa reserva, independientemente del volumen de gas que efectivamente lleguen a consumir.

28. No obstante, los usuarios independientes acudieron a los cuerpos colegiados *ad hoc* del Osinergmin para cuestionar la validez y esos acuerdos. Ese órgano administrativo dictó las Resoluciones 006-2016-OS/CC-97 y 007-2016-OS/CC-96, del 5 y 3 de febrero de 2016, que, respectivamente, declararon fundadas las reclamaciones de Egasa y Egesur y, en línea con esas empresas eléctricas, sostuvo que los acuerdos de facturación según la capacidad reservada estaban prohibidos en el contrato de concesión de Contugas SAC.

29. Para sostener lo anterior, el Osinergmin hizo referencia al literal "e" de la cláusula 14.2 del Contrato de Concesión, sin embargo, de la revisión de esa cláusula no se aprecia ninguna prohibición que impida a Contugas SAC pactar una facturación según la reserva de capacidad.

30. Ciertamente, la citada cláusula contractual menciona una facturación según el gas natural consumido, pero no establece ninguna prohibición expresa, ni tácita, de pactar otras modalidades de facturación con los usuarios independientes que, como vimos, tienen plena libertad de contratación. Lo que evidencia que no existe la prohibición invocada por el Osinergmin en sus decisiones administrativas, tal como se ha referido en el fundamento jurídico 21 *supra*.

31. Esto descarta por completo el argumento del Osinergmin de que existe una prohibición o impedimento para acordar reserva de capacidad en los contratos de distribución de Contugas SAC con sus usuarios independientes. Según la misma entidad estatal que suscribió el contrato de concesión, aquella prohibición o impedimento no existe en el acuerdo de concesión.

32. También debe tenerse en cuenta que, dos meses antes de dictarse las decisiones del cuerpo colegiado *ad hoc* del Osinergmin, el 12 de diciembre de 2015, el Consejo Directivo del OSINERGMIN publicó su Resolución 286-2015-OS/CD, que aprobó el procedimiento de facturación para la Concesión del Sistema de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos en el departamento de Ica.

33. Si bien el artículo 8, numeral 8.1, literal "c", de ese procedimiento regula una modalidad de facturación según el gas consumido, eso tampoco significa una prohibición de pactar otras modalidades de facturación con los usuarios independientes que tienen libertad de contratación.

34. Por tanto, para este Tribunal está fehacientemente comprobado que no existe ninguna prohibición legal o contractual para que Contugas SAC celebre con sus usuarios independientes una facturación según la reserva de capacidad, de modo que una interferencia o prohibición de tales acuerdos, afectan la libertad constitucional de contratación.

35. De acuerdo con el artículo 2, numeral 24, literal "a", de la Constitución Política, la libertad de contratación no puede ser limitada por prohibiciones tácitas o indirectas, sino solo por prohibiciones expresas y directas. Además, tales prohibiciones deben tener como fuente normas con rango de ley. Ninguna de esas dos condiciones concurre en este caso, de modo que la prohibición de contratar invocada por los demandados es inexistente, lo que significa que se trata de acuerdos celebrados dentro de los límites constitucionales.

36. Además de lo anterior, se debe tener en cuenta que el contrato de concesión y el procedimiento de facturación antes referido no constituyen una intervención inconstitucional al intentar prohibir o limitar la libertad de contratación. En ambos casos se recoge una forma de facturación, sin prohibir ni excluir otras modalidades. Ni siquiera se dispone que "solamente" se podrá facturar según el gas consumido, único supuesto en donde cabría sostener que se pretendió excluir otras formas de facturación.

37. Se debe resaltar que el Osinergmin y las empresas demandadas no han sostenido que la facturación según la capacidad reservada de gas natural contravenga alguna ley de orden público. Lo que indica que sus contratos de distribución en donde libremente han pactado esa modalidad de facturación, se celebraron dentro de los límites establecidos por el artículo 2, numeral 14, de la Constitución Política.

38. Entonces, si no existe ninguna prohibición legal y tampoco se contravienen leyes de orden público, Contugas tenía libertad para pactar una facturación por capacidad reservada de gas natural con los usuarios independientes, que tienen libertad de configurar el contenido de sus contratos. Por lo tanto, este Tribunal entiende que los contratos de distribución de gas natural que suscribieron las empresas demandadas con Contugas SAC están dentro de los límites constitucionales de la libertad de configuración interna que es la facultad para decidir, de común acuerdo, el contenido de los contratos.

39. En otras palabras, estamos ante acuerdos lícitos a los cuales se debe extender la protección constitucional que corresponde a la libertad fundamental de contratación reconocido por el artículo 2, numeral 14 y numeral 24, literal "a", y por el artículo 62 de la Constitución Política.

40. Finalmente, y como consecuencia de estimarse la demanda, este Tribunal considera que la emplazada debe asumir únicamente el pago de costos, conforme a lo estipulado en el artículo 56 del Código Procesal Constitucional.

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

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de amparo.
2. Declarar **NULAS** las Resoluciones 007-2016-OS/CC-96 y 006-2016-OS/CC-97.
3. **ORDENAR** el pago de los costos procesales que serán liquidados en etapa de ejecución.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MIRANDA CANALES
SARDÓN DE TABOADA
FERRERO COSTA

PONENTE FERRERO COSTA

EXP. N.° 04801-2017-PA/TC
LIMA
CONTUGAS S.A.C

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO MIRANDA CANALES

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

1. Conforme se puede apreciar de autos, el petitorio de la demanda se circunscribe a la nulidad de las Resoluciones 006 y 007-2016-OS/CC-96, de fecha 5 y 3 de febrero de 2016, respectivamente. Dichas resoluciones declaran fundadas las reclamaciones administrativas de la Empresa de Generación Eléctrica de Arequipa S.A (EGASA) y la Empresa de Generación Eléctrica del Sur (EGESUR); asimismo, dejan sin efecto la contraprestación (facturación por lo reservado) de los "Contratos Privados de Distribución de Gas Natural", que ha celebrado la recurrente con las empresas mencionadas.

2. Es justo advertir que con fecha 20 de julio de 2016, Paul Pedro Mendoza Vaez y Francisco Valdez Silva interponen la presente demanda contra el Estado Peruano con el objeto de que designen a todos los miembros del Tribunal de Solución de Controversias regulado en el numeral 9.1 del artículo 9 de la Ley 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores. Dicha designación resulta de vital importancia para que cualquier recurrente pueda objetar las resoluciones administrativas, como las que mencionamos en el párrafo anterior, y se tenga por culminada la vía administrativa. Ello, sin embargo, no ocurrió como puede desprenderse de la modificación de la demanda, de fecha 02 de agosto de 2016.

3. Ahora bien, el artículo 45 del Código Procesal Constitucional, señala que el proceso de amparo sólo procede cuando se hayan agotado las vías previas. Dicho supuesto se produce, por ejemplo, cuando se encuentra en trámite algún procedimiento administrativo.

4. Sin embargo, también hay excepciones previstas taxativamente en el artículo 46 del Código Procesal Constitucional. Interesa para la presente controversia, aquella

consignada en el inciso 3, la cual señala que la excepción se produce cuando la vía previa no se encuentra regulada o ha sido iniciada innecesariamente por el afectado. En el presente caso, la vía previa sí se encuentra regulada, las resoluciones administrativas pueden cuestionarse en el Tribunal de Solución de Controversias. No obstante, acudir a dicho Tribunal resulta inoficioso, toda vez que se encuentra imposibilitado de resolver cualquier recurso que requiere la participación de todos sus miembros, precisamente porque todos sus miembros no han sido designados. En consecuencia, se configura la excepción al agotamiento de la vía previa.

5. Se ha argumentado que la empresa recurrente pudo optar por el proceso contencioso administrativo en la medida que se ha producido un silencio administrativo negativo. Al momento de interposición de la demanda, se encontraba vigente la Primera Disposición Transitoria, Complementaria y Final de la Ley 29060, la cual señalaba:

> Excepcionalmente, el silencio administrativo negativo será aplicable en aquellos casos en los que se afecte significativamente el interés público, incidiendo en la salud, el medio ambiente, los recursos naturales, la seguridad ciudadana, el sistema financiero y de seguros, el mercado de valores, la defensa comercial; la defensa nacional y el patrimonio histórico cultural de la nación, en aquellos procedimientos trilaterales y en los que generen obligación de dar o hacer del Estado; y autorizaciones para operar casinos de juego y máquinas tragamonedas.
>
> Asimismo, será de aplicación para aquellos procedimientos por los cuales se transfiera facultades de la administración pública, y en aquellos procedimientos de inscripción registral.
>
> En materia tributaria y aduanera, el silencio administrativo se regirá por sus leyes y normas especiales. Tratándose de procedimientos administrativos que tengan incidencia en la determinación de la obligación tributaria o aduanera, se aplicará el segundo párrafo del artículo 163 del Código Tributario.

6. Al respecto, tiene que anotarse que el silencio administrativo negativo se produce cuando se vence el plazo de duración del procedimiento administrativo. Como puede advertirse, para que se genere el silencio administrativo se requiere una expectativa de resolución de las resoluciones administrativas cuestionadas. Ello se produce cuando el órgano encargado de resolver se excede del plazo legalmente previsto. En efecto, la existencia y funcionamiento del órgano administrativo es crucial.

7. En el caso de autos, el Tribunal de Resolución de Controversias, si bien existía, no se encontraba en funcionamiento, por lo que el cómputo de plazo debe entenderse en el sentido que ante la existencia y posibilidad de resolver el recurso administrativo, el órgano competente no lo realiza. En este caso, como ya ha quedado argumentado, no puede decirse que a pesar de tener la posibilidad de resolver el medio impugnatorio, este no se resolvió en el plazo legalmente previsto; por el contrario, el Tribunal de Resolución de Controversias no se encontraba completo, por lo que estaba imposibilitado de resolver cualquier recurso. En consecuencia, no le es de aplicación el silencio administrativo negativo, tal y como estaba previsto en la normativa, ahora derogada. En esa línea de argumentación, tampoco podía recurrir al proceso contencioso administrativo.

S.

MIRANDA CANALES

EXP. N.° 04801-2017-PA/TC
LIMA
CONTUGAS S.A.C.

VOTO SINGULAR DE LOS MAGISTRADOS RAMOS NÚÑEZ, LEDESMA NARVÁEZ Y ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Con el debido respeto por la posición de mayoría, en el presente caso, consideramos que la demanda debe declararse **INFUNDADA** en todos sus extremos, en vista que Contugas no podía facturar a su antojo según la capacidad de gas reservada a Egasa y Egesur, sino que tenía que hacerlo de acuerdo a la fórmula contenida en el contrato de concesión celebrado con el Estado peruano, según la cual la capacidad reservada es un concepto más que contribuye a la determinación final de la facturación del servicio de distribución.

Por otro lado, dejar que la tarifa por el servicio de distribución de gas natural sea acordada por Contugas y los clientes sería desproporcional, ya que, por su posición contractual de único concesionario de la región Ica, Contugas está en mejores condiciones de negociación, dada la exclusividad otorgada en el punto 2.3 de la cláusula 2 del contrato de concesión.

Asimismo, consideramos que el Ministerio Público, la Odecma-Lima y el Colegio de Abogados de Lima deben, cada uno conforme a sus atribuciones, investigar penal y administrativamente el comportamiento procesal del apoderado y abogado de la parte demandante, así como del juez del Quinto Juzgado Constitucional de Lima, Hugo Rodolfo Velásquez Zavaleta, en relación a los hechos consistentes en el "**ruleteo" de demandas de amparo** con el objetivo aparente de que éstas recaigan, aleatoriamente, en el juzgado mencionado y que éste, luego, les haya declarado fundadas la medida cautelar y el amparo.

Nuestros argumentos son los siguientes:

Delimitación del asunto litigioso

1. La cuestión controvertida radica en determinar si la emisión de las Resoluciones 007-2016-0S/CC-96 y 006-2016-OS/CC-97, emitidas por el cuerpo colegiado

ad hoc del Osinergmin, vulneran el derecho al juez predeterminado por ley de la demandante y si restringen arbitrariamente su derecho a la libertad de contratación con otros privados, utilizando facturaciones por capacidad reservada de gas natural.

Sobre la vulneración del derecho al juez predeterminado por ley y la competencia de Osinergmin para emitir pronunciamiento respecto a los reclamos presentados por Egesur y Egasa

2. En relación al derecho al juez predeterminado por ley reconocido en el artículo 39, inciso 3, de la Constitución, este Tribunal tiene dicho que aquel establece dos exigencias: 1) en primer lugar, que quien juzgue sea un juez o un órgano que tenga potestad jurisdiccional, garantizándose así la interdicción de ser enjuiciado por un juez excepcional o por una comisión especial creada *ex profeso* para desarrollar funciones jurisdiccionales, o que dicho juzgamiento pueda realizarse por comisión o delegación, o que cualquiera de los poderes públicos pueda abocarse al conocimiento de un asunto que debe ser ventilado ante órgano jurisdiccional; 2) en segundo término, que la jurisdicción y la competencia del juez sean predeterminadas por la ley, por lo que la asignación de competencia judicial necesariamente debe haberse establecido con anterioridad al inicio del proceso, garantizándose así que nadie pueda ser juzgado por un juez *ex post facto* o por un juez *ad hoc* (Cfr. sentencias emitidas en los Expediente 0266-2002- AA/TC ; Expediente 0041-2012-PA, etc).

3. En el caso concreto, no puede sostenerse la vulneración del derecho al juez predeterminado por ley al haberse iniciado un procedimiento administrativo contra la demandante, pues el Osinergmin no ostenta potestades jurisdiccionales sino administrativas (reguladora, supervisora y fiscalizadora de los subsectores de electricidad e hidrocarburos), es decir, el juez predeterminado por ley no puede verse afectado por el procedimiento de un órgano administrativo porque, sencillamente, sus atribuciones son de distinta naturaleza. De allí que las decisiones definitivas del Osinergmin pueden ser cuestionadas ante el órgano jurisdiccional.

4. Por el contrario, advertimos que una de las controversias radica en determinar si los cuestionamientos de Egesur y Egasa, referidos a la facturación del servicio de distribución de gas natural pactado con Contugas, constituyen materias que deben resolverse en la jurisdicción arbitral. Al respecto, Contugas cuestiona la validez de las resoluciones 007-2016-OS/CC-96 y 006-2016-OS/CC-97, argumentando que, al suscribir los contratos de distribución de gas natural con

las demandadas Egesur y Egasa, acordaron que las controversias suscitadas con ocasión de la ejecución del contrato debían ser resueltas en la vía arbitral. En consecuencia, al tratarse de un cuestionamiento referido a la forma de facturación del servicio de distribución brindado, el Osinergmin no tenía competencia para pronunciarse al respecto.

5. Osinergmin sostiene que es competente para conocer y resolver las reclamaciones de Egesur y Egasa, toda vez que se trata de una controversia entre el distribuidor y las empresas consumidoras, sobre un asunto regulatorio tarifario, derivado del contrato de distribución que celebraron, el cual, a su vez, se encuentra supeditado a las cláusulas del contrato de concesión (contrato Boot), suscrito por Contugas con el Estado peruano.

6. El artículo 66 de la Constitución establece que tanto los recursos naturales renovables como los no renovables, constituyen patrimonio de la Nación, cuyo aprovechamiento se encuentra a cargo del Estado el cual, a través de leyes, se encarga de regular su adecuada utilización. En tal sentido, se desprende del texto constitucional que existe un mandato dirigido al Estado para tutelar y velar por el adecuado goce de los recursos naturales existentes en el territorio nacional.

7. En el marco de dicha atribución, en todo el territorio nacional, Osinergmin ostenta su condición de organismo regulador, supervisor y fiscalizador de las disposiciones legales y técnicas relacionadas con las actividades de los subsectores de electricidad e hidrocarburos, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 1 y 2 de la Ley 26734.

8. Acorde a ello, Osinergmin es el encargado de solucionar las controversias que se presentan con ocasión del proceso de aprovechamiento del gas natural (extracción, transporte y distribución), donde participan tanto los agentes económicos públicos como los privados. Así, los literales "e" y "f' del numeral 1 del artículo 3 de la Ley 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en Servicios Públicos, consagra su competencia para resolver los reclamos presentados por los usuarios del servicio público que tutela o dirimir las controversias suscitadas entre las distintas entidades públicas, empresas o usuarios.

9. De igual forma, el literal "a" del artículo 2 del Texto Único Ordenado del Reglamento del Osinergmin para la Solución de Controversias, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo 223-2013-OS/CD, de fecha 31 de octubre de 2013, establece como una de sus competencias la capacidad de resolver, en primera y en segunda instancia administrativa, los conflictos suscitados entre transportistas de hidrocarburos o distribuidores de gas natural por red de duc-

tos con los distribuidores, comercializadores y usuarios libres que emplean sus servicios de transporte o distribución, sobre los aspectos técnicos, regulatorios o normativos del servicio, o derivados de contratos de concesión sujetos a su supervisión, regulación o fiscalización.

10. Más específicamente, el inciso "b", del artículo 19 del Decreto Supremo 054-2001-PCM, Reglamento General del Osinergmin, establece como uno de sus objetivos el "[v]elar por el cabal cumplimiento de los contratos de concesión eléctrica, de transporte de hidrocarburos por ductos y de distribución de gas natural por red de ductos" (resaltado nuestro).

11. En el presente caso, se advierte que Contugas, a fin de acceder a la titularidad de la concesión del servicio de distribución de gas natural en la región Ica, en marzo de 2009, suscribió con el Estado peruano el Contrato de Concesión de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos en Ica o contrato BOOT (fojas 253), instrumento que, junto a la demás normativa propia al sector gasífero, constituyen el marco legal aplicable a los contratos de distribución que celebre con los consumidores que contraten sus servicios.

12. En tal sentido, considerando que la controversia que originó la emisión de las resoluciones administrativas cuestionadas por la actora proviene de una supuesta vulneración de las cláusulas del contrato de concesión, o contrato BOOT, referidas al procedimiento de facturación a emplearse en el cobro del servicio de distribución; y, al ser dicho contrato un instrumento normativo que vincula a la empresa concesionaria Contugas, el Osinergmin tenía plena competencia para pronunciarse respecto a la referida controversia; pues, en esencia, la discusión se encontraba en determinar si el régimen tarifario previsto en el contrato de concesión servía o no para el cálculo de la tarifa aplicable a los consumidores independientes (Egesur y Egasa) que contraten por reserva de capacidad con la concesionaria (Contugas).

13. La jurisdicción arbitral tiene como fuente de origen el consentimiento de las partes de una relación contractual; sin embargo, ello no justifica que cualquier asunto pueda reconducirse a dicha jurisdicción. Existen asuntos, como las potestades de los organismos reguladores, supervisores y fiscalizares que, por su propia naturaleza, constituyen materias indisponibles para los contratantes, pues la intervención del Estado en defensa de los consumidores y usuarios no puede dejarse a la libre voluntad de las partes.

14. Debe señalarse que, si bien las partes suscribieron una cláusula comprometiéndose a someter a la vía arbitral todos los conflictos que se produzcan, con ocasión

de la ejecución del contrato, ello no puede servir de fundamento para desviar la competencia del Estado para tutelar los intereses de los consumidores de gas natural, indistintamente de que se traten de consumidores regulados o independientes. Así, Osinergmin es el llamado por ley para resolver las controversias de índole normativo, pues, su competencia no se encuentra supeditada a la libre voluntad de las partes que suscriben un contrato de distribución de gas natural. Sostener lo contrario implicaría que el Estado renuncie a su facultad reguladora, supervisora y fiscalizadora en favor de los contratantes, quienes decidirían su intervención o no. En este sentido, en cuanto a este extremo, opinamos que no resulta atendible la pretensión de la recurrente.

Sobre la vulneración del derecho a la libertad contractual

15. El derecho a la libre contratación, establecido en el inciso 14 del artículo 2 de la Constitución, ha sido enunciado por este Tribunal como "el acuerdo o convención de voluntades entre dos o más personas naturales y/o jurídicas para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial. Dicho vínculo —fruto de la concertación de voluntades— debe versar sobre bienes o intereses que poseen apreciación económica, tener fines lícitos y no contravenir las leyes de orden público" (cfr. sentencia emitida en el Expediente 0008-2003-AI/TC, fundamento 26).

16. Conforme a reiterada jurisprudencia emitida por este Tribunal, se ha establecido que la libertad contractual garantiza, de un lado, la autodeterminación de las partes para decidir la celebración de un contrato, así como la potestad de elegir al cocelebrante; y, del otro, la autodeterminación para decidir de común acuerdo la materia objeto de regulación contractual (cfr. sentencia emitida en el Expediente 7339-2006-AA/TC, fundamento 47).

17. En dicho escenario, al igual que todo precepto iusfundamental, en el marco de un Estado constitucional, el ejercicio de la libertad contractual no puede considerarse como un derecho absoluto, pues, también se encuentra sujeto a límites. Este Tribunal ya ha tenido oportunidad de pronunciarse respecto a los límites de la libertad de contratación en anteriores oportunidades. En efecto, ha precisado lo siguiente:

> [E]l orden público al que hace alusión el artículo 2, inciso 14, de la Constitución hace explícita la carga institucional de todo derecho fundamental que da lugar a que la libertad de contratación no pueda ser apreciada como una isla oponible a costa de la desprotección de otros derechos fundamentales. Por ello, en criterio de este Tribunal, en un Estado social y democrático

de derecho (artículo 43° de la Constitución), el orden público y el bien común se encuentran instituidos en el propio contenido protegido del derecho fundamental a la libre contratación, actuando sobre él, cuando menos, en una doble perspectiva: prohibitiva y promotora. Prohibitiva en el sentido de que, como quedó dicho, ningún pacto contractual puede oponerse al contenido protegido de otros derechos fundamentales. Y promotora en cuanto cabe que el Estado exija a la persona la celebración de determinados contratos, siempre que, de un lado, no se afecte el contenido esencial del derecho a la libertad de contratación y, de otro, se tenga por objeto conceder debida protección a otros derechos fundamentales (cfr. sentencia emitida en el Expediente 02736-2004- AA/TC, fundamento 11).

18. El artículo 79 del Decreto Supremo 042-2005-EM, TUO de la Ley 26221, Ley Orgánica de Hidrocarburos, dispone que "[1]a distribución de gas natural por red de ductos es un servicio público. El Ministerio de Energía y Minas otorgará concesiones para la distribución de gas natural por red de ductos a entidades nacionales o extranjeras que demuestren capacidad técnica y financiera". En este contexto, la libertad de contratación no puede afectar los derechos de los usuarios de dicho servicio público. Al respecto, este Tribunal ha expresado:

> [L]a condición de consumidor o usuario no es asignable a cualquier individuo o ente, sino a aquel vinculado a los agentes proveedores dentro del contexto de las relaciones generadas por el mercado, las cuales tienen como correlato la actuación del Estado para garantizar su correcto desenvolvimiento.
>
> […]
>
> La Constitución prescribe en su artículo 65 la defensa de los intereses de los consumidores y usuarios, a través de un derrotero jurídico binario; vale decir, establece un principio rector para la actuación del Estado y, simultáneamente, consagra un derecho subjetivo. En lo primero, el artículo tiene la dimensión de una pauta básica o postulado destinado a orientar y fundamentar la actuación del Estado respecto a cualquier actividad económica. Así, el juicio estimativo y el juicio lógico derivado de la conducta del Estado sobre la materia, tienen como horizonte tuitivo la defensa de los intereses de los consumidores y los usuarios. En lo segundo, la Constitución reconoce la facultad de acción defensiva de los consumidores y usuarios en los casos de transgresión o desconocimiento de sus legítimos intereses; es decir, apareja el atributo de exigir al Estado una actuación determina-

da cuando se produzca alguna forma de amenaza o afectación efectiva de los derechos de consumidor o usuario, incluyendo la capacidad de acción contra el propio proveedor (cfr. sentencia emitida en el Expediente 0008-2003-Al/TC, fundamentos 29 y 30).

19. En el caso materia de análisis, Contugas alega que el Osinergmin, al emitir las Resoluciones 007-2016-OS/CC-96 y 006-2016-OS/CC-97, viene afectando su derecho a la libre contratación en su faz relacionada a la autodeterminación del objeto contractual. Manifiesta que a través de dichos pronunciamientos se ha desnaturalizando los contratos de distribución de gas natural que celebró con Egesur y Egasa, pues se le está impidiendo facturarles por la totalidad de gas que reserva a diario, pese a que estas empresas, en su condición de consumidores independientes, optaron libremente por asumir esta forma de facturación.

20. No cabe duda, en nuestra opinión, que los contratos de suministro de gas natural celebrados por Contugas con Egasa y Egesur no solo constituyen una relación contractual entre privados, sino una relación entre proveedor y usuario, la cual, al tener como objeto el servicio público de gas natural, no debe quedar al libre arbitrio de las partes contratantes. De allí que Contugas, al brindar un servicio público por concesión del Estado peruano, tiene la obligación de respetar lo convenido con éste en el Contrato de Concesión de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos en Ica, de marzo de 2009.

21. De acuerdo con el artículo 2.8, 2.9, 6 y 65 del Decreto Supremo 040-2008-EM, TUO del Reglamento de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos, aprobado mediante Decreto Supremo 042-99-EM, existen dos tipos de consumidores de gas natural. De un lado, están los consumidores regulados, quienes, dada su moderada capacidad de consumo, adquieren gas natural por un volumen igual o menor a treinta mil metros cúbicos estándar por día (30 000 m3 /día) y se encuentran restringidos en su capacidad de negociar libremente las cláusulas preestablecidas por las empresas distribuidoras del servicio. De otro lado, se encuentran los consumidores independientes, quienes, al poseer un volumen diario de consumo de gas natural superior a los 30 000 m3/día, pueden negociar con el productor, concesionario o comercializador las cláusulas aplicables a sus respectivos contratos de prestación de servicio. En el caso de autos, no existe controversia alguna entre las partes de la condición de Egasa y Egesur, las cuales son consideradas consumidores independientes.

22. En dicho escenario, según la recurrente, se presentan las llamadas clausulas *take or pay*, las cuales permiten a los consumidores independientes pactar con el con-

cesionario a fin de que este último les reserve periódicamente una determinada cantidad de recursos a cambio de que los primeros cumplan con el pago correspondiente a la cantidad reservada, independientemente del uso efectivo que se le dé al recurso. Para la actora, este tipo de acuerdos son muy comunes en el campo energético, pues, permiten a las empresas consumidoras mantener un sistema de abastecimiento constante para el logro de sus objetivos.

23. Siendo ello así, consideramos que los consumidores independientes (Egasa y Egesur) son libres de negociar y asumir las cláusulas que consideren oportunas para el manejo de sus actividades; sin embargo, los acuerdos a los que arriben con el concesionario deberán encontrarse en sintonía con la normativa vigente aplicable al sector productivo y, como ya se expresó anteriormente, conforme al contrato de concesión suscrito por Contugas con el Estado peruano.

24. En este contexto, debe abordarse el análisis de las resoluciones administrativas cuestionadas, a fin de determinar si, efectivamente, Osinergmin ha afectado el contenido constitucional del derecho a la libertad contractual de Contugas, materializado en los respectivos contratos de distribución de gas natural que suscribió con Egasa y Egesur.

25. Tal como se señaló precedentemente, Contugas suscribió con el Estado un contrato de concesión, el cual, en su cláusula 14, establece el régimen tarifario que debe observar, obligatoriamente, al brindar el servicio de distribución de gas natural en la región Ica. Específicamente, en el inciso "e" del punto 14.2 se establecen una serie de fórmulas para calcular la facturación aplicable a cada tipo de cliente, los cuales se encuentran subdivididos en atención de la actividad dedicada en seis categorías diferentes que van desde la letra "A" a la "F" (A=Residenciales, B = Comercio y Pequeña Industria, C = GNV, D = Gran Industria, E = Generador eléctrico y F = Petroquímica).

26. Los generadores eléctricos están comprendidos en la categoría "E", independientemente de su rango de consumo, según el inciso "a" del punto 14.2 de la cláusula 14 del contrato de concesión o contrato boot. La fórmula empleada para la facturación del servicio de distribución (FSD), de los consumidores dedicados a la generación eléctrica (categoría de Egasa y Egesur), es aquella contenida en el inciso e.3, del mismo punto y cláusula (fojas 283):

Categoría	Fórmula
C, D, E y F	FSD = FMC + FMD FMC = MCF * VMD + MCV * Vs FMD = MDF * VMD + MDV * Vs

Donde VMD constituye el valor mínimo diario de venta expresado en metros cúbicos por día (m^3/día) determinado como el mayor valor entre:

i) el 50 % de la capacidad reservada como derecho de conexión;

ii) el mínimo de la categoría asignada;

iii) la suma de los Vs en los últimos seis meses (incluido el facturado), dividido entre el número de días del periodo (6 meses).

De la referida fórmula se advierte que la facturación del servicio de distribución (FSD) será igual a la sumatoria de la facturación por el margen de comercialización (FMC) y la facturación por el margen de distribución (FMD), donde FMC = MCF*VMD + MCV*Vs y FMD = MDF*VMD + MDV*Vs. Como se observa el valor mínimo diario (VMD) es tomado en cuenta para determinar tanto la FMC y la FMD y, por ende, repercute en el cálculo de la FSD. Dicha precisión resulta de suma importancia en tanto el VMD se determina escogiendo entre el mayor valor de otros conceptos, dentro de los cuales se encuentra "el 50% de la capacidad reservada como Derecho de Conexión". En consecuencia, no es que el concesionario Contugas no pueda tomar en cuenta la capacidad reservada para facturar a Egasa y Egesur; sino tiene que hacerlo según la fórmula descrita, contenida en el contrato de concesión suscrito con el Estado peruano, según la cual la capacidad reservada es un concepto que contribuye a la determinación final de la facturación del servicio de distribución (FSD).

27. De la revisión de las Resoluciones 007-2016-OS/CC-96 y 006-2016-OS/CC-97, se advierte que el análisis efectuado por Osinergmin, en cuanto al empleo de dicha fórmula para el caso de los consumidores que contraten una reserva de capacidad, resulta adecuado; pues la cantidad de gas natural reservada diariamente para los consumidores es tomada en cuenta para el cálculo del valor mínimo diario (VMD) y, por ende, repercute en el cálculo final de la facturación del servicio de distribución (FSD) a cargo de los consumidores Egasa y Egesur que se dedican a la generación eléctrica. En otras palabras, conforme a la fórmula de cálculo establecida en el contrato de concesión (contrato boot), suscrito

por Contugas con el Estado peruano, el servicio de reserva de gas natural que se convenga en los contratos de distribución que celebre Contugas con los consumidores de las categorías C, D, E y F, constituye un factor importante para fijar la facturación que deberán asumir estos últimos.[1]

28. Dejar que la tarifa por el servicio de distribución de gas natural sea acordada por la empresa concesionaria y los consumidores (indistintamente de su condición de regulados o independientes) sería perjudicial para estos últimos, ya que, por su posición contractual, encuentran mermada su capacidad de negociación frente al único concesionario de Ica, exclusividad otorgada en el punto 2.3 de la cláusula 2 del contrato de concesión (fojas 259 reverso). En ese entendido, queda claro que Osinergmin, al emitir los pronunciamientos que la recurrente cuestiona, no ha afectado su libertad de contratar, sino que, conforme a sus competencias de organismo regulador, supervisor y fiscalizador determinó la forma de facturación que debía emplearse al existir cantidades reservadas de gas natural a favor de Egasa y Egesur; metodología que se encontraba regulada en el contrato de concesión o contrato boot, al cual se encuentra vinculado la actora.

Cuestión adicional: El "ruleteo" de demandas

29. No pasa desapercibido para nosotros, el modo tan genérico de plantear la demanda de amparo de fecha 20 de julio de 2016, la cual consta de 3 folios, no se adjunta medio probatorio alguno y fue interpuesta por Paul Pedro Mendoza Váez, patrocinado por el abogado Francisco Valdez Silva (CAL 59326), contra el Estado Peruano (sin especificar la entidad estatal), sin expresar a quién representa y dónde el responsable de mesa de partes tendría que leer todo el escrito de demanda para saber que dentro de los fundamentos de hecho se expresó que el "Estado peruano, actuando a través del Organismo de Supervisión de la Inversión Privada en Minería y Energía [Osinergmin], ha dictado decisiones que

1 El artículo 2.36 del TUO del Reglamento de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos aprobado mediante Decreto Supremo 042-99-EM, define el Derecho de Conexión como "aquel que adquiere el Interesado para acceder al Suministro de Gas Natural dentro de un Área de Concesión, mediante un pago que es regulado por el OSINERGMIN de acuerdo con la naturaleza del servicio, magnitud del consumo o capacidad solicitada, o la distancia comprometida a la red existente. Este pago obliga al Concesionario a efectuar la conexión en plazos no mayores a los señalados en el presente Reglamento, y otorga un derecho al Interesado sobre la capacidad de Suministro solicitada desde el Sistema de Distribución, siempre que se encuentre vigente el Contrato de Suministro entre el Consumidor y el Concesionario. Este Derecho es un bien intangible del Interesado". En este sentido, a través del derecho de conexión se garantiza al consumidor la capacidad comprometida del suministro pactado en el contrato de distribución suscrito con el concesionario, impidiendo a éste destinar la capacidad reservada contratada a otros consumidores.

atentan contra la libertad de contratación y debido proceso de mi representada", sin detallar siquiera cuáles son esas decisiones que constituirían la agresión a sus derechos. Posteriormente, con conocimiento de que la demanda interpuesta recayó, aleatoriamente, en el Quinto Juzgado Constitucional de Lima, despachado por el juez Hugo Rodolfo Velásquez Zavaleta, con fecha 2 de agosto de 2016 se realizó la modificación de demanda de amparo, la cual consta de 41 folios y, se especificó, ahora sí, de manera precisa y completa, que Paul Pedro Mendoza Váez es apoderado de Contugas, que la demanda es contra el cuerpo colegiado *ad hoc* del Osinergmin, se detallaron las resoluciones que considera lesivas (pretendiendo su nulidad) y se adjuntaron diversos medios de prueba.

30. Al respecto, Egasa y Egesur, en sus respectivas contestaciones de demanda, manifestaron que la situación descrita da serios indicios de que una pluralidad de personas naturales (comúnmente practicantes o asistentes de los estudios jurídicos) habrían interpuesto demandas con el objeto de obtener que una de ellas sea destinada al Quinto Juzgado Constitucional de Lima, en donde se obtuvo rápidamente una medida cautelar. En su momento, Aceros Arequipa expresó que se evidencia que la real intención de Paul Pedro Mendoza Váez era que no se identifique su demanda en el sistema informativo de expedientes del Poder Judicial y buscar introducir a Contugas ante el juzgado elegido, lo cual constituye un accionar irregular identificado con prácticas vedadas de "ruleteo de demandas", en las cuales se presentan diversos escritos postulatorios sin identificar a las partes, ni las pretensiones, ni los hechos controvertidos, a la espera de que uno de dichos escritos sea asignado a un despacho judicial favorable a sus intereses para acomodar la demanda, generando que Paul Pedro Mendoza Váez sea registrado como demandante desde el inicio, tal como continúa en los reportes del Poder Judicial, y no Contugas (véase que todas las resoluciones y cédulas de notificación aparece como demandante Paul Pedro Mendoza Váez).

31. La actuación de Paul Pedro Mendoza Váez y de su abogado Francisco Valdez Silva podría atribuirse a una serie de imperfecciones y defectos al momento de redactarse la demanda, tal y como lo manifestó la abogada de Contugas en la vista de la causa llevada a cabo ante este Tribunal el 22 de agosto de 2018. Sin embargo, similar conducta procesal se presenta en el Expediente 2142-2018- PA/TC, que también es de conocimiento de este Colegiado, donde el abogado Raffo Velásquez Meléndez (CAI 3509), con fecha 12 de mayo de 2016, plantea una demanda de amparo de manera genérica, la cual consta de 5 folios, no adjunta medio de prueba alguno, la dirige contra el Estado peruano (sin especificar la entidad estatal), no expresa a quién patrocina y tampoco especifica qué actuacio-

nes constituirían los actos lesivos (solo expresa que se han iniciado fiscalizaciones laborales ingresando de manera prepotente al domicilio de su representada). Posteriormente, con conocimiento de que la demanda interpuesta recayó aleatoriamente en el Quinto Juzgado Constitucional de Lima, despachado por el juez Hugo Rodolfo Velásquez Zavaleta, con fecha 13 de mayo de 2016 se realizó la modificación de demanda de amparo, la cual consta de 11 folios, y se especificó ahora sí de manera detallada y completa que el abogado Raffo Velásquez Meléndez patrocina a Minera Aurífera Retamas SA (Marsa), que la demanda es contra Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (Sunafil), se detalló la resolución que considera lesiva (pretendiendo su nulidad) y se adjuntó diversos medios de prueba. En el caso de Marsa, el abogado Raffo Velásquez Meléndez aparece como abogado desde la interposición de la demanda, mientras que en el caso de Contugas se presenta como abogado de esta empresa desde el recurso de agravio constitucional.

31. En los casos descritos, el juez del Quinto Juzgado Constitucional, Hugo Rodolfo Velásquez Zavaleta, no solo declaró fundadas las demandas en primera instancia; sino también declaró fundadas las medidas cautelares solicitadas por Contugas y Marsa. Se advierte, entonces, que la conducta de las demandantes y de sus abogados se repite en ambos casos; es decir, en la demanda no se expresa a quién representan o patrocinan como demandantes; no se expresa de forma específica y manifiesta cuál es la entidad estatal demandada (solo expresan que es contra el Estado peruano); se plantea de forma genérica; no se adjuntaron medios de prueba alguna; una vez conocido el juez de la causa, se modificaron las demandas especificando los demandantes, demandados, petitorios, las resoluciones que constituirían el acto lesivo y se adjuntaron medios de prueba. Asimismo, en ambos casos, el juez Hugo Rodolfo Velásquez Zavaleta les otorgó medidas cautelares y declaró fundadas sus demandas en primera instancia y el abogado Raffo Velásquez Meléndez patrocinó a ambas demandantes, aunque en diferentes etapas del proceso.

32. En este sentido, en el caso de autos, apreciamos indicios razonables de la posible comisión de un delito por parte de la demandante Contugas, de su apoderado Paul Pedro Mendoza Váez, del abogado que suscribió la demanda Francisco Valdez Silva y del juez Hugo Rodolfo Velásquez Zavaleta; por lo que, corresponde poner esta información en conocimiento del Ministerio Público para que actúe de acuerdo a sus atribuciones, de conformidad con el artículo 10 del Nuevo Código Procesal Penal, de aplicación supletoria por mandato del artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. Asimismo, también co-

rresponde informar a la Oficina Desconcentrada de Control de la Magistratura (Odecma) de Lima, para que actúe de acuerdo con sus atribuciones. Finalmente, debe informarse al Colegio de Abogados de Lima, para que determine si la conducta desplegada por el abogado Francisco Valdez Silva (CAL 59326) constituye una conducta ética o no en el ejercicio de la profesión.

Por todo lo expuesto, consideramos que, en el caso de autos, no se han vulnerado los derechos constitucionales invocados. Por eso, opinamos que se debe:

1. Declarar **INFUNDADA** la demanda de amparo; y
2. **REMITIR** los actuados al Ministerio Público, en atención de lo dispuesto en el artículo 10 del Nuevo Código Procesal Penal; así como a la Oficina Desconcentrada de Control de la Magistratura (Odecma) de Lima y al Colegio de Abogados de Lima, para que actúen de acuerdo con sus atribuciones, conforme se ha explicado en este voto.

SS.

RAMOS NÚÑEZ
LEDESMA NARVÁEZ
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

B. PROCESOS DE TUTELA DE DERECHOS

B.2 PROCESOS DE HABEAS CORPUS

EXP. N.º 04729-2015-PHC/TC
LIMA
V.M.A.A.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 26 días del mes de febrero de 2019, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Blume Fortini, Miranda Canales, Ramos Núñez, Sardón de Taboada, Ledesma Narváez, Espinosa-Saldaña Barrera .y Ferrero Costa pronuncia la siguiente sentencia, con los fundamentos de voto de los magistrados Blume Fortini, Miranda Canales y Ledesma Narváez que se agregan y el fundamento de voto del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por V.M.A.A. contra la resolución de fojas 52, de fecha 18 de marzo de 2015, expedida por la Cuarta Sala Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima que, con el voto dirimente del juez Chunga Purizaca, de fecha 15 de mayo de 2015, declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 5 de setiembre de 2014, V.M.A.A., de nacionalidad ecuatoriana, interpone demanda de hábeas corpus contra la Superintendencia Nacional de Migraciones solicitando la nulidad de todo lo actuado desde que fue intervenida por la policía el 21 de agosto de 2014, hasta la emisión de la Resolución de Superintendencia 00000432-2014-MIGRACIONES, de fecha 22 de agosto de 2014, que resolvió cancelar su calidad migratoria de residente en el Perú y le ordenó salir del país. Alega la vulneración sus derechos al debido proceso, a la defensa y a la debida motivación de las resoluciones administrativas, así como el derecho de ingresar, transitar y salir del territorio peruano en su calidad de extranjera residente. En consecuencia, solicita que se ordene la expedición de nuevas resoluciones arregladas a derecho.

La demandante sostiene que fue intervenida el 21 de agosto de 2014 por la Policía Nacional del Perú sin mediar delito flagrante y sin respetarse su condición de extranjera

residente con calidad migratoria de trabajo. Según señala, fue conducida a las instalaciones de la División de Extranjería de la Policía Nacional del Perú en donde se le mantuvo incomunicada. Refiere, además, haber sido tratada como una delincuente (fojas 2).

La recurrente sostiene que en ningún momento del procedimiento fue informada sobre los motivos de su detención y que no se le permitió contar con la asistencia de un abogado, vulnerándose así su derecho de defensa. Añade que la Resolución de Superintendencia 00000432-2014-MIGRACIONES, de fecha 22 de agosto de 2014, únicamente se limita a señalar la norma legal que supuestamente habría infringido y no específica los hechos y el sustento fáctico legal que motivó la cancelación de su residencia (fojas 4). En ese sentido, arguye que se afecta la debida motivación dado que motivar una decisión no sólo significa expresar bajo qué norma legal se expide el acto administrativo, sino, fundamentalmente, exponer en forma suficiente las razones de hecho y el sustento jurídico que justifican la decisión adoptada.

Mediante resolución de fecha 9 de setiembre de 2014, el Quincuagésimo Quinto Juzgado Penal de la Corte Superior de Lima declaró la improcedencia liminar de la demanda por considerar que, de la lectura del contenido de la resolución de superintendencia cuestionada, se desprende que la decisión fue adoptada luego de una investigación formulada por la División de Extranjería de la Dirección de Seguridad Integral de la Dirección de Seguridad de la Policía Nacional del Perú. Así, a juicio del juzgado, la decisión se tomó de conformidad con las diligencias policiales efectuadas que probaron que la beneficiaria venía realizando actividades lucrativas, no contando con medios económicos suficientes que le permitieran sufragar los costos de su residencia, encontrándose así incursa en la sanción de cancelación de residencia prevista en el numeral 2 del artículo 63 la antigua Ley de Extranjería (Decreto Legislativo 703).

A su turno, la Cuarta Sala Penal Especializada para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Lima, luego de realizar la vista de la causa en la que no hubo informe de ninguna de las partes, confirmó la apelada por similares fundamentos con el voto del juez Chunga Purizaca llamado a dirimir la causa ante el voto discordante del juez Biaggi Gómez.

Interpuesto el recurso de agravio constitucional, mediante auto de fecha 5 de junio de 2018, este Tribunal Constitucional admitió a trámite la demanda de hábeas corpus y otorgó un plazo de cinco días hábiles a la parte emplazada a fin de que ejerza su derecho de defensa.

Luego de transcurrido el plazo estipulado sin haberse contestado la demanda, se programó la vista de la causa para el 19 de setiembre de 2018 en la cual no hubo informe de ninguna de las partes.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. La presente demanda tiene por objeto que se declare la nulidad de todo lo actuado en el expediente seguido con Hoja de Trámite 20140541336 sobre cancelación de residencia en el territorio nacional respecto de la demandante, V.M.A.A.. Es decir, se solicita la nulidad de todo lo actuado desde que ésta fue intervenida por la policía el 21 de agosto de 2014, hasta la emisión de la Resolución de Superintendencia 00000432-2014-MIGRACIONES, de fecha 22 de agosto de 2014. Según la recurrente, se han vulnerado sus derechos al debido proceso, a la defensa, a la debida motivación de las resoluciones administrativas y su derecho de ingresar, transitar y salir del territorio peruano en su calidad de extranjera residente.

2. En este punto, es oportuno advertir que los argumentos esgrimidos por la demandante están dirigidos, principalmente, a cuestionar los defectos del procedimiento migratorio seguido en su contra. En consecuencia, este Tribunal considera que el caso de autos se debe dilucidar a partir de la alegada afectación del derecho de defensa, puesto que, según se puede advertir del expediente, la imposición de la sanción de cancelación de residencia y la posterior orden de salida del país, se habrían dado como consecuencia de haber imposibilitado a la demandante refutar la infracción que en su contra se vertía.

Consideraciones previas

3. Este Tribunal advierte que a fojas 10 del expediente obra la Orden de Salida 2016, de fecha 22 de agosto de 2014, suscrita por el Superintendente Nacional de Migraciones, General PNP (r) Edwin Ramón Palomino Vega, mediante la cual se dispone la salida del país de V.M.A.A.. Dicha orden le otorga a la recurrente como fecha límite para abandonar el territorio nacional el 6 de setiembre de 2014. Es decir que, desde la fecha de la emisión de la aludida orden de salida, la demandante contaba con quince (15) días para abandonar el Perú. Sobre el particular, no se desprende del expediente información alguna que demuestre que dicha orden haya sido dejada sin efecto o que la Resolución de Superintendencia 00000432-2014-MIGRACIONES se haya declarado nula.

4. Por otro lado, mediante Oficio 000081-2018-AJ/MIGRACIONES, remitido a este Tribunal el 27 de noviembre de 2018, la Directora General de Asesoría Jurídica de la Superintendencia Nacional de Migraciones informa que, visto el record migratorio de V.M.A.A., se concluye que a la fecha la demandante se encuentra en territorio nacional con situación migratoria irregular.

5. Por lo tanto, para efectos de dilucidar la controversia surgida en el caso de autos, este Tribunal considerará vigente la Resolución de Superintendencia 00000432-2014-MIGRACIONES en virtud de la cual se expidió la Orden de Salida 2016, de fecha 22 de agosto de 2014, que exigió a la demandante abandonar el país, corno máximo, el 6 de setiembre de 2014.

Análisis de la controversia

6. En el presente caso la recurrente afirma que durante todo el procedimiento administrativo migratorio que se le siguió, y que finalmente desencadenó en la cancelación de su residencia y en la emisión de una orden de salida en su contra, no se le permitió ser asistida por un abogado de su elección. Afirma que ello ha vulnerado su derecho de defensa.

7. La Constitución reconoce el derecho de defensa en el inciso 14 del artículo 139, en virtud del cual se garantiza que toda persona, en la protección de sus derechos y obligaciones, cualquiera que sea su naturaleza (civil, mercantil, penal, laboral, etc.), no quede en estado de indefensión. De manera 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 o de las autoridades administrativas de ejercer los medios necesarios, suficientes y eficaces para defender sus derechos e intereses legítimos [Cfr. Expediente 1231-2002-PHC/TC, fundamento 2].

8. Ahora bien, debe recordarse que las garantías constitucionales consagradas en el artículo 139 de la Constitución y en el artículo 4 del Código Procesal Constitucional son de aplicación, de conformidad con su propia naturaleza, a los procedimientos administrativos sancionadores.

9. Así, entre dichas garantías cabe incluir precisamente el derecho a la defensa, que proscribe cualquier estado o situación de indefensión; el derecho a conocer los cargos que se formulan contra el sometido a procedimiento administrativo sancionador; el derecho a no declarar contra sí mismo; el derecho a la asistencia de letrado o a la autodefensa; el derecho a utilizar los medios de prueba adecuados para la defensa; el derecho a la última palabra, entre otros.

10. Con respecto al derecho de defensa, este Tribunal en reiterada jurisprudencia ha precisado que éste 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 determinado hecho delictivo;

y otra formal, que supone el derecho a una defensa técnica, esto es, al asesoramiento y patrocinio de un abogado defensor de su elección desde que la persona es citada o detenida por la autoridad y durante todo el tiempo que dure la investigación preliminar o el proceso mismo. En ambos casos se garantiza el derecho de no ser postrado a un estado de indefensión en cualquier etapa del proceso, inclusive, como ya se dijo, en la etapa preliminar. Así, las garantías mínimas que se exigen en el proceso penal son extrapolables, con matices atendiendo a las propias circunstancias de cada caso, al proceso administrativo sancionador, sobre todo en lo que respecta al derecho de defensa [*Cfr*. Expedientes 2050-2002-AA/TC, fundamento 12 y 02098-2010-PA/TC, fundamento 7].

11. Así las cosas, se tiene que el derecho a contar con un abogado, como contenido del derecho de defensa, se encuentra reconocido en el inciso 14 del artículo 139 de la Constitución, conforme al cual toda persona 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."

12. De manera específica, sobre la dinámica de este derecho en el ámbito de los procedimientos administrativos sancionadores, este Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de establecer en el Expediente 02098-2010-PA/TC lo siguiente:

> "21. (...) en principio, el derecho de defensa puede ser ejercido directamente por el citado o detenido ante cualquier autoridad. No obstante no todos los actos procesales ni todas las materias en discusión son de configuración sencilla y por tanto permiten a cualquier persona citada, detenida o procesada ejercer de manera directa su derecho de defensa. Así pues, por el grado de complejidad, existe como contenido del derecho de defensa, el derecho a ser asistido por un abogado defensor libremente elegido desde que la persona es citada o detenida, para que represente sus intereses, lo aconseje y razone y argumente por él.
>
> 22. En el ámbito del proceso penal, la protección de los bienes jurídicos en conflicto consagra con especial proyección el derecho a la asistencia letrada, que tiene como destinatarios primigenios a quienes se ven sometidos a un proceso penal. Así, se vulnera el derecho a la asistencia letrada cuando el órgano judicial no hizo ver al procesado la posibilidad de designar un abogado defensor o utilizar el abogado defensor de oficio. De este modo, no basta con la designación del abogado defensor de oficio sino que es preciso garantizar la efectividad de su asistencia al detenido, acusa-

> do o procesado, de forma que en el caso de que aquél eluda sus deberes, si han sido advertidas de ello, las autoridades deben sustituirlo u obligarle a cumplir su deber.
>
> 23. A diferencia del proceso penal, en donde el derecho a la asistencia letrada despliega toda su eficacia en relación al detenido, acusado o procesado, en el ámbito del procedimiento administrativo sancionador el derecho a la asistencia letrada es un derecho relativo, sometido a diversos condicionamientos procesales y materiales. Sin embargo ello no priva al administrado del derecho a la asistencia letrada, ni lo obliga a actuar personalmente, sino que le faculta a elegir entre la autodefensa o la defensa técnica.
>
> 24. De este modo el derecho a la asistencia letrada implica no sólo el nombramiento libre de un letrado, sino también la asistencia efectiva de este. Para que ello suceda la autoridad previamente al administrado, citado, detenido, acusado o procesado, le debe informar debidamente que su defensa puede ser asumida por él, o por un abogado elegido libremente por él, o, de ser el caso, por un abogado designado por la institución o por un defensor de oficio."

13. Expuesto lo anterior, en el caso de autos este Tribunal no advierte del expediente que las autoridades policiales o administrativas, le hayan informado a la recurrente sobre su derecho a elegir libremente un abogado para que le asista durante el procedimiento migratorio que se le llevó a cabo. Pese a ello, se advierte que la demandante sí tenía la intención de contar con una defensa técnica pero que ello, según señala, no le fue permitido.

14. Por lo tanto, considerando la magnitud de las posibles consecuencias que podían desencadenarse como producto de dicho procedimiento migratorio (la cancelación de la residencia, como de hecho ocurrió, y sanción de salida obligatoria del país), las autoridades involucradas estaban en la obligación tanto de informar a la demandante sobre su derecho a contar con asistencia letrada, como de permitirle contar con la misma. Este derecho cobra especial relevancia en procedimientos de esta naturaleza que, si bien son procedimientos administrativos, tienen la particularidad de enfrentar a las personas extranjeras a un sistema jurídico que les resulta ajeno, lo cual las coloca ciertamente en una situación de particular vulnerabilidad.

15. Todo este escenario generó, evidentemente, que la demandante fuera imposibilitada de demostrar al interior de dicho procedimiento que no se encontraba incursa en la causal de cancelación de residencia prevista en el numeral 2 del

artículo 63 la antigua Ley de Extranjería (Decreto Legislativo 703). Es decir, la vulneración de su derecho de defensa impidió a V.M.A.A. dar cuenta a las autoridades migratorias sobre los recursos económicos con que contaba para que éstas pudieran así evaluar de manera objetiva si es que en su caso particular cabía o no la aplicación de dicha causal de cancelación de residencia. La consecuencia práctica de ello fue que las autoridades migratorias no tuvieran los elementos suficientes para valorar correctamente el caso concreto a fin de motivar adecuadamente su decisión.

16. Es así que, por los motivos antes expuestos, este Tribunal considera que en el presente caso se ha vulnerado el derecho a la asistencia letrada de libre elección como manifestación del derecho de defensa de la recurrente en el marco del procedimiento migratorio que se siguió en su contra.

17. En la medida en que en este caso se ha acreditado la vulneración del derecho de defensa, lo cual generó que la decisión finalmente adoptada por la Superintendencia Nacional de Migraciones se encuentre viciada al no haberle permitido a la recurrente refutar la infracción que habría cometido a la ley de migraciones entonces vigente, este Tribunal considera que se debe declarar nulo todo lo actuado desde que V.M.A.A. fue intervenida policialmente el 21 de agosto de 2014, hasta la Orden de Salida 2016 emitida por el Superintendente Nacional de Migraciones con fecha 22 de agosto de 2014.

18. En consecuencia, corresponde a las autoridades involucradas en el procedimiento migratorio seguido con Hoja de Trámite 20140541336 sobre cancelación de residencia en el territorio nacional, respecto de V.M.A.A., tomar las acciones que juzguen convenientes de cara a las circunstancias actuales, bajo un respeto irrestricto de su derecho de defensa.

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

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** en parte la demanda por haberse acreditado la vulneración del derecho de defensa.

2. En consecuencia, **NULO** todo lo actuado desde que V.M.A.A. fue intervenida policialmente el 21 de agosto de 2014, hasta la Orden de Salida 2016 emitida por el Superintendente Nacional de Migraciones con fecha 22 de agosto de 2014.

3. Dejar a salvo las competencias de las autoridades migratorias involucradas en este caso para que procedan, de ser el caso, conforme el párrafo 18 de la presente sentencia.

4. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda en los demás extremos

Publíquese y notifíquese.

SS.

BLUME FORTINI
MIRANDA CANALES
RAMOS NÚÑEZ
SARDÓN DE TABOADA
LEDESMA NARVÁEZ
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA
FERRERO COSTA

EXP. N.º 04729-2015-PHC/TC
LIMA
V.M.A.A.

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI

Si bien concuerdo con declarar fundada la demanda, considero que es necesario enfatizar la máxima importancia del derecho de defensa, como uno de los derechos fundamentales matrices que debe garantizar el Estado Constitucional a todas las personas, sin importar su nacionalidad u origen étnico o territorial, pues el Texto Constitucional es claro al no efectuar distinción alguna al establecer en su artículo 1, que "la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado".

Por ello, considero que cuando las autoridades de la administración pública, en el ejercicio de sus competencias, deban imponer sanciones es necesario que resguarden debidamente el derecho de defensa de todos los administrados, no solo con la finalidad de evitar su lesión, sino de resguardar la eficacia del sistema jurídico peruano.

S.

BLUME FORTINI

EXP. N.º 04729-2015-PHC/TC
LIMA
V.M.A.A.

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO MIRANDA CANALES

En el presente caso, si bien me encuentro de acuerdo con el fallo, considero pertinente agregar que conforme se señala en la propia sentencia, de forma posterior a los hechos, la nueva normativa que regula los derechos y deberes de los migrantes (Decreto Legislativo 1350) suprime la causal que motivó la cancelación de la residencia en el país ha sido suprimida.

1050 Al respecto, tal como señalé en el voto singular que suscribí en el expediente 2596-2016-PA, debe tomarse en cuenta de que en el ámbito del derecho administrativo sancionador también opera la retroactividad benigna.

En efecto, como lo ha dicho este Tribunal Constitucional, el principio de retroactividad benigna propugna la aplicación de una norma jurídica penal posterior a la comisión del hecho delictivo a condición de que dicha norma contenga disposiciones más favorables al reo. Ello, sin duda, constituye una excepción al principio de irretroactividad de la aplicación de la ley y se sustenta en razones políticocriminales, en la medida en que el Estado no tiene interés (o no en la misma intensidad) en sancionar un comportamiento que ya no constituye delito (o cuya pena ha sido disminuida) y, primordialmente, en virtud del principio de humanidad de las penas, el mismo que se fundamenta en la dignidad de la persona humana (Cfr. STC. Exp. 4896-2014-PHC/TC, fundamento 8).

Sin embargo, considero que dicho principio no es privativo del ámbito penal, sino que también puede ser aplicado en el derecho administrativo sancionador, toda vez que:

i. Los principios de culpabilidad, legalidad, tipicidad, entre otros, constituyen principios básicos del derecho sancionador, que no sólo se aplican en el ámbito del derecho penal, sino también en el del derecho administrativo sancionador

(STC. Exp. 2050-2002-AA/TC), lo que incluiría también el principio de retroactividad benigna.

ii. El inciso 5 del artículo 248 del vigente TUO de la Ley 27444 reconoce al principio de retroactividad benigna en los siguientes términos:

> *Irretroactividad- Son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables.*
>
> *Las disposiciones sancionadoras producen efecto retroactivo en cuanto favorecen al presunto infractor o al infractor, tanto en lo referido a la tipificación de la infracción como a la sanción y a sus plazos de prescripción, incluso respecto de las sanciones en ejecución al entrar en vigor la nueva disposición.*

S.

MIRANDA CANALES

EXP. N.º 04729-2015-PHC/TC
LIMA
V.M.A.A.

FUNDAMENTO DE VOTO DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

Ni el prejuicio ni la estigmatización deben ser los criterios rectores en la defensa de los derechos fundamentales de las mujeres.

En este caso la demandante fue discriminada por ser mujer, por ser extranjera y por ejercer la prostitución.

Este caso es uno de esos que pocas veces llegan al Tribunal Constitucional y en el que no sólo se exige la defensa de los derechos fundamentales de una mujer, sino que es representativo de lo que sucede con un considerable número de mujeres que integran un grupo históricamente discriminado social e institucionalmente como es el de las trabajadoras sexuales. La mayoría de magistrados del Tribunal Constitucional ha optado por no visibilizar lo que en mi opinión constituye la problemática central del presente caso.

El ámbito de la prostitución constituye una especie de zona aislada de la sociedad y del Estado, una zona en la que se ha preferido no inmiscuirse debido a la naturaleza de dicha actividad. Quizás dicha desprotección se deba a la confusión sobre lo que se entiende como prostitución lícita o lo que se entiende como trata de personas con fines de explotación sexual. Esta última claramente debe merecer las más graves sanciones penales, administrativas y de todo tipo, pero lo que no puede hacer el Estado es abandonar a todas las mujeres que trabajan en dicho ámbito.

Las mujeres que ejercen la prostitución, ya sea que están allí por decisión propia o por amenaza o maltrato, se encuentran en situación de vulnerabilidad y también tienen derechos fundamentales mereciendo toda la protección del Estado (policía, fiscales, jueces, municipalidades, ministerios de salud y trabajo, legisladores, etc.).

Si bien en el ámbito de la moralidad individual cada uno es libre de opinar a favor o en contra de la prostitución, ello no debe conllevar que el Estado mantenga tal desprotección. Una cosa son la preferencias subjetivas de los funcionarios y servidores públicos y otra sus obligaciones constitucionales, legales y administrativas.

Dichas obligaciones de funcionarios y servidores públicos no sólo deben efectivizarse para proteger los derechos de las trabajadoras sexuales, sino también para proteger la salud pública, para impedir que menores de edad sean puestas en dicho ámbito o para controlar que esta actividad no se realice en las proximidades de centros educativos, hospitalarios, religiosos u otros que la justifiquen.

Es acertado y necesario que en la actualidad se discuta ampliamente sobre los derechos de las mujeres y las formas de evitar la violencia contra éstas, pero resultaría más acertado y necesario aún, si esas discusiones incluyeran a las mujeres -e incluso menores de edad- que se encuentran en esa especie de zona olvidada por la sociedad y el Estado en la que ejerce la prostitución.

En el presente caso si bien coincido con declarar **FUNDADA** la demanda de autos y ordenar la nulidad de todo lo actuado desde la intervención policial de la recurrente, estimo necesario agregar algunos fundamentos sobre temas tales como la normativa constitucional e internacional para la protección de los derechos de las trabajadoras sexuales y para la represión de la trata de personas, el doble estándar social e institucional sobre la prostitución, así como la necesaria intervención estatal en la protección de los derechos de las trabajadoras sexuales y de la salud pública, así como en la represión de la trata de personas.

A. El caso concreto

1. La demandante V.M.A.A., de nacionalidad ecuatoriana, interpone la demanda de habeas corpus contra la Superintendencia Nacional de Migraciones solicitando que se declare la nulidad de todo lo actuado desde que fue intervenida por la Policía el 21 de agosto de 2014 hasta la emisión de la Resolución de Superintendencia 00000432-2014-MIGRACIONES, de fecha 22 de agosto de 2014, que resolvió cancelar su calidad migratoria de residente en el Perú y le ordenó salir del país. Alega que fue intervenida el 21 de agosto de 2014 por la Policía Nacional del Perú sin mediar delito flagrante y sin respetarse su condición de extranjera residente con calidad migratoria de trabajo.

   Según refiere, fue conducida a las instalaciones de la División de Extranjería de la Policía Nacional del Perú, lugar en el que estuvo "incomunicada", fue tratada "como delincuente" e inducida a violentar su derecho de defensa (sic).

2. Luego del pedido de información realizado por el Tribunal Constitucional, la Superintendencia Nacional de Migraciones remite el Dictamen 730-2014-MIGRACIONES-AJ, de fecha 22 de agosto de 2014, que sirvió de base a la impugnada Resolución de Superintendencia 00000432-2014-MIGRACIONES. En dicho dictamen aparece lo siguiente: "al haber determinado la autoridad policial que las citadas extranjeras [la recurrente y otras] han venido realizando actividades lucrativas en el país, al haberse encontrado ejerciendo la labor de trabajadoras sexuales en el local (...) por cuya actividad reciben prestación económica, no contando con dinbro suficiente para solventar su estadía en el Perú, se encuentran incursas en la infracción migratoria establecida en el numeral 2 del artículo 63 de la ley de extranjería aprobada por Decreto Legislativo 703, modificada por Decreto Legislativo 1043".

3. El mencionado Dictamen 730-2014-MIGRACIONES-AJ toma como base el Atestado Policial 349-2014-DIRESI-DIRSEG-PNP/DIVEXT-IE, de fecha 22 de agosto de 2014, el cual refiere lo siguiente: "da cuenta sobre intervención al prostíbulo El Trocadero, encontrándose a ciento dieciocho (118) ciudadanas extranjeras en presunta situación migratoria irregular, por motivo que se indica (...) por información confidencial, acciones de inteligencia y en aplicación al plan de Operaciones 'MIGRANTES ILEGALES 2014' y Orden de Operaciones 'EXTRANJERIA 2014', personal de la División de Extranjería (...) tomó conocimiento que en el local (...) se viene ejerciendo la prostitución, donde vienen laborando como trabajadores sexuales ciudadanas extranjeras de diferentes nacionalidades, las mismas que vendrían infringiendo lo estipulado en la Ley de Extranjería (...)".

4. De lo expuesto, cabe preguntarse ¿por qué el Estado peruano canceló la residencia de la demandante y otras mujeres extranjeras: por no cumplir las leyes peruanas de migración —que no prohíben la prostitución- o por dedicarse al trabajo sexual? A responder esta pregunta elemental me dedicaré en los siguientes parágrafos.

B. Normativa constitucional e internacional para la protección de los derechos de las trabajadoras sexuales y para la represión de la trata de personas

5. El Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas y al que se adhirió el Perú en octubre de 1983, establece en su artículo 1 que "Las Partes en el presente Convenio se comprometen a castigar a toda persona que, para satisfacer las pasiones de otra: 1) Concertare la prostitución de otra

persona, aun con el consentimiento de tal persona; 2) Explotare la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de tal persona".

Asimismo, en el artículo 16 de dicho convenio precisa que "Las Partes en el presente Convenio se comprometen a adoptar medidas para la prevención de la prostitución y para la rehabilitación y adaptación social de las víctimas de la prostitución y de las infracciones a que se refiere el presente Convenio, o a estimular la adopción de tales medidas, por sus servicios públicos o privados de carácter educativo, sanitario, social, económico y otros servicios conexos". Y el artículo 17 prevé que "Las Partes en el presente Convenio se comprometen a adoptar o mantener, en relación con la inmigración y la emigración, las medidas que sean necesarias, con arreglo a sus obligaciones en virtud del presente Convenio, para combatir la trata de personas de uno u otro sexo para fines de prostitución".

6. La Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Mujeres, aprobada por el Perú mediante Resolución Legislativa 23432 del 4 de junio de 1982 y ratificada el 13 de setiembre de 1982, establece en su artículo 1 que "A los efectos de la presente Convención, la expresión 'discriminación contra la mujer' denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera".

7. Asimismo, el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Protocolo de Palermo), fue firmado por el Perú en el año 2000, aprobado por Resolución Legislativa 27527 del 4 de octubre de 2001, ratificado por Decreto Supremo 088-2001-RREE y depositado el 23 de enero de 2002, y entró en vigor el 29 de setiembre de 2003.

   En su artículo 3 establece lo siguiente:

   > a) Por "trata de personas" se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una

persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos;

b) El consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación intencional descrita en el apartado a) del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado;

c) La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará "trata de personas" incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado a) del presente artículo;

d) Por "niño" se entenderá toda persona menor de 18 años.

8. A nivel interno, la Constitución peruana no prohíbe o limita ningún derecho fundamental a las mujeres que ejercen el trabajo sexual. Por ello, gozan, al igual que todas las personas, de derechos fundamentales tales como los derechos al libre desarrollo de la personalidad, al trabajo (artículo 2.1), a la salud (artículo 7), a la igualdad (artículo 2.2), a un trato digno (artículo 1), a las garantías que componen el debido proceso (artículo 139), entre otros. Tales derechos son también exigibles por las personas de nacionalidad extranjera.

9. Ya en el ámbito de la jurisprudencia constitucional comparada, con relación al tema de la prostitución y los derechos fundamentales, se aprecia que ésta ha tenido distintos niveles de desarrollo. Una de las que tiene hasta tres etapas de desarrollo en su línea jurisprudencial en esta materia es la vecina Corte Constitucional de Colombia:[1] en una **primera etapa** se reconoció que "las trabajadoras sexuales actúan bajo el resguardo que les da el derecho a la libertad, que les permite escoger la actividad en que prefieran desempeñarse", pero sin dejar de darle prevalencia "a los derechos de los ciudadanos que se sentían afectados por esa expresión ajena y, por ello, actuó en defensa de la tranquilidad y de lo que se consideraba la moralidad pública en ese momento" (apartado 5.2.4).

En una **segunda etapa**, dicha Corte, si bien sigue reconociendo que "la prostitución tiene unos efectos negativos en la sociedad y que estos deben ser re-

1 Sentencia T-073/17. Apartado 5.2.

gulados, o impedidos por el Estado", también empieza a "reconocer el trabajo sexual como una actividad legítima" y que "no se realiza únicamente de forma individual de forma individual o autónoma, sino que, como toda iniciativa económica, está llamada a verse en establecimientos de comercio, a darse mediante contratos de trabajo y a contar con las garantías necesarias para poder funcionar de forma digna" (apartado 5.2.7).

En una **tercera etapa**, tal Corte reconoció más derechos a los trabajadores sexuales tales como la libertad de locomoción y trabajo digno e igual para todos, pero además los identifica como "sujetos de especial protección constitucional" (apartado 5.2.11).

C. El doble estándar

10. Según la Real Academia Española, la prostitución es la actividad a la que se dedica quien mantiene relaciones sexuales con otras personas por dinero. Al respecto, resulta del mayor interés interrogarse: ¿cómo llegan las mujeres a ejercer la prostitución: por una decisión realmente consentida, por un consentimiento inducido, forzado o de resignación, o simplemente están ahí sin su consentimiento o sin saber lo que significa el consentimiento? o si ¿existe un estándar único en la sociedad y el Estado respecto del fenómeno de la prostitución? Las respuestas pueden admitir varios enfoques: sociológico, psicológico, político, jurídico, etc. En esta oportunidad, atendiendo a las circunstancias que rodean el presente caso, estimo conveniente referirme a los niveles social e institucional estatal.

11. Es altamente probable que las mujeres mayores de edad que ejercen el trabajo sexual por una decisión realmente consentida sean una minoría y que, por el contrario, las mujeres y menores de edad que realizan dicho trabajo lo hagan como consecuencia de la trata de personas con fines de explotación sexual.

12. En cuanto al **doble estándar social**, cabe mencionar que la prostitución puede ser considerada como "un fenómeno social estigmatizado"[2]. Al respecto, Gorenstein refiere que "El estigma es entendido como lo que no cumple con el requerimiento de los códigos morales dominantes (...). Un estigma deriva de la interpretación que le dé un grupo de personas pertenecientes a una determinada cultura con significados particulares que construyen y reconstruyen imaginarios acerca de lo deseable en una sociedad. En la prostitución, el estigma refiere a

2 GORENSTEIN, Sharon. "Prostitución: permitida y estigmatizada. Perspectivas discursivas a partir de las historias de vida de seis mujeres que se prostituyen en El Trocadero". En: Debates en sociología N° 38, p.31.

un comportamiento sexual y uso del cuerpo no deseado y vergonzoso para la sociedad".[3]

13. Como refiere la Corte Constitucional de Colombia, en opinión que comparto, "la prostitución es una actividad que reviste de estigma y prejuicios a las personas que la ejercen por voluntad, lo cual tiene el efecto de la discriminación. Esta discriminación tiene dos fuentes principales, una social y otra legal. La social surge del trato y lugar que la sociedad le ha dado a la prostitución lícita, la cual es tolerada, pero al mismo tiempo es provista como indigna e indeseada"[4]. Y que "es claro que la prostitución ha estado revestida de estereotipos como que las personas que la ejercen no son dignas, no son morales, y que su medio de subsistencia debe ser excluido de la sociedad para invisibilizar realidades indeseables, pues va en contra del valor de la familia tradicional, el matrimonio y la monogamia. Así, el rechazo que genera la prostitución ha sido enfocado a la vergüenza por el uso del cuerpo y del sexo como medio de subsistencia y generación de ingresos, pero también parte de una asignación de roles tradicionales donde se presumía que los hombres no podían ser reprochados por acceder a servicios sexuales, pues ellos no podían controlar sus impulsos, mientras que las mujeres sí eran objeto de censura, por lo que el reproche se dirigía hacia la prostituta, no al cliente ni a la prostitución. Estos estereotipos alrededor del ejercicio del trabajo sexual han contribuido de forma determinante a la exclusión y marginación de los trabajadores sexuales. Por lo tanto, la determinación de la actividad sexual como excluida del reconocimiento de la actividad laboral y de su protección en razón a estereotipos, ha generado una discriminación para los trabajadores sexuales que perpetúa las bases de su desigualdad en la sociedad".[5]

14. Asimismo, en cuanto al **doble estándar institucional** estatal sobre la prostitución, es claro que el ordenamiento jurídico peruano en general permite la prostitución lícita o realmente voluntaria: ni la Constitución ni las leyes la prohiben, las municipalidades autorizan y cobran determinados tributos a los locales en los que se ejerce la prostitución, entre otras actividades. Sin embargo, contrariamente a ello, mediante diferentes actuaciones u omisiones, las instituciones estatales operan como si estuviera prohibida la prostitución voluntaria: la administración laboral y de salud no realiza las respectivas inspecciones y controles, el Parlamento no legisla y desarrolla los niveles de protección a las mujeres que realizan trabajo sexual, la administración policial, fiscalía y judicatura no evidencian mayor eficacia en la sanción de los delitos de proxenetismo y trata de personas, etc.

3 Ibid.
4 Sentencia T-594/16, Fundamento 46.
5 Sentencia T-594/16. Fundamento 47.

D. Necesaria intervención estatal en la protección de los derechos de trabajadoras sexuales y de la salud pública, así como en la represión de la trata de personas

15. No todo es desprotección estatal de la mujeres que laboran en el ámbito de la prostitución. Una norma, por lo menos de un sector estatal, que contiene una destacada política pública contra la trata de personas y el tráfico de migrantes es el Decreto Supremo 017-2017-IN que aprueba el Plan Nacional contra la Trata de Personas 2017-2021.

16. En dicha norma se da cuenta de los siguientes datos relevantes en cuanto a las víctimas de trata. Respecto de las mujeres refiere que "Es un hecho histórico que las principales víctimas de discriminación de género continúan siendo las mujeres (niñas, adolescentes, adultas), lo que se ve reflejado en que sean ellas, las principales víctimas de trata, con fines de explotación sexual. Así pues, cada año, cerca de 100 mil mujeres provenientes de países de América Latina y el Caribe, son llevadas con engaños y falsas promesas de empleo, a diferentes naciones del mundo, sin que se conozcan las cifras nacionales oficiales, los estudios estadísticos, ni los informes cuantitativos que permitan evidenciar este fenómeno (...)".[6]

17. Sobre los niños, niñas y adolescentes menciona que "anualmente al menos 1,2 millones de niños, niñas y adolescentes caen víctimas de tratantes de humanos alrededor del mundo (...). Estas cifras nos permiten tener un panorama claro de las y los principales afectados; de ahí que no se pueda entender la trata de personas aislada de las lógicas de dominación patriarcal, así como de los roles de dominación y subordinación de determinados grupos de personas. Uno de los factores que pone a los niños, niñas y adolescentes en una especial situación de vulnerabilidad ante la trata de personas es que, aun en el entorno familiar y social, no son considerados como sujetos de derechos. Ello implica que no se tomen en cuenta sus opiniones ni expectativas, especialmente en lo que concierne a los servicios que se les brinda. Esta situación también se encuentra en los servicios relacionados con la atención de víctimas de trata de personas, especialmente aquellos de atención y protección, donde debe darse un cambio en la visión de este grupo de especial situación de vulnerabilidad, haciéndolo partícipe del proceso de reintegración luego de su rescate".[7]

6 Item 1.1.3.1.
7 Item 1.1.3.2.

18. Y, sobre las personas migrantes, refiere que "Las migraciones se han visto alentadas en los últimos años tanto por los cambios en la economía mundial, como por las modificaciones en los mercados de trabajo, por los nuevos conflictos violentos y por las modificaciones de los patrones culturales (...) generando así, movilizaciones masivas de personas que escapan de una coyuntura social vulnerable y que buscan un mejor futuro para ellos y para sus familias de forma legal o ilegal (...) Estas condiciones de vida, producto de la segregación social, económica y cultural, originan más motivos de discriminación y marginación, incrementando el riesgo de ser víctimas de trata. A ello se le suma la tolerancia y complicidad política y judicial de las fuerzas de seguridad ante el delito, además de la falta de capacitación y perspectiva de derechos de los distintos operadores, operadoras y autoridades competentes para detectar e investigar los casos de trata (...), lo que por cierto se puede resumir en la debilidad institucional del Estado -principal responsable de defender la dignidad y demás derechos de las personas- para enfrentar el problema de trata".[8]

19. Así también se analizan datos respecto del perfil de las víctimas[9]. Sobre la nacionalidad se refiere que "en el periodo 2009 a 2014, del total de víctimas (3,911), el 86.2% era de nacionalidad peruana y el 4.3% era extranjera (...). La mayor parte de las víctimas de trata provienen de países latinoamericanos (3.2%), en la mayoría de los casos de Colombia y Ecuador. También se registraron personas bolivianas, argentinas, brasileras, paraguayas, chilenas, dominicanas y haitianas. El 0.9% de las víctimas provienen de países asiáticos (China, India y Bangladesh) y el 0.2% de países africanos (Guinea, Senegal y Tanzania)".

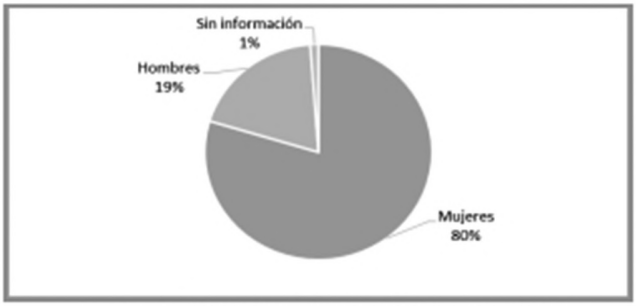
Nacionalidad de las víctimas de trata de personas, 2009-2014. (en porcentaje)

Fuente: MINISTERIO PÚBLICO. FISCALÍA DE LA NACIÓN.
Observatorio de la criminalidad. 2015

8 Item 1.1.3.3.
9 Item 2.2.

20. Sobre el sexo de las víctimas se refiere que "Las mujeres son las que se encuentran en mayor riesgo a una situación de trata de personas. Del total de víctimas de trata registradas en el año 2014, el 80% fueron mujeres y el 19% varones (...)".

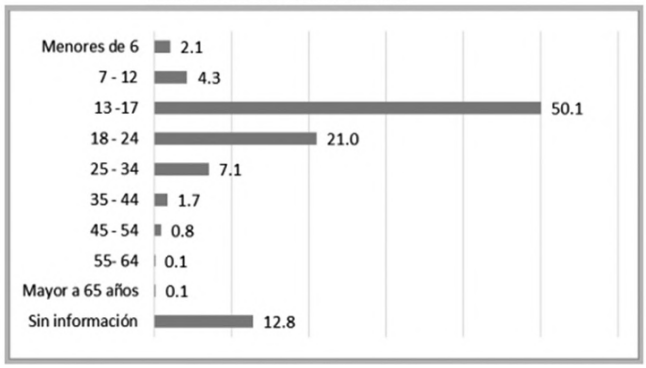
Víctimas de trata de personas por sexo, 2014.
(en porcentaje)



Fuente: MINISTERIO PÚBLICO. FISCALÍA DE LA NACIÓN.
Observatorio de la criminalidad. 2015

21. En cuanto a la edad de las víctimas, llama la atención los datos que contiene dicho documento: "Otra situación de riesgo a la trata de personas son las edades jóvenes (...). De acuerdo a los datos disponibles (...), la edad de las víctimas tiende a concentrarse entre 13 y 24 años de edad, aunque con mayor medida en el rango de 13 a 17 (50.1%) y un poco menos en el grupo de 18 a 24 arios (21%). Esto no significa que no haya víctimas menores de 13 años (6.4%) o mayores de 25 (9.8%)".

Víctimas de trata de personas por edad,
2009-2014 (en porcentaje)



22. Todo ello indica una realidad más que preocupante y en la que el Estado en su conjunto no ha podido asumir el rol que la Constitución le obliga. No pueden existir islas jurídicas en nuestro ordenamiento. No pueden existir dobles discur-

sos respecto de la actuación estatal en el ámbito de la prostitución. En dicho ámbito no sólo existen mujeres mayores de edad que libremente han optado por el trabajo sexual, las que son sólo una minoría. Lo que mayoritariamente existe en el ámbito de la prostitución son menores de edad y mujeres mayores de edad explotadas sexualmente. Lo que también existen son mujeres migrantes que han sido colocadas hasta en un **triple grado de vulnerabilidad**: por ser mujeres, por ser extranjeras y por ejercer el trabajo sexual.

23. Todo ello requiere un diferente rol de todas las entidades del Estado: i) comprensión real de los problemas que genera la prostitución; ii) verificación de cómo ha venido funcionando cada una de las instituciones relacionadas con el fenómeno de la prostitución; y, iii) implementación de políticas públicas que protejan los derechos fundamentales de las mujeres que ejercen el servicio sexual, que protejan la salud pública en dicho ámbito, que protejan a las menores de edad que son explotadas sexualmente y que también protejan a las personas que viven o se relacionan en las inmediaciones de los lugares en los que se ejerce la prostitución.

Análisis del caso concreto

24. De la revisión de autos, si bien coincido con la posición en mayoría del Tribunal Constitucional, considero, adicionalmente, que se ha acreditado la vulneración del derecho a la motivación de la demandante. En efecto, la impugnada Resolución de Superintendencia 00000432-2014-MIGRACIONES, se fundamentó en el artículo 63.2 del Decreto Legislativo 703, que establecía la cancelación de la residencia "Por no disponerse de los recursos económicos que permitan solventar los gastos de permanencia o residencia en el territorio nacional".

25. Al aplicar el mencionado artículo al caso de la demandante se sostuvo lo siguiente: "de las diligencias policiales efectuadas resulta probado que las citadas extranjeras actualmente han venido realizando actividades lucrativas, no contando con medios económicos que les permitan sufragar los gastos de su residencia en territorio nacional (…)"

26. Dicha motivación de la autoridad de migraciones contiene una notoria incoherencia. Si está probado que la demandante V.M.A.A. realizaba "actividades lucrativas", entonces ¿por qué se concluye que no cuenta con "medios económicos"? Es evidente la motivación incoherente. Por esta razón también debe dejarse sin efecto la resolución aquí cuestionada.

27. Pero además, es pertinente preguntarse lo siguiente: si es evidente que en el contexto en el que fue intervenida la demandante una actividad lucrativa alude a

una actividad económica, ¿por qué, de modo incoherente, se afirma que aquella no cuenta con "medios económicos"? Esto tiene una explicación. Y es que si nos atenemos a la estigmatización social e institucional de la prostitución así como de las mujeres que allí laboran, es razonable asumir que para la administración pública que actuó en este caso (policía y migraciones), la obtención de esos medios económicos y la actividad laboral realizada no pueden ser asumidas como legítimas, por lo que no pueden ser tomadas en consideración.

28. Es más, si el operativo policial se denominaba "MIGRANTES ILEGALES 2014" entonces la demandante no debió ser detenida en ningún momento pues al momento de la intervención policial ella era una migrante "legal": contaba con su respectivo carnet de extranjería y cumplía los requisitos de la respectiva ley de extranjería, tal como está plenamente acreditado.

29. Es por estas razones que considero además que se encuentra acreditada la afectación de los derechos de la demandante V.M.A.A. a la libertad personal, a la libertad de trabajo y a la no discriminación. No sólo fue impedida arbitrariamente de ejercer su libertad personal, de ejercer su trabajo, sino que además fue discriminada por ser mujer, por ser extranjera y por ejercer la prostitución.

S.

LEDESMA NARVÁEZ

EXP. N.º 04729-2015-PHC/TC
LIMA
V.M.A.A.

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

1. La situación de los migrantes ha sido objeto de atención por parte de este tribunal en diversas ocasiones (STC Exp. n.° 02744-2015-AA, STC Exp. n.° 00404-2015-PHC). Al respecto, me he pronunciado poniendo de relieve la complejidad el fenómeno de la migración, la situación de vulnerabilidad en la cual se encuentran las personas migrantes, así como la necesidad de garantizar el respeto del derecho al debido proceso en el marco de los procedimientos migratorios sancionadores.

2. Además de aquellos otras cuestiones relacionadas con el debido proceso sobre las cuales se ha discutido en casos previos, debo hacer notar que en esta causa existen varias particularidades sobre las cuales convendría detenerse un momento y analizar con cierto cuidado.

3. Así, por ejemplo, si bien en el proyecto de sentencia únicamente se analiza lo relacionado con el derecho a la defensa, que es una manifestación del derecho al debido procedimiento administrativo, la discusión de mayor importancia se refiere a la causal adoptada por la autoridad administrativa de migraciones, al decidir cancelar la calidad migratoria de residente en el Perú de la recurrente y posterior ordenar su salida del país, y la permanencia de esta causal en el tiempo.

4. Efectivamente, de una revisión de los actuados se verifica que la causal utilizada en la resolución de superintendencia cuestionada, esto con el objetivo de imponer la sanción de cancelación de la residencia en el país, aludía a el supuesto de "no disponerse de los recursos económicos que permitan solventar los gastos de permanencia o residencia en el Territorio Nacional" (artículo 63, inciso 2, del Decreto Legislativo 703).

5. Esta causal, además, no ha sido aplicada a través de una correcta actuación, que garantice debidamente los derechos procesales de las personas migrantes. Así, en

el supuesto específico, la Resolución de Superintendencia 00000432-2014-MIGRACIONES se decidió, básicamente, teniendo en cuenta un informe de Asesoría Jurídica del Ministerio del Interior y un atestado policial, señalándose, asimismo, que "las citadas extranjeras [entre la cuales se encuentra la recurrente] al estar debidamente notificadas, han rendido sus manifestaciones policiales ejerciendo su derecho defensa..."

6. Esta causal, corno resulta evidente de su lectura y aplicación al caso concreto, no respeta el principio de legalidad en el ámbito sancionador, el cual requiere que las infracciones sean tipificadas, por ejemplo, de manera cierta, expresa, clara y taxativa. Precisamente, cuando existe este tipo de regulación abierta o imprecisa la autoridad migratoria posee un excesivo margen de actuación o de discrecionalidad al imponer sanciones, que puede desembocar en eventuales actuaciones arbitrarias, que es precisamente lo que se intenta prevenir con la consagración del principio de taxatividad.

7. Por otra parte, es necesario tener en cuenta que la causal utilizada, a la cual nos venimos refiriendo, ya no se encuentra prevista en la nueva legislación aplicable al caso de autos. En efecto, actualmente se encuentra vigente el Decreto Legislativo 1350, Decreto Legislativo de Migraciones que, dentro del ámbito sancionatorio, se refiere a la pérdida de calidad migratoria "Por aplicación de sanción de Salida Obligatoria y Expulsión, luego del procedimiento sancionador correspondiente". Siendo así, resulta pertinente tomar en cuenta el principio de retroactividad benigna, con lo cual la cancelación de residencia o la medida de impedimento de ingreso al territorio nacional debía encausarse a través de un procedimiento administrativo sancionador rodeado de todas las garantías, de ser el caso de que la administración considerara que debía iniciarla.

8. Pero, por sobre todo lo indicado, debo indicar que este caso, además, trae a colación los problemas referidos al ejercicio del trabajo sexual, especialmente en contextos corno el peruano, en el que existe una marcada violencia y desigualdad estructural que afecta especialmente a las mujeres, y también de estigmatización de su libertad sexual y de la disposición de su propio cuerpo. Ello, sin ingresar ahora en las cuestiones de carácter social, económico o cultural que se encuentran alrededor de este oficio.

9. Y es que, al tratarse de una forma de trabajo, en el marco del régimen legal que le corresponda, el trabajo sexual debe merecer el tratamiento y las garantías relacionados con los derechos laborales constitucionales. En este sentido, la falta de protección debería ser tenida en cuenta como un déficit iusfundamental.

10. Asimismo, el Estado debe velar por la seguridad de las trabajadoras sexuales, en los diferentes ámbitos en los que ellas puedan verse expuestas: así, por ejemplo, respecto a la exposición de su integridad personal (por ejemplo frente a agresiones o maltratos de terceros), en relación con las amenazas a las que se ve sometida salud (por ejemplo, frente a infecciones de transmisión sexual), o también al riesgo en que, sobre todo en determinados contextos, podría encontrarse su vida (por ejemplo, frente a casos de explotación sexual o a la violencia ejercida contra mujeres transexuales que realizan trabajo sexual).

11. Ahora bien, y en cualquier caso, debe prevenirse y combatirse toda forma de trabajo sexual forzado, en cualesquiera de sus manifestaciones. Conforme a lo indicado, atendiendo asimismo a los gravísimos problemas en torno a la violencia sexual, la explotación sexual, la esclavitud sexual y la trata de personas, el Estado tiene el deber de salvaguardar por todos los medios la libertad de las mujeres, su integridad y su vida misma, máxime cuando, como se sabe, existen diversos contextos en los que subsisten estas insultantes formas de explotación. Al respecto, debe señalarse con claridad que un Estado Constitucional no puede crecer ni desarrollarse de espaldas a estas vulneraciones indignantes, que merecen una respuesta efectiva e impostergable por parte de todos los poderes públicos y de los actores relevantes.

12. En adición a lo anterior, Estado debe velar asimismo por la dignidad de las trabajadoras sexuales. En este sentido, el poder público debe enfrentar también, de manera activa, las diversas formas de discriminación, humillación y estigmatización social actualmente existentes respecto a las trabajadoras sexuales, lo cual ciertamente les limita exigir o reivindicar públicamente sus derechos. En este sentido, y también con base en la estigmatización ya señalada, es claro que hoy en día existe un déficit en la atención de los requerimientos y las necesidades de las trabajadoras sexuales. Ello no permite a nuestra sociedad poder tener una discusión abierta, útil y sincera en torno a lo que sucede con las trabajadoras sexuales, situación que debe ser atendida o revertida prontamente, con la finalidad de superar la actual situación de trasgresión estructural de sus derechos.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

EXP. N.º 04937-2014-PHC/TC
JUNÍN
N.I.B.P., REPRESENTADA POR ANGÉLICA REYNOSO ALVIÑO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 15 días del mes de enero de 2019, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Blume Fortini, Miranda Canales, Sardón de Taboada y Ledesma Narváez, pronuncia la siguiente sentencia, sin la intervención del exmagistrado Urviola Hani por encontrarse con licencia el día de la audiencia pública; con el abocamiento del magistrado Ramos Núñez, aprobado en la sesión de Pleno del día 19 de enero de 2017 y el voto singular del magistrado Sardón de Taboada que se agrega. Se deja constancia que el magistrado Espinosa-Saldaña Barrera votará en fecha posterior.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Angélica Reynoso a favor de la menor de edad de iniciales N. I. B. P. contra la resolución de fojas 510, de fecha 13 de agosto de 2014, expedida por la Primera Sala Penal de la Corte de Junín, que declaró improcedente la demanda de *habeas corpus* de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 8 de julio de 2014, doña Angélica Reynoso Alviño interpuso demanda de *habeas corpus* a favor de su nieta N. I. B. P. y la dirigió contra la directora de la Unidad de Investigación Tutelar de Junín, Huancayo, doña Zina Yrene Romero Chávez. Solicita ue se disponga la libertad de la menor favorecida y le sea entregada a la recurrente, toda vez que se encuentra indebidamente retenida en el albergue del distrito de Jauja desde el 1 de julio de 2014, por disposición de la emplazada y por presunto abandono moral.

Refiere que se hizo cargo de la menor desde que nació y le brindó alimentos, vestido, vivienda, educación y asistencia médica; que en febrero de 2014 vino la madre de la menor (hija de la recurrente) y con ella acordaron que la favorecida viviría alternativamente con una y otra; y que, posteriormente, la Quinta Fiscalía de Familia le entregó

a la menor, por cuanto habría sufrido violencia sexual por parte de la pareja de su madre (padrastro), quien a la fecha de los hechos se encontraba internado en el penal para la investigación correspondiente.

Alega que el 1 de julio de 2014, por disposición de la directora emplazada y con auxilio de la policía, la fiscalía extrajo a la favorecida de su escuela, agrediendo a su madre y arguyendo un presunto estado de abandono moral en el cual nunca estuvo la menor, pues asistía normalmente a sus clases y obtenía calificaciones satisfactorias. Precisa que la institución emplazada viene dañando a la menor, ya que, debido a su accionar, no estudia y se encuentra aislada de su familia.

Realizada la investigación sumaria, la demandante señala que la favorecida ha sido arrebatada de la mano de su madre cuando se encontraba en el salón de clases de la escuela con la finalidad de ser llevada a la aldea El Rosario y, posteriormente, a la aldea de Jauja, donde no permiten verla. Alega que la fiscal le dijo que a ella le daría la tenencia de la menor.

De otro lado, la directora de la Unidad de Investigación Tutelar de Junín señala que, ante el riesgo inminente en el que se encontraba la menor por la presunta violación sexual dentro del seno familiar y, además, por ser víctima de violencia psicológica al verse obligada por su madre y sus tías a retractarse de su manifestación contra su padrastro, la Quinta Fiscalía Provincial Civil y de Familia de Huancayo envió un oficio a efectos de que se abra una investigación tutelar a su favor. Añade que la Fiscalía intervino y extrajo a la menor de la Institución Educativa N.° 30059 Rosa de América con base en la resolución administrativa sobre medida de protección provisional que su dirección había emitido. Agrega que la directora del albergue de Jauja, donde a la fecha se encuentra la menor, ha comunicado que la niña recibe visitas.

Por otra parte, al interior del Centro de Atención Residencial Hogar Transitorio Virgen de Lourdes, ubicado en el distrito y provincia de Jauja, se tomó la manifestación referencial de la menor favorecida, entonces de 11 años de edad, quien señala que al momento de ser intervenida la fiscal le dijo que iba ser llevada a un lugar donde estaría protegida, por lo que fue llevada con dirección al albergue El Rosario y luego al albergue donde ahora se encuentra. Refiere que desde muy pequeña vivía con su abuela materna y desde el 8 de febrero de 2014 vivía con su madre, con quien no quiere estar porque la llevó a la fuerza a vivir con ella. Agrega que quiere vivir con su abuelita, quien la cuida y es responsable, ya que está acostumbrada a estar en su compañía.

A su turno, la directora del Centro de Atención Residencial Hogar Transitorio Virgen de Lourdes, doña Celinda Rocío Salas Huánuco, señaló que la menor ingresó al albergue en horas de la noche del 1 de julio de 2014, a causa de un oficio que adjuntaba la

Resolución Administrativa 110-1014, expedida por la Unidad de Investigación Tutelar. Precisa que para su ingreso al albergue se han solicitado los informes psicológico y social, y que vía telefónica se solicitó el cupo indicando que era un caso de agresión sexual, por lo que era necesario que la niña sea separada de su familia, quienes venían manipulando la versión de la menor. Agrega que comunicó que se debían buscar redes familiares para ser reinsertada en su familia; que la niña no estudia, por cuanto existe riesgo de fuga, ya que los centros educativos están fuera del lugar; y que se exige que se agilice el proceso de reinserción familiar.

Con fecha 16 de julio de 2014, el Segundo Juzgado Penal de Huancayo declaró fundada la demanda y ordenó el externamiento y entrega de la menor a su abuela por estimar que la demandante presenta vínculos afectivos estrechos con su nieta y debe continuar con su cuidado. Agrega que la recurrente hizo desarrollar a la menor favorecida desde pequeña, y esta tuvo calificaciones y asistencia regulares en la escuela hasta el mes de julio de 2014, cuando deja de estudiar por motivo de su internamiento en el albergue.

Con fecha 13 de mayo de 2014, la Primera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Junín revocó la resolución apelada y declaró improcedente la demanda por considerar que para el caso de autos existen vías procedimentales igualmente satisfactorias, como es la vía de tutela y tenencia de menor. Señala que el juez constitucional habría determinado quién es la persona que tiene mejor derecho para ejercer la patria potestad de la menor, pese a que existe la necesidad de que el conflicto de tenencia sea resuelto por el órgano jurisdiccional en la vía idónea.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. El objeto de la demanda es que en esta sede constitucional se ordene que la menor favorecida sea entregada a doña Angélica Reynoso Alviño (su abuela). Al respecto, se aprecia que dicha pretensión implica dejar sin efecto tanto la Resolución Administrativa 053-2014-MIMP-DGNNA-DIT-UIT-JUNIN, de fecha 15 de abril de 2014 (de fojas 73), como la Resolución Administrativa 110-2014-MIMPDGNNA-DIT-UIT-JUNÍN, de fecha 1 de julio de 2014 (de fojas 17), a través de la cuales la Unidad de Investigación Tutelar de Junín dispuso y ejecutó, respectivamente, la medida de protección provisional de atención integral a favor de la menor beneficiaria N. I. B. P. en el Centro de Atención Residencial Hogar Transitorio Virgen de Lourdes; así como dejar sin efecto todos los actuados administrativos, fiscales y judiciales que habrían derivado de las citadas resoluciones administrativas.

Consideración previa

2. De la tramitación del presente habeas corpus se aprecia que el Segundo Juzgado Penal de Huancayo, mediante resolución de fecha 16 de julio de 2014, ordenó el externamiento y entrega de la menor a la recurrente (su abuela). Se aprecia, asimismo, que al 4 de agosto de 2014 la referida medida ordenada por el mencionado órgano judicial continuaba vigente, conforme se advierte de la copia certificada del Acta de Constatación de Tenencia de la beneficiaria N. I. B. P. levantada por la juez de paz letrado de Pucará, en la cual se deja constancia de que la menor favorecida se encuentra en el domicilio y bajo la tenencia de la demandante Angélica Reynoso Alviño (fojas 525).

3. No obstante haberse cumplido con el mandato dispuesto en la sentencia de primera instancia y haber retornado la niña al cuidado de su abuela— lo que, entre otros documentos, es corroborado con las muestras fotográficas acompañadas al recurso de agravio constitucional que obran de fojas 526 a 532 del expediente, en las que aparece la menor bajo el cuidado de su abuela— corresponde en última y definitiva instancia emitir un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia con el fin de determinar si el accionar de la parte emplazada ha vulnerado los derechos fundamentales de la menor favorecida.

4. Al respecto, cabe recordar que, en tanto los derechos de los menores se encuentren sometidos a una controversia constitucional, toca a la justicia constitucional compatibilizarlos con el interés superior del niño como vértice de su interpretación (cfr. Sentencia 02079-2009-PHC/TC). Tal justicia, que por su naturaleza es tuitiva, finalista y antiformalista, resulta competente para dilucidar controversias relacionadas con menores de edad cuando se vean afectados o amenazados sus derechos fundamentales. Por lo tanto, la vía del habeas corpus resulta ser una vía idónea en el presente caso.

5. Ya ha establecido además este Tribunal como doctrina jurisprudencial que el principio del interés superior del niño comprende, entre otras cosas, una actuación tuitiva por parte de los operadores jurisdiccionales, a quienes corresponde la adecuación y flexibilización de las normas y la interpretación que de ellas se realice, a fin de lograr la aplicación más favorable con el fin de dar solución a la controversia reclamada, siendo de especial importancia este principio toda vez que se trata de niños, niñas y adolescentes que necesitan especial cuidado y tienen prelación de sus intereses frente al Estado (cfr. Sentencia 4058 2012-PA/TC).

6. La sentencia de segunda instancia, que ha declarado improcedente la demanda, se aparta de esta directriz al considerar que para el caso de autos existen vías

procedimentales igualmente satisfactorias, como la vía de tutela y tenencia de menor. Este Colegiado discrepa de esta postura pues no existe la necesidad ni la obligación de que el conflicto sea resuelto por la judicatura ordinaria en tanto y en cuanto se vea afectado el interés superior del niño por actuaciones que se imputan como arbitrarias, siendo el presente proceso la vía adecuada para resolver la discusión, máxime si el artículo 5, numeral 2, del Código Procesal Constitucional, señala que no proceden los procesos constitucionales cuando existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, "salvo cuando se trate del proceso de hábeas corpus"; excepción que no ha sido tomada en cuenta por la segunda instancia.

Análisis del caso

7. En la presente causa se cuestiona que mediante diversos actos se habrían vulnerado los derechos fundamentales de la menor favorecida, que en la época de los hechos contaba con solo 11 años de edad. La presencia de una menor plantea que el análisis de los actos que se cuestionan deba realizarse teniendo en consideración las exigencias que se derivan del artículo 4 de la Constitución, que ordena tanto al Estado como a la comunidad una "protección especial" o lo que es lo mismo, preferente del niño.

8. Ya ha sostenido este Colegiado, que 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 particular celo en que dichas medidas sean adoptadas teniendo en consideración el interés superior del niño.

El interés superior del niño

9. En la Sentencia 02132-2008-PA/TC, este Tribunal declaró que era implícito a este deber especial de protección del menor previsto constitucionalmente, el principio de protección del interés superior de los niños, que 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 25278, cuyo artículo 3 establece expresamente:

> En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. Los Estados Partes se comprome-

> ten a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

10. El principio del interés superior del niño se caracteriza por irradiar sus efectos de manera transversal, debiéndose considerar sus alcances cada vez que se adopten decisiones que los tengan como destinatarios; deber que comprende a toda institución privada o pública. Además, exige de todos ellos una actuación "garantista", de acuerdo con la cual cualquier decisión que involucre a un menor se adopte considerando al menor como un sujeto de derecho al que es preciso garantizar la satisfacción integral de sus derechos (cfr. Sentencia 01665-2014-HC/TC).

El interés superior del niño al decidirse sobre el desarrollo de su personalidad

11. La actuación garantista de los involucrados tiene lugar y, muy especialmente, cuando se trata de decidir sobre el ambiente en que se desarrollará el niño que, por circunstancias excepcionales, tenga que ser alejado de sus padres. Estos casos demandan una atención especial y prioritaria en la elección sobre el cuidado del menor, atención que debe estar siempre dirigida a que el niño crezca con afecto, comprensión y felicidad, y en un ambiente de seguridad y responsabilidad, que sea adecuado para su desenvolvimiento y el desarrollo de su personalidad. Tal es la postura que asume nuestra normativa y jurisprudencia, que es concordante con diversos instrumentos internacionales.

12. Sobre el particular, la Declaración de los Derechos del Niño del 20 de noviembre de 1959 señala como un sexto principio fundamental lo siguiente:

> El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material [...]

13. Por su parte, la antes referida Convención sobre los Derechos del Niño, reconociendo el derecho del niño a vivir en un ambiente familiar adecuado, acota en su preámbulo lo siguiente:

> [...] el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión [...]

14. Dicho instrumento internacional contempla también el ya referido principio del interés superior del niño en su artículo 3, que estipula lo siguiente:

> Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al *interés superior del niño* [...]

15. A nivel interno, y en correlación con la especial protección del niño prevista en el precitado artículo 4 de la Constitución, el artículo 11 del Código de los Niños y Adolescentes enuncia:

> En toda medida concerniente al niño y adolescente que adopte el Estado a través del Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial, Ministerio Público, Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el interés superior del niño y adolescente y el respeto a sus derechos [...]

16. Por lo demás, el fundamento constitucional de la protección del niño y del adolescente reposa en la especial situación en que dichos menores de edad se encuentran, es decir, en plena etapa de formación integral, en tanto personas en desarrollo (cfr. Sentencia 02079-2009-PHC/TC); etapa en la que es fundamental el cobijo de una familia estable y segura, que otorgue un ambiente de tranquilidad y felicidad.

17. De otro lado, este Tribunal se ha pronunciado sobre el derecho del niño a tener una familia como un derecho constitucional implícito que encuentra sustento en el principio-derecho de dignidad de la persona humana y en los derechos a la vida, a la identidad, a la integridad personal, al libre desarrollo de la personalidad y al bienestar, consagrados en los artículos 1 y 2, inciso 1, de la Constitución Política del Perú. Asimismo, ha reconocido que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye una manifestación del derecho del niño a tener una familia y no ser separado de ella, salvo que en el caso en concreto no exista un ambiente familiar de estabilidad y bienestar (cfr. Sentencia 07326-2013-PHC/TC).

18. Tal es el caso de la menor favorecida, quien, debido a un entorno familiar que no brindaba las garantías del caso, y, por lo tanto, era inadecuado para su seguridad y crecimiento, fue apartada de su progenitora y de la nueva familia que esta había constituido.

19. Sin embargo, esta decisión, que es de ultima ratio, encuentra una justificación en la medida en que se tome sin entorpecer el crecimiento de la menor ni supri-

mir sus vínculos emocionales o afectivos, necesarios para su desarrollo integral. En tal sentido, el alcance del escrutinio de las medidas adoptadas por la parte emplazada debe hacerse a la luz del interés superior del niño, que implica en puridad un accionar respetuoso de los principios de razonabilidad, proporcionalidad e interdicción de la arbitrariedad, que informan en todo momento el accionar de la Administración Pública.

Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en el accionar de la Administración Pública

20. Ciertamente, la protección especial del menor implica mirar siempre las cosas desde un punto de vista constitucional. Conlleva, por tanto, reconocer y cumplir los valores, principios y garantías que parten desde la Constitución y vinculan a todo el ordenamiento jurídico y evitar, en la medida de lo posible, el desamparo del menor de edad, su abandono moral, la afectación de su dignidad, de su derecho a vivir en un ambiente afectivo adecuado, a tener una familia o de otros derechos fundamentales que coadyuvan a su desenvolvimiento.

21. En ese orden de ideas, las autoridades públicas se encuentran obligadas a actuar en función de los principios de razonabilidad y proporcionalidad; elementos que deben aplicarse en todos los casos sin excepción ni condicionamiento alguno, como requisitos indispensables para la validez constitucional de las decisiones que se adopten, pues ignorarlos habilita que la decisión o decisiones sean revisadas y finalmente corregidas por el Tribunal Constitucional, pues, medidas irrazonables y desproporcionadas siempre generan la competencia para resolver de este órgano constitucional.

22. Según el principio de razonabilidad, las decisiones de los órganos del Estado deben tener por base la justicia y el sentido común. Para ello tiene que haber una correspondencia entre los actos del sujeto de derecho de que se trate y la decisión que tome quien decide sobre tal conducta. La razonabilidad es tanto más exigible en las decisiones de la autoridad que de una u otra manera restringen derechos o aplican sanciones como ya lo ha advertido este Tribunal:

> Este principio adquiere mayor relevancia en el caso de aquellos supuestos referidos a restringir derechos o, para fines del caso, despojar de las prerrogativas que actúan como garantías funcionales para determinados funcionarios públicos [...] (cfr. Sentencia 0006-2003-AI/TC, fundamento 9).

23. Por su parte, el principio de proporcionalidad es un principio general del derecho expresamente positivizado, cuya satisfacción ha de analizarse en cualquier ámbito del derecho. En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico, este se halla

constitucionalizado en el último párrafo del artículo 200 de la Constitución. En su condición de principio, su ámbito de proyección no se circunscribe solo al análisis del acto restrictivo de un derecho en un estado de excepción, pues, como lo dispone dicha disposición constitucional, ella sirve para analizar cualquier acto restrictivo de un atributo subjetivo de la persona, independientemente de que aquel se haya declarado o no (cfr. Sentencia 0010-2002-AI/TC).

24. Por lo demás, el principio de proporcionalidad es un elemento indispensable del Estado Constitucional, en tanto permite determinar el grado o nivel de afectación de un derecho fundamental y, por tanto, excluir aquellas que resultan injustificadas por excesivas.

25. En el presente caso y frente al escenario producido, el haber actuado sin tener en cuenta el interés superior de la menor en lo concerniente a su desarrollo integral configuraría un accionar reñido completamente con los principios citados y, por consiguiente, con los postulados constitucionales. En suma, contrario al imperativo constitucional de tener como premisa de acción el interés superior del niño al momento de decidir sobre su futuro.

Los hechos relevantes del presente caso

26. De autos se aprecia lo siguiente:

– El día 3 de abril de 2014, doña Reyna María Girón Salazar, profesora de la Institución Educativa Rosa de América, denunció que la menor N. I. B. P., favorecida en este proceso, habría sido víctima de violación sexual por parte de Pedro Cóndor Caraczuma, nueva pareja de su madre. Refiere que la profesora Berta Sánchez Sullca, asesora del aula, se acercó a su oficina comunicándole que la niña agraviada estaba llorando y manifestó que había sido víctima de agresión sexual.

– Mediante Resolución Administrativa de la Unidad de Investigación Tutelar de Junín N. 053-2014-MIMP-DGNNA-DIT-UIT-JUNIN, de fecha 15 de abril de 2014 (fojas 73), la Dirección de Investigación Tutelar de Junín dispuso abrir investigación tutelar a favor de la niña N. I. B. P., por presunto estado de abandono moral y material, y tomó como medida de protección provisional la atención integral en un centro de atención residencial, el que se designará una vez sea ubicada la niña tutelada y puesta a disposición de dicha unidad, y suspender la ejecución de la medida de protección provisional hasta que la niña fuera puesta a disposición física de dicha unidad.

– Mediante Resolución Administrativa de la Unidad de Investigación Tutelar de Junín N.° 110-2014-MIMP-DGNNA-DIT-UIT-JUNIN, de fecha 1 de ju-

lio de 2014 (fojas 22), la Dirección de Investigación Tutelar de Junín dispuso ejecutar la precitada Resolución Administrativa N.° 053-2014-MIMP-DGNNA-DITUIT-JUNIN, de fecha 15 de abril de 2014; y tomó como medida de protección provisional de la niña la atención integral en el Centro de Atención Residencial Hogar Transitorio Virgen Lourdes, del distrito y provincia de Jauja, hasta resolver su situación, y designar a la abogada Gina Analí Quispe Solange, a la trabajadora social Deyssi Gaspar Ñaña y al psicólogo Yuri Manuel Torres Gutiérrez como los profesionales responsables de conducir fisicamente a la adolescente tutelada al Centro de Atención Residencial Hogar Transitorio Virgen de Lourdes del distrito y provincia de Jauja.

– En ejecución de dicho mandato, el día 2 de julio de 2014 irrumpieron abruptamente en el colegio de la menor favorecida, ubicado en la ciudad de Huancayo, con la finalidad de trasladarla a un albergue de menores de dicha ciudad para posteriormente trasladarla a la ciudad de Jauja. A fojas 19, la propia menor relata así los hechos:

> [...] el día dos de julio me encontraba estudiando en mi escuela Rosa de América, cuando estaba en mi salón de clases de comunicación, el director me hizo bajar de mi salón de clases habiéndome mandado a llamar con el portero de la escuela y una señorita estaba en la Sub Dirección luego vino mi profesor y llamó a mi mamá de nombre Elizabeth Paucar chuco, luego vino mi mamá y me dice una señorita que se identificó como fiscal, me dijo te voy a llevar a un lugar donde vas a estar protegida, yo no quería la profesora le llamó a mi mamá y la fiscal le estaba jalando de mis brazos (sic) para que me lleve, y m(e) subieron en el auto y me llevaron al albergue El Rosario, luego me estaban haciendo preguntas la señorita de quien no recuerdo su nombre y como no quería responder la señorita me llevó a un doctor, luego el doctor me dijo bájate el buzo para ver si estas maltratada y luego me dijo estas bien y me regresaron al albergue Rosario y cuando llegó la noche me trajeron aquí [...]

– La niña fue internada a las diez de la noche en el albergue denominado Centro de Atención Residencial Transitorio Virgen de Lourdes, ubicado en la ciudad de Jauja, a cargo de la directora Celinda Rocío Salas Huánuco (fojas 31), quien el ante el *a quo* declaró lo siguiente:

> [...] durante estos días la niña ha estado tranquila se le ha (d)ado las necesidades básica (sic), se le ha explicado las normas para que este tranquila, pero si los dos primeros días se ponía triste y le caía las lágrimas, refería que extrañaba mucho a su abuelita y que quisiera vivir con ella saliendo de acá [...]

– Actualmente, la menor N.I.B.P se encuentra bajo las atenciones de su abuela en virtud de la ejecución inmediata del mandato contenido en la sentencia de primera instancia, su fecha 16 de julio de 2014, emitida por el Segundo Juzgado Penal de Huancayo; mandato que ordenó el externamiento y entrega de la menor a su abuela por estimar que la demandante presenta vínculos afectivos estrechos con su nieta y debe continuar con su cuidado.

27. Descritos estos hechos, corresponde pronunciarnos a continuación sobre la acreditación de los vínculos afectivos entre la menor favorecida y su abuela materna.

El vinculo afectivo entre la menor N. L B. P. y su abuela

28. Según se desprende de los actuados, la menor favorecida ha sido asistida por su abuela materna desde su nacimiento, quien le brindó todos los cuidados y atenciones hasta que cumplió los 11 años de edad, pues, luego de cumplir esa edad, madre y abuela de la niña llegaron a un acuerdo para que esta viviera con la primera, su padrastro y sus hermanas. Empero, a pesar del alejamiento entre la abuela y su menor nieta, dicho factor no hizo que se perdieran los vínculos afectivos entre ambas, y existe en el expediente abundante prueba documentaria que acredita el fuerte lazo emocional que las une.

29. Así, a fojas 14 del expediente aparece la declaración de la propia menor que, ante las preguntas formuladas por el a quo para que diga con quién vivía hasta antes que la trasladen al albergue y si acudía a su centro de estudios, contestó:

> [...] antes que me trasladen a este albergue yo vivía con mi mamá desde el ocho de febrero de este año y antes de esa fecha vivía con mi abuelita desde que era muy pequeña, además refiere que no quería vivir con su mamá por que yo estaba acostumbrada a vivir con mi abuelita, y mi mamá es quien me llevo a vivir a la fuerza, YO QUIERO ir a vivir con mi abuelita por que desde chiquita estoy acostumbrada a vivir con ella y que ella es responsable con migo y me cuida (sic) [...] no estoy Ilendo a estudiar (sic) [...]

30. A fojas 18 obra el Informe Psicológico N.° 170-2014-MIMP-DGNNA-UIT-JUNIN, en el que la menor manifiesta querer vivir con su abuelita Angélica Reynoso porque siempre estuvo al lado de ella y la quiere mucho. Asimismo, el resultado de la evaluación concluye lo siguiente:

> [...] Presenta características de introversión, se muestra reservada ante personas desconocidas, dependencia emocional, deseo de complacer a los demás, sentimientos hostiles hacia la figura materna, se identifica afectivamente con su abuela materna [...]

31. A fojas 20, obra el Informe Social N.° 114-2014-MIMP-DGNNA-UIT-DGÑ, de fecha 1 de julio de 2014, en el que se señala:

> [...] La niña manifiesta querer vivir con su abuelita porque ella la trata bien y ya se acostumbró con ella y su mama le prometió que si su tío (padrastro) sale de la cárcel [...] se iría a vivir con su abuelita y si hasta ahora no se ha ido a vivir con su abuelita es porque su mama le dijo que tenía que ayudarle en la vidriería, en el cuidado de sus hermanitos y también tiene que ayudarle a que tu tío (padrastro) salga de la cárcel [...]

32. A fojas 28, consta la declaración indagatoria de doña Angélica Reynoso Alviño, abuela materna de la menor y recurrente de este proceso, en la cual manifiesta que la menor vivió con ella desde su nacimiento, pues su hija se encontraba enferma. Refiere, además, que ante el pedido de su hija de que viva con ella, su nieta le manifestó que no quería irse de su lado. Sin embargo, accediendo a dicha solicitud, permitió que la menor viva con su madre de lunes a jueves y con ella los fines de semana. Agrega en su declaración:

> [...] no me quieren entregar a mi niña, ya que ella del salón le han arrebatado cuando estaba estudiando en el Rosa de América, le han arrebatado de su mano a mi hija, porque ella había ido a la escuela porque le habían llamado, de allí le han doblado su mano y se han llevado a mi nieta a la Aldea el Rosario, al siguiente día yo he ido a reclamar y ya no estaba mi niña, la habían pasado a las diez de la noche para la Aldea de Jauja, de allí no me dejan ver, tanta exigencia y lágrimas me ha hecho pasar una señora al ver su ropita, de allí ahora ya no sé nada, yo quiero que mi niña vuelva a mi lado porque ella nunca ha estado abandonada [...] Yo he ido dos veces, porque no quieren dejarme entrar, incluso les he rogado. [...] yo necesito a mi criatura para que estudia (sic), ya que desde el primero de este mes no estudia, y mi niña llora mucho, a las cuatro de la mañana le levantan para que lave en el frío, me ha referido que no quiere estar allí, o me escapo, yo le he dicho que voy a hacer lo posible para sacarte [...]

33. A fojas 103, aparece la entrevista única a la menor de iniciales N. I. B. P, en la que respondió, entre otras interrogantes, las siguientes:

> [...] ¿Actualmente con quien te encuentras viviendo y si estás estudiando? (...) con mi Mamá Elizabeth Lucinda Paucarchuco Reynoso (...) yo le dije yo quiero estar con mi abuelita y ella insistió en que me fuera con ella, y para que mi Mamá no se pelee con mi abuelita decidí hacerle caso ami Mamá e irme a su casa en Pucara (...) ¿Cómo te sientes de estar viviendo

> con tu Mamá Sra. Elizabeth Lucinda Paucarchuco Reynoso (28)? (...) yo no estoy tranquila porque quiero vivir con mi abuelita (...) ¿Con quién te gustaría vivir? Con mi abuelita Angélica Reynoso Albino, porque ella es muy tranquila en mi casa [...]

34. A fojas 129, obra la declaración de la madre de la menor, Elizabeth Lucinda Paucarchuco Reynoso, en la que reconoce los fuertes lazos entre abuela y nieta, y manifiesta lo siguiente:

> [H]icimos un documento con el Abogado de mi Mamá por medio del cual mi Madre me hacía entrega de mi hija, a fines de abril no recordando la fecha exacta, preciso que mi madre no estaba de acuerdo porque quería que mi hija se quede con ella, pero ante mi insistencia cedió y me la entregó (...) Mi hija (...) se sintió un poco incómoda y triste no quería irse conmigo (...) no respondió y se puso a llorar [...]

35. De fojas 526 a 532 obran las fotografías acompañadas al escrito que contiene el recurso de agravio constitucional, en las que, entre otros aspectos, se aprecia a la menor en la habitación que le han proporcionado sus abuelos maternos y la menor bajo el cuidado de su abuela. Asimismo, en cuanto a los ingresos económicos de dichas personas, a fojas 118 del expediente se consigna la declaración del abuelo de la menor, Serafín Hurpiano Paucarchuco López, en la que indica que tanto él como la abuela trabajan y tienen la capacidad económica y moral para solventar los estudios de su nieta, su vestido, educación y salud.

36. A juicio de este Tribunal, es claro que los lazos afectivos entre la recurrente y su nieta son firmes y se mantienen, encontrándose también acreditado que la menor de iniciales N. I. B. P, desde que nació hasta que cumplió los once años de edad, vivió bajo la tutela de sus abuelos en un ambiente de armonía, afecto y estabilidad, con las condiciones necesarias para desarrollarse a cabalidad. Por ello, frente a la denuncia de violación efectuada contra su padrastro, que justificó la medida de apartamiento de la niña de su progenitora, correspondía razonablemente que se ponderen las relaciones afectivas que la menor ya había interiorizado.

37. En tal sentido, en el caso sub litis, la especial protección de la niña obligaba a que, ante la imposibilidad de quedar al amparo y responsabilidad de su madre, creciera en todo caso en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material, que procurase respeto por su dignidad, su bienestar y el libre desarrollo de su personalidad. Este ambiente, dadas las circunstancias, era y es el ofrecido por sus abuelos maternos, y redunda en ello la propia declaración de la niña, efectuada

ante el juez de paz (fojas 525) luego del retorno al cuidado de los primeros en virtud a la ejecución anticipada de la sentencia de primera instancia:

> [...] se encontró que la menor (...) se encuentra viviendo con su abuela DOÑA ANGELICA REYNOSO ALVIÑO, con todas las comodidades que requiera encontrándole feliz y muy alegre, donde declaró que está de vacaciones, donde se encuentra estudiando en la INSTITUCIÓN EDUCATIVA ROSA DE AMÉRICA, donde va Cursando (sic) el quinto grado de Educación Primaria, Se deja constancia que dicha menor viene viviendo desde el momento que nació donde declara la mencionada que sus padres le entregaron cuando nació y desde ese momento se hizo cargo tanto en su, alimentación, vestimenta, vivienda y educación (sic), entre otras necesidades que requiera a diario tanto en la Institución Educativa y su domicilio, mas declara dicha menor que se encuentra muy tranquila con todo el apoyo que tiene de su abuela materna que no le hace falta (...) nada donde se preocupa cuando se siente delicada de salud, le incentiva para que estudie sin dificultades donde se siente a gusto y muy feliz, donde declara la mencionada que el padre biológico de dicha menor le dijo que está de acuerdo que siga en la potestad de la mencionada [...]

38. Aquí acotamos que el derecho del niño a crecer en un entorno adecuado, lleno de afecto y seguridad moral y material, ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 1821-2013-PHC/TC, y también conlleva la obligación de la familia de cuidar, asistir y proteger al niño para procurar que tenga un nivel de vida adecuado y digno para su desarrollo físico, psíquico, afectivo, intelectual, ético, espiritual y social (fundamento 15). Tal obligación, a pesar de no ser parte de la familia nuclear, fue asumida en los hechos por los abuelos maternos de la niña favorecida.

39. Sin embargo, las decisiones tomadas por la Unidad de Investigación Tutelar de Junín, parte emplazada en este proceso, alejaron a la niña de sus abuelos y, por tanto, de ese ambiente conveniente para su crecimiento. De este modo, a través de sus resoluciones administrativas, la parte recurrida tomó medidas inadecuadas y excesivas que no tuvieron en cuenta el interés superior de la niña ni los deseos ni la opinión de la menor.

40. Recuérdese que el artículo 12 de la precitada Convención Sobre los Derechos del Niño, dispone:

> 1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libre-

mente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

Empero, esto no ocurrió si se revisa la motivación de la decisión cuestionada o los actos posteriores de la emplazada. Por el contrario, tal decisión adolece de evidentes vicios de motivación que se detallan a continuación.

Análisis de la decisión cuestionada

41. De acuerdo con el cuarto considerando de su Resolución Administrativa 032-2014-MIMP-DGNNA-DIT-UIT-JUNIN, se presumía una situación en la cual dicha menor se encontraría en calidad de agraviada, señalándose expresamente en este que "Tanto la madre como sus tías le han agredido psicológicamente, diciéndole mentirosa, mala, por qué mientes, si nada pasó, que se desista de su manifestación, le estuvieron grabando, la madre antes de apoyar a su hija está contra de ella atentando contra la integridad física y emocional de la menor" (ver fojas 74). Vale decir, que tanto la progenitora como las tías de la niña habían ejercido violencia psicológica para que desista de su manifestación.

42. Agrega la citada resolución administrativa que los hechos constituían causal de abandono de acuerdo a lo previsto en el artículo 248, inciso "b", del Código de los Niños y Adolescentes, el cual señala literalmente:

> El Juez especializado podrá declarar en estado de abandono a un niño o adolescente cuando:
>
> (…)
>
> Carezca, en forma definitiva, de las personas que conforme a la ley tienen el cuidado personal de su crianza, educación o, si los hubiera, incumplan las obligaciones o deberes correspondientes; o carecieran de las calidades morales o mentales necesarias para asegurar la correcta formación; [...]

43. Ahora bien, dicha resolución incluye a la abuela materna como responsable de ejercer violencia psicológica contra la menor, pues señala de forma expresa en su sétimo considerando lo siguiente:

> [...] de los hechos señalados en el considerando precedente, result(a) necesario salvaguardar la integridad física y psicológica de la niña N.I.B.P., de 11 años de edad; más aun si está sufriendo de violencia psicológica por parte de su progenitora, su **abuela materna** y de sus tías [...]

44. Si bien las medidas de protección a favor del menor de edad tienen base normativa (D. S. 011-2005-MIMDES) y son dispuestas con el fin de garantizar el derecho del niño a desarrollarse integralmente en el seno de su familia biológica y, en su defecto, en un ambiente familiar adecuado, tales medidas deben ser tomadas de forma excepcional, teniendo en cuenta el interés superior del niño como norte ineludible y con la debida motivación que la sustente. De lo contrario, se corre el riesgo de cometerse decisiones irrazonables o desproporcionadas.

45. Ya ha sostenido este Tribunal que "[E]1 derecho a la motivación de las resoluciones administrativas es de especial relevancia. Consiste en el derecho a la certeza, el cual supone la garantía de todo administrado a que las (resoluciones) estén motivadas, es decir, que exista un razonamiento jurídico explícito entre los hechos y las leyes que se aplican. [...]"; Añadiendo que el tema de la motivación del acto administrativo es una cuestión clave en el ordenamiento jurídico-administrativo, y es objeto central de control integral por el juez constitucional (cfr. Sentencia 03549-2011-PA/TC).

46. Constituye, entonces, una exigencia o condición impuesta para la vigencia efectiva de los principios que informan el Estado constitucional. Por ello, es indiscutible que la exigencia de motivación suficiente de los actos administrativos es una garantía de razonabilidad y no arbitrariedad de la decisión administrativa. En esa medida, este Tribunal debe enfatizar una vez más que la falta de motivación o su insuficiencia constituye una arbitrariedad e ilegalidad, en la medida en que es una condición impuesta desarrollada por la Ley 27444 (Sentencia 00091-2005-PA/TC, fundamento 9, párrafos 3, 5 a 8, criterio reiterado en Sentencias 294-2005-PA/TC, 5514-2005-PA/TC, entre otras).

47. Adicionalmente, se ha determinado en la Sentencia 8495-2006-PA/TC lo siguiente:

> [U]n acto administrativo dictado al amparo de una potestad discrecional legalmente establecida resulta arbitrario cuando sólo expresa la apreciación individual de quien ejerce la competencia administrativa, o cuando el órgano administrativo, al adoptar la decisión, no motiva o expresa las razones que lo han conducido a adoptar tal decisión. De modo que, motivar una decisión no sólo significa expresar únicamente bajo qué norma legal se

expide el acto administrativo, sino, fundamentalmente, exponer en forma sucinta —pero suficiente— las razones de hecho y el sustento jurídico que justifican la decisión tomada.

48. El acto administrativo en cuestión, que es del que parten las demás actuaciones de la emplazada, muestra una evidente insuficiencia, ya que no expresa las razones de hecho que han llevado a considerar que la abuela materna de la menor favorecida también la ha agredido psicológicamente. En efecto, tal resolución no expone en forma sucinta y esclarecedora por qué se le imputa este hecho a la abuela recurrente, lo que finalmente ha llevado a concluir que existe un presunto abandono de la menor por encontrarse en situación de total desamparo por parte de su familia. Es decir, se parte de una premisa errada: que la niña carecía de personas que se ocupen del cuidado personal de su crianza para asegurarle una correcta formación, que ha conllevado a que se cometan actos desproporcionados e irrazonables.

49. Como está dicho, el tantas veces mencionado interés superior del niño obligaba en este caso a ponderar los vínculos afectivos de la menor con su abuela materna, los que quedaron de lado por una decisión tan drástica como internar por abandono a la menor en un albergue alejado de la segunda; proceder que, en consideración de este Tribunal, es injustificado y al mismo tiempo arbitrario, y, por consiguiente, se aleja completamente de los principios de proporcionalidad y razonabilidad desarrollados anteriormente.

50. En ese orden de ideas, el haber actuado sin tener en cuenta el interés superior de la menor en lo concerniente a su cabal desarrollo personal, ha configurado una afectación de sus derechos fundamentales a su dignidad, bienestar, educación, a tener una familia y a desarrollarse en un ambiente familiar adecuado.

51. La abuela materna, quien actualmente cría a la niña según se desprende del "acta de entrega" de fecha 17 de julio de 2014, que corre a fojas 359, no ha hecho sino actuar en función al deber de especial protección del menor, que, en esencia, radica en la necesidad de defender los derechos de quien no puede ejercerlos a plenitud por sí mismo y de quien, por la etapa de desarrollo en que se encuentra, no puede oponer resistencia o responder ante un agravio de sus derechos. (cfr. Sentencia 2079-2009-HC/TC). Lo mismo ocurrió con el juez de primera instancia, quien advirtió esta irregular situación y corrigió los errores cometidos.

52. Por todo lo expuesto, esta judicatura constitucional, apreciando la idoneidad del ambiente en el cual la niña debe desenvolverse, que, reiteramos, debe ser propicio para el desarrollo de su personalidad y autoestima, considera que deben

dejarse sin efectos las resoluciones cuestionadas, así como las actuaciones que han motivado, y disponerse que la menor favorecida, de iniciales N. I. B. P., permanezca, por corresponder al interés superior de la niña, bajo el cuidado, la crianza y las atenciones de su abuela materna, doña Angélica Reynoso Alviño, recurrente en este proceso, así como el cuidado, la crianza y las atenciones de su esposo y abuelo de la niña, don Serafín Hurpiano Paucarchuco López, quienes probadamente han proveído las condiciones adecuadas para tal propósito.

Sobre la situación de violencia familiar suscitada contra la abuela materna

53. Finalmente, a fojas 40 del expediente aparece el Informe Social N° 080-2014-MIMP/PNCVFS-CEM-HYO/TC-DORP, que da cuenta que la abuela de la menor favorecida ha sufrido gritos y amenazas por parte de sus hijas, y recomienda, entre otros aspectos, que se realice una investigación por violencia familiar ejercida en su contra.

54. De manera complementaria, a fojas 497, obra el Informe N° 007-2014-MIMP-DGNNA-DIT-UIT-JUNIN-ED01, en el que se señala que los abuelos en la línea materna calificarían para asumir el cuidado de su nieta, sin embargo se recomienda que ambos fortalezcan sus habilidades en comunicación asertiva a efectos de que puedan afrontar las presiones familiares que la misma abuela refiere haber sufrido.

55. Al respecto, ha sostenido este Tribunal en anterior oportunidad, que el trato preferente a favor de las personas adultas mayores es una situación que merece ser garantizada tanto por el Estado como por los particulares, en tanto se trata de un grupo social vulnerable (cfr. Sentencia 0895-2001-AA/TC, fundamento 5; y Sentencia 08156-2013-PA/TC, fundamento 23 y siguientes).

56. En tal sentido, el Tribunal Constitucional ha determinado los alcances mínimos de tutela que el Estado y los particulares deben accionar a fin de brindar un trato preferente a favor de los adultos mayores, el cual se proyecta como una garantía vinculante o derecho implícito, directamente, desde los incisos 3 y 4 del artículo 139 de la Constitución.

57. Uno de estos alcances implica que las decisiones adoptadas por las autoridades competentes con el objeto de poner fin a la controversia de la que forman parte no solo estén fundadas en Derecho, sino que, con el propósito de que el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva queden plenamente garantizados, prevean las consecuencias que se pueden suscitar con su pronunciamiento a la luz de los derechos fundamentales, deberes constitucionales y políticas públicas

adoptadas por el Estado a favor de las personas adultas mayores (cfr. Sentencia 08156-2013-PA/TC, fundamento 25).

58. Aunado a esto, cabe mencionar que el 21 de julio de 2016 se dictó la Ley 30490, Ley de la Persona Adulta Mayor, con el propósito de otorgar —como advierte su artículo 1— un marco normativo que garantice el ejercicio de los derechos de la persona adulta mayor, a fin de mejorar su calidad de vida y propiciar su plena integración al desarrollo social, económico, político y cultural de la Nación. En virtud del mencionado objetivo, se precisó en el artículo 2 que una persona adulta mayor es toda aquella que tiene sesenta (60) o más años de edad. Asimismo, en el artículo 5 de la citada ley, se ha manifestado, entre otros tópicos, que, en su calidad de titular de derechos humanos y libertades fundamentales, ejercen, entre otros, el derecho a "Una vida sin ningún tipo de violencia."

59. Este, el más alto Tribunal de la Nación en materia constitucional, comparte estos objetivos y reafirma su compromiso social con las personas adultas mayores, a fin de que sean tratadas con dignidad, vivan sin violencia y gocen efectivamente todos los derechos que la Constitución reconoce y protege. En el caso concreto, en aras de que se cumplan estas garantías y se protejan los derechos de la abuela de la favorecida, dispone que el juez de ejecución ordene que se brinden todas las garantías necesarias para que pueda cuidar a la menor de iniciales N.I.B.P, favorecida de este proceso, en un ambiente de sosiego y tranquilidad, libre de amenazas y violencia. En suma, en un ambiente adecuado para el desarrollo de una menor de edad.

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

HA RESUELTO

Declarar **FUNDADA** la demanda de *habeas corpus*; en consecuencia:

1. Dejar sin efecto tanto la Resolución Administrativa 053-2014-MIMP-DGNNA-DITUIT-JUNIN, de fecha 15 de abril de 2014, como la Resolución Administrativa 110-2014-MIMP-DGNNA-DIT-UIT-JUNÍN, de fecha 1 de julio de 2014, a través de la cuales la emplazada dispuso y ejecutó la medida de protección provisional de atención integral a favor de la menor N. I. B. P. en el Centro de Atención Residencial Hogar Transitorio Virgen de Lourdes, así como las actuaciones que han motivado.

2. En atención al interés superior de la menor favorecida, disponer que esta permanezca bajo el cuidado de sus abuelos maternos, doña Angélica Reynoso Alviño y don Serafín Hurpiano Paucarchuco López.

3. Ordenar que el *A quo*, en ejecución, brinde todas las garantías necesarias y se le otorgue el apoyo psicológico a doña Angélica Reynoso Alviño y a su cónyuge, para que puedan cuidar a la menor de iniciales N.I.B.P, favorecida de este proceso, en un ambiente de sosiego y tranquilidad, libre de amenazas y de violencia.

4. Ordenar el pago de costos a la emplazada.

Publíquese y notifíquese.

SS.

BLUME FORTINI
MIRANDA CANALES
RAMOS NÚÑEZ
LEDESMA NARVÁEZ

EXP. N.º 04937-2014-PHC/TC
JUNÍN
N.I.B.P., REPRESENTADA POR ANGÉLICA REYNOSO ALVIÑO

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Discrepo de la decisión adoptada por mis colegas en el Expediente 04937-2014-PHC/TC, por las siguientes razones:

1. Doña Angélica Reynoso Alviño pretende vía este proceso de habeas corpus, que la menor favorecida, quien es su nieta, le sea entregada por la emplazada, directora de la Unidad de Investigación Tutelar de Junín (UIT), por considerar que se encuentra indebidamente retenida en el albergue del distrito de Jauja.

2. La dirección de la UIT de Junín, dispuso el 15 de abril de 2014, abrir una investigación tutelar a favor de la menor favorecida, por presunto estado de abandono moral y material y tomó como medida de protección provisional que sea atendida en el Centro de Atención Residencial Hogar Transitorio Virgen Lourdes de Jauja, toda vez que la menor habría sido agredida sexualmente por la nueva pareja de su madre.

3. La sentencia en mayoría, declara fundada la demanda y ordena la entrega de la favorecida a la demandante, sin tener en consideración que:

    a. Aunque desde pequeña la menor vivió con la demandante, su abuela, el 8 de febrero de 2014, fue retirada por su madre, quien se la llevó a vivir con ella.

    b. La presunta violación sexual de la menor, habría ocurrido el 3 de abril de 2014, cuando aquella se encontraba viviendo con su madre. El presunto autor sería la nueva pareja de ésta. En la misma fecha, la menor fue entregada nuevamente a su abuela por disposición del Fiscal de la Quinta Fiscalía Provincial Civil y de Familia de Huancayo (fojas 169).

    c. En el Informe Social de 9 de abril de 2014, presentado por la trabajadora social, licenciada Donna Otilia Rosas Peña (fojas 40), consta que el día

5, la menor fue increpada por sus padres y otros familiares por la denuncia contra su padrastro. En ese momento, una de sus tías refirió que "... porqué le habían entregado a mi mamá a la Nayeli, si cuando yo era niña me violó mi hermano RAUL, mi mamá sabía y nunca hizo nada, de igual manera le ha violado a ella y a ella (señalando a la madre de la niña y a su otra hermana cuyos nombres se desconoce) mi mamá nunca hizo nada, así le puede hacer algo a la N. (...)".

d. En el mismo informe consta que el día 6 de abril, la menor fue nuevamente agredida psicológicamente en la casa de su abuela, donde fue tildada de mentirosa y se le decía que debía cambiar su versión. La menor esa noche durmió con su abuela, pero su madre se la llevó al día siguiente. Por todo ello, se recomendó la variación de la custodia de la niña, la que podría recaer en su madrina.

e. Posteriormente, la demandante renuncia a la tenencia provisional de la menor, alegando que no se le leyó el acta correspondiente ni fue instruida de las obligaciones que derivan de ello (escrito de fojas 278, fechado el 15 de abril de 2014). Añade que es persona analfabeta, que apena sabe firmar y que, por su edad avanzada, no puede cumplir lo encomendado.

f. El 8 de julio de 2014 (fojas 1), se presentó la demanda de autos.

g. En el Informe N° 007-2014MIMP-DGNN-DITUIT-JUNIN-ED01 (fojas 497), los funcionarios de la UIT del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables a cargo de la investigación tutelar a favor de la menor agraviada, recomendaron que debía continuarse con la búsqueda de referentes familiares que califiquen para el cuidado y protección de la niña tutelada; que los abuelos matemos reciban tratamiento psicológico para que adquieran habilidades adecuadas para la crianza de la niña; y, que a la fecha, no es conveniente entregar a la niña a la demandante, pues aquella la entregó por propia voluntad a su madre, sin ningún mandato judicial o fiscal, pese a que la menor en el hogar de su progenitora no cuenta con la debida protección.

h. El 21 de julio de 2014, la Fiscal Adjunta Provincial de la Quinta Fiscalía Civil y de Familia de Huancayo, informa al juez del proceso de *habeas corpus*, que el 17 del mismo mes se dispuso la entrega de la menor a su abuela, como consecuencia de su sentencia dictada en dicho proceso, y que, a pesar de las citaciones cursadas a la demandante, esta no ha concurrido al despacho fiscal.

i. Durante el 25 de julio y el 1 de agosto de 2014, los funcionarios de la UIT del Ministerio de la Mujer y Poblaciones vulnerables, quisieron contactar a la abuela de la menor, la que, en la segunda oportunidad, criticó el trabajo que aquellos desarrollaban y que pese a su compromiso de apersonarse a las oficinas de la UIT de Junín, expuso que no lo hacía por recomendación de su abogado, que todo lo resolvería en el Poder Judicial y que no la sigan molestando (fojas 507 y 508).

4. A ello, cabe agregar, en relación al presunto delito cometido en agravio de la menor, que el 9 de junio de 2014, ésta declaró ante el Juez de Paz de Pucará, que su padrastro nunca la tocó indebidamente, que no tuvo relaciones sexuales con ella, y que tampoco la había violado (fojas 485).

5. De todo lo expuesto, se advierte que el comportamiento de la abuela de la menor, no genera convicción sobre su idoneidad para hacerse responsable de la integridad personal y psicológica de la misma.

6. También queda claro que este es un asunto que compete sea dilucidado por las autoridades ordinarias, las que cuentan con mayores herramientas para evaluar y determinar lo pertinente para la protección de la menor favorecida, pues se requiere de un proceso que cuente con etapa probatoria —artículo 9 del Código Procesal Constitucional—, a efectos de determinar que medidas de protección son las más adecuadas para proteger a la menor.

7. Finalmente, la actuación de la emplazada no ha sido arbitraria o irrazonable. Por el contrario, se advierte que todas sus actuaciones, así como las de los representantes del Ministerio Público, y la de los funcionarios de la UIT del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, han tenido por objeto la protección de la integridad personal y psicológica de la menor.

Por ello, considero que la demanda debe ser declarada **INFUNDADA.**

S.

SARDÓN DE TABOADA

EXP. N.º 04937-2014-PHC/TC
JUNÍN
N.I.B.P., REPRESENTADA POR ANGÉLICA REYNOSO ALVIÑO

VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Coincido con el voto de la mayoría en tanto que la presente demanda debe ser declarada **FUNDADA**, en mérito a las razones que se presentan en la ponencia.

Ahora bien, y sin perjuicio de ello, me permito realizar las siguientes observaciones::

1. En función de los hechos del presente caso, considero necesario referirme al derecho-principio de interés superior de los niños, niñas y adolescentes. A estos efectos, quiero empezar recordando al trato que este Tribunal Constitucional les brinda, tanto al referirse a ellos, como a la protección que se les debe.

2. Así, lo primero es precisar que la protección especial que merecen niños, niñas y adolescentes no significa que les pueda considerar como meros *objetos de protección*; sino, por el contrario, que deben ser entendidos como auténticos *sujetos de derechos*. En este sentido, la tutela que se les brinda no debe partir tan solo de su situación de debilidad o vulnerabilidad, y, menos aun, tenérseles por incapaces o "menores en situación irregular" (como lo sugiere la doctrina de la "minoridad" o de la "situación irregular"). Por el contrario, su debida protección exige reconocerlas como las personas que son, y se encuentra encaminada a la construcción y al fortalecimiento progresivo de su autonomía, así como a la asunción de responsabilidades como futuro ciudadano (conforme a la doctrina de la "protección integral").

3. De este modo, la protección especial a favor de niñas, niños y adolescentes debe considerarse como encaminada a fortalecer y permitir que ellos desplieguen sus capacidades, así como a promover su bienestar; y nunca a su anulación o subordinación. A esto, por cierto, no ayuda el uso del término "menor"—que desafortunadamente este mismo Tribunal ha utilizado de manera frecuente— para hacer referencia a niñas, niños y adolescentes. Considero entonces, en este sentido, que la expresión "menor" debe ser en el futuro erradicada de las decisiones de este órgano colegiado.

4. En cuanto al *principio de interés superior del niño*[1], conviene anotar que este se encuentra reconocido por el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño y el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes. En este último artículo se señala que "toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de entidades como el Congreso, el Gobierno, la judicatura ordinaria o Poder Judicial, el Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos". Es más, la ratificación del valor de la protección y la deferencia interpretativa a favor de niños, niñas y adolecentes ha sido una constante en numerosos pronunciamientos de este mismo Tribunal Constitucional sobre el particular (por ejemplo, en STC Exp. n.° 1817-2009-HC, STC Exp. n.° 4058-2012-PA, STC Exp. n.° 01821-2013-HC y STC Exp. n.° 4430-2012-HC).

5. Asimismo, el Comité de los Derechos del Niño ha indicado, acertadamente, que el interés superior del niño puede concebirse como un derecho, como un principio interpretativo y como una norma de procedimiento[2]. Efectivamente, ha señalado que es un concepto triple, pudiendo ser:

> "a) Un derecho: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales.
>
> 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

1 Solo por economía del lenguaje, cuando nos refiramos en adelante al "interés superior del niño" estaremos aludiendo en realidad al interés superior de la niña, el niño y los adolescentes.

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.

> decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos."

6. De este modo, de la noción de interés superior del niño se desprende una pretensión directamente invocable y exigible, relacionada con la preferencia o prevalencia jurídica e interpretativa a favor de los intereses de las niñas, los niños y los adolescentes. Ello incluso se impone o debe imponer sobre los derechos de los adultos u otros bienes constitucionales valiosos[3].

1092

7. En este sentido, como ha tenido ocasión de señalar recientemente este Tribunal, este principio "predispone al juzgador, *prima facie*, la obligación de brindar prevalencia a los derechos e intereses de los menores (sic), a no ser que existan razones poderosísimas y absolutamente necesarias en una sociedad democrática, que justifiquen el establecimiento de una regla de precedencia en sentido inverso" (STC Exp. N° 01665-2014-HC, f. j. 21).

8. En este mismo orden de ideas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Campo Algodonero vs. México (sentencia sobre excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas del 16 de noviembre de 2009), señaló que:

> "[L]os niños y niñas tienen derechos especiales a los que corresponden deberes específicos por parte de la familia, la sociedad y el Estado. Además, su condición exige una protección especial que debe ser entendida como un derecho adicional y complementario a los demás derechos que la Convención reconoce a toda persona. La prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de la infancia y la adolescencia, que obliga al Estado e irradia efectos en la

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.

interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad. Asimismo, el Estado debe prestar especial atención a las necesidades y los derechos de las presuntas víctimas en consideración a su condición de niñas, como mujeres que pertenecen a un grupo en una situación vulnerable" (Cfr. fundamento 408)

9. En este sentido, resulta claro que resulta pertinente y perfectamente justificado para los niños y niñas que se propenda a la defensa y protección de sus derechos fundamentales. En el caso *sub examine*, aquello se encuentra relacionado a buscar que la niña de iniciales N.I.B.P. pueda crecer en un entorno adecuado, rodeada de afecto y seguridad para procurar no solo un nivel de vida adecuado y digno, sino también óptimo para su desarrollo físico, psíquico, afectivo, intelectual, ético, espiritual y social (Cfr. STC 01821-2013-PHC/TC). Esto, bien como puede apreciarse del estudio de los presentes actuados, no se ha conseguido con las decisiones adoptadas por la Unidad de Investigación Tutelar de Junín.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

EXP. N.º 00194-2014-PHC/TC
AREQUIPA
JUAN JOSÉ GUILLÉN DOMÍNGUEZ REPRESENTADO(A) POR JOSÉ ANTONIO GUILLÉN TEJADA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 30 días del mes de abril de 2019, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Blume Fortini, Miranda Canales, integrado por los señores magistrados Blume Fortini, Miranda Canales, Ramos Núñez, Sardón de Taboada, Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento del magistrado Ferrero Costa aprobado en la sesión de pleno del día 5 de setiembre de 2017. Asimismo, se agregan los fundamentos de voto de los magistrados Miranda Canales, Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera y el fundamento de voto en conjunto de los magistrados Blume Fortini y Ferrero Costa y el voto singular del magistrado Sardón de Taboada.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don José Antonio Guillén Tejada contra la resolución expedida por la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, de fojas 598 Torno II, su fecha 5 de noviembre del 2013, que declaró infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 11 de abril del 2013, don José Antonio Guillén Tejada interpone demanda de hábeas corpus a favor de su hijo, Juan José Guillén Domínguez, y la dirige contra doña Carolina Domínguez Ávila, madre del favorecido. El demandante alega que en relación a su hijo se han vulnerado los derechos a la integridad personal, a la libertad de tránsito y a no ser sometido a trato humillante. En su demanda, el recurrente solicita que se disponga el retiro de las rejas metálicas y el tapiado de la ventana que la demandada ha colocado en la habitación de su hijo.

El demandante señala que está separado de hecho de doña Carolina Domínguez Ávila, con quien tiene dos hijos, el menor de iniciales V.M.G.D. y Juan José Guillén

Domínguez, quien es mayor de edad en la actualidad. Refiere que el favorecido es una persona con síndrome orgánico cerebral crónico psicótico y retardo mental profundo, "por lo que se trata de una persona absolutamente incapaz". Sostiene que la curatela de su hijo la ejerce de forma provisional la demandada en razón de lo dispuesto en la Resolución 46-2013, de fecha 1 de abril de 2013, por el Primer Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa en el marco del proceso de interdicción iniciado por ella (Exp. 02235-2011).

El accionante refiere que todos viven en el mismo domicilio pero de manera independiente en espacios distintos. La demandada y el menor V.M.G.D. viven en el segundo piso del inmueble (propiedad de los padres del demandante), teniendo a su disposición tres habitaciones, una sala y un baño completo, además de dos cuartos y un baño en el primer piso de la casa. Señala que la demandada dispuso que su hijo Juan José Guillén Domínguez (el favorecido) estuviera en una de las habitaciones del primer piso cercana al baño. Sostiene que ella colocó dos rejas en el interior de dicha habitación, una que da al patio y otra que da acceso a otra habitación, por lo que su hijo se encuentra prácticamente preso en un ambiente de diez metros cuadrados, lo cual constituye, a su juicio, un trato humillante.

Don José Antonio Guillén Tejada añade que las rejas se encuentran cerradas y que por ello no puede comunicarse con su hijo ni auxiliarlo en caso de emergencia pues, según refiere, además de tratarse de una persona "absolutamente incapaz", su hijo presenta ataques de epilepsia por lo que necesita asistencia permanente. Asimismo, el accionante manifiesta que en la parte superior de la puerta de la habitación en la que se encuentra su hijo había una ventana por la cual tanto él como el resto de la familia podían verlo; sin embargo, refiere que la demandada ha tapiado la referida ventana quedando completamente incomunicados con Juan José Guillén Domínguez.

A fojas 35 Tomo I del expediente obra el Acta de Inspección Judicial, de fecha 12 de abril del 2013, en la que se consigna la verificación de la existencia de las rejas en la habitación del favorecido, las cuales se encontraban abiertas. Asimismo, se señala que había juguetes y que tanto la habitación como el baño están en condiciones adecuadas de higiene, aunque se refiere que no cuenta con buena ventilación porque se percibe un ligero olor a humedad, además de no contar con focos. Sobre Juan José Guillén Domínguez, el juez señaló que lo encontró sentado en la mesa del comedor con el televisor prendido.

A fojas 39 Tomo I del expediente obra la declaración del recurrente en la que se reafirma en los extremos de su demanda y señala que desea que su hijo tenga una mejor calidad de vida y que él es la persona más idónea para su crianza, ya que se encarga de todos los pagos para la manutención de sus dos hijos, además de pagarle a la terapista

que el favorecido necesita debido a la condición en la que se encuentra. De igual forma, también refiere que el favorecido va todos los días al colegio y que la enfermera se encarga de llevarlo y traerlo, y que la demandada trabaja como taxista hasta altas horas de la noche dejando encerrado a su hijo, por lo que no tiene ningún contacto con sus familiares. El demandante señala que la madre de su hijo no debe trabajar puesto que él cubre todos los gastos y que paga una pensión de S/ 1000 (mil soles) para sus hijos y de S/. 400 (cuatrocientos soles) para ella.

Doña Carolina Domínguez Ávila en su declaración (fojas 41 Tomo I) y en la contestación de la demanda (fojas 50 Tomo I), señala que ninguno de sus hijos se queda solo y que el favorecido es asistido por una técnica en enfermería desde las 7:00 am hasta las 3:00 pm de lunes a sábado. Refiere que dicha técnica en enfermería lo acompaña al Centro de Rehabilitación "Manos Unidas", así como a pasear por la chacra, a comprar o a comer. Según la demandada, su hijo tiene que estar siempre acompañado ya que puede ocasionar algún daño a terceras personas, ya que en ocasiones es agresivo a pesar de la medicación. Al respecto, señala incluso que tanto ella como la técnica en enfermería han sido agredidas. La demandada sostiene que ha puesto la reja en la habitación —la que ocupa solamente para dormir—, para impedir que el favorecido se escape, se haga daño o que alguien lo lastime. Relata que ya en el año 2005 presentó una denuncia contra el hermano del recurrente por la presunta comisión del delito de violación sexual en agravio del favorecido. Según señala, su hijo no puede estar en el segundo piso de la casa dado que en éste hay ventanales y, de no caminar bien, puede tropezar y caerse por las escaleras o, incluso, podría empujarla a ella o su otro hijo.

La emplazada también afirma que en realidad es el demandante quien no quiere hacerse cargo de Juan José Guillén Domínguez, pues indica que éste tiene plena libertad de movimiento durante el día pero el recurrente no se interesa en atenderlo. Señala, además, que es su suegro (padre del recurrente) quien no permite el ingreso del favorecido al espacio que ellos ocupan. La emplazada sostiene que su otro hijo se encuentra bajo terapia psiquiátrica debido a la situación de su hermano y al ambiente de violencia familiar que sufrieron. Refiere que la denuncia que presentó contra el hermano del recurrente por el delito de violación sexual en agravio del favorecido fue archivada. Desde su perspectiva, la verdadera intención del demandante es quitarle la curatela del favorecido con la única finalidad de no cumplir con sus obligaciones alimenticias.

Por Resolución 11-2013, de fecha 6 de mayo del 2013, el juez del presente proceso de hábeas corpus dispuso que se practique una pericia psiquiátrica a don Juan José Guillén Domínguez (fojas 381 Tomo I), la cual fue realizada el fecha 22 de mayo del 2013, según se aprecia del documento Evaluación Psiquiátrica 010613-2013-PSQ (fojas 514 Tomo II). En éste se consigna que el favorecido es una persona con sín-

drome orgánico cerebral y retraso mental profundo; que no controla sus emociones; que no puede hacer tareas de auto cuidado y puede ser agresivo o dañar físicamente a otras personas. También se indica que se requieren medidas de seguridad para alejar o guardar objetos con los que pueda dañarse, así como una constante supervisión en su desplazamiento y durante las noches. Con fecha 28 de setiembre del 2013, a través del Certificado Médico Legal 017785-PF-AMP (fojas 570 Tomo II), se amplió la Evaluación Psiquiátrica 010613-2013-PSQ indicándose que el favorecido es, además, una persona con síndrome orgánico cerebral, epilepsia y retraso mental profundo.

El Tercer Juzgado Unipersonal de Arequipa, mediante Resolución 30 de fecha 23 de setiembre del 2013, declaró fundada en parte la demanda y ordenó a la emplazada acondicionar una habitación en el segundo piso de la vivienda para Juan José Guillén Domínguez, sustituyendo los vidrios por otro material que no constituya peligro para el favorecido. Asimismo, en la referida resolución se dispuso implementar medidas de seguridad como alejar o guardar objetos o materiales que pudieran causarle algún daño, así como poner vallas de seguridad en las escaleras. Se señaló también que, en caso el recurrente no pueda dormir en la misma habitación, se implemente una puerta de madera que sea cerrada sólo en horas de la noche, pero que le permita una supervisión permanente. Por último, se dispuso que para la implementación de dichas medidas, el recurrente proporcione los medios económicos necesarios.

La Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, mediante Resolución 39 de fecha 5 de noviembre de 2013, revocó la apelada declarándola infundada por considerar que el favorecido es una persona que requiere atención especial, por lo que las medidas de seguridad establecidas para su seguridad y la de su entorno familiar resultan razonables y no afectan los derechos invocados, habiéndose acreditado en autos que el favorecido no se encuentra privado de su libertad y que por su estado de dependencia, puede ser contraproducente que viva en el segundo piso.

Interpuesto el recurso de agravio constitucional, el recurrente reitera los fundamentos expuestos en su demanda.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. En la demanda presentada, el recurrente manifiesta que, con los actos desplegados, doña Carolina Domínguez Ávila (la demandada) viola los derechos conexos a la libertad como lo son los derechos a la integridad personal y libertad de locomoción respecto del favorecido por lo que se debe disponer "el inmediato

cese del agravio producido y las medidas necesarias para evitar que el acto vuelva a repetirse" (fojas 3). De manera concreta, el demandante refiere que "la única manera de evitar estos tratos humillantes y que atentan con la libertad del menor es amparando el presente habeas corpus y disponiendo su inmediata liberación, procediendo a quitar las rejas metálicas y la madera de la ventana de manera inmediata" (fojas 6). Por último, manifiesta que en caso la demandada ya haya retirado las referidas rejas, se disponga "que nunca más vuelva a ponerlas, por atentar contra la libertad de [su] hijo" (fojas 6).

2. En vista de lo anterior, este Tribunal considera que los hechos descritos por el recurrente guardan relación de manera específica con los derechos a la libertad individual y a la integridad personal como derecho conexo al primero. Por ende, el caso de autos será analizado desde dicha perspectiva.

Cuestiones preliminares sobre el proceso de interdicción del beneficiario

3. Este Tribunal advierte que con fecha 23 de junio de 2011, la emplazada en este proceso de hábeas corpus interpuso una demanda de interdicción contra Juan José Guillén Domínguez (hijo) y José Antonio Guillén Tejada (padre) a fin de que se le declare como curadora del primero. En dicha demanda, doña Carolina Domínguez Ávila sostuvo que su hijo es una persona que padece de síndrome orgánico cerebral crónico y de retardo mental profundo (Cfr. fojas 128).

4. Mediante Resolución 46-2013, de fecha 1 de abril de 2013, el Primer Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa designó a la demandada como curadora legítima del beneficiario de forma provisional por un periodo de ocho meses. Posteriormente, mediante Resolución 66, de fecha 4 de marzo de 2014, la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Arequipa confirmó la aludida resolución.

5. Al respecto, este Tribunal advierte del sistema de consulta de expedientes del Poder Judicial que mediante Resolución 75-2015, de fecha 25 de agosto de 2015, el Primer Juzgado de Familia de la Corte Superior de Arequipa declaró a la demandada como curadora legítima del beneficiario de manera definitiva. Dicha resolución fue declarada consentida por el referido juzgado mediante la Resolución 76-2015 de fecha 7 de diciembre de 2015 (Exp. 02235-2011-0-0401-JR-FC-01). Esta decisión adoptada en el proceso de interdicción será especialmente tomada en consideración-por este Tribunal para la resolución de la presente controversia constitucional por tratarse de una cuestión que indudablemente incide en los derechos del favorecido y en su situación actual.

La inspección ocular realizada por el Tribunal Constitucional a fin de verificar la situación actual del favorecido

6. Por acuerdo del Pleno, el 28 de marzo del presente, magistrados de este Tribunal se constituyeron en el domicilio en el que se encuentra el favorecido en la ciudad de Arequipa. En aquella diligencia se pudo hacer una inspección ocular a fin de verificar las condiciones en las que se encuentra actualmente el favorecido. De tal forma que, en primer lugar, se pudo dialogar con el tío de Juan José Guillén Domínguez, don Víctor Guillen Tejada y, posteriormente, con el padre y con la madre, demandante y demandada respectivamente en este proceso de hábeas corpus.

7. La información recabada en esta inspección —que consta en dos (02) videos— resulta sustancial para la resolución del caso por lo que, en la medida que sea pertinente, será también valorada y tomada en cuenta por este Tribunal para arribar a una decisión que se ajuste a las circunstancias particulares que se presentan.

La comprensión constitucional de los derechos de las personas con discapacidad desde la perspectiva del modelo social de la discapacidad

8. De manera previa al análisis de la controversia constitucional concreta, para este Tribunal es pertinente esgrimir algunas consideraciones acerca del estado actual del progreso en cuanto a los derechos de las personas con discapacidad se refiere.

9. Pues bien, en primer lugar corresponde señalar que, al ratificar la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas y su Protocolo Facultativo, el Estado peruano asumió una serie de obligaciones internacionales orientadas a promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades de todas las personas con discapacidad. Parte consustancial a este compromiso es el de generar las condiciones orgánicas o institucionales que permitan alcanzar estos objetivos.

10. Es así que el literal a) del numeral 1 del artículo 4 de la mencionada Convención, cuenta con una previsión dirigida a los Estados, quienes se comprometen a: "[a]doptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención."

11. De esa manera, uno de los aspectos más relevantes que se ha plasmado en dicha Convención es el establecimiento del denominado modelo social, como perspectiva adecuada desde la cual se debe abordar la comprensión de los derechos

y las libertades de las personas con discapacidad (artículo 1). Sobre el particular, el denominado modelo social es aquel que comprende a la discapacidad como el resultado de la interacción o concurrencia de una situación particular del sujeto con las condicionantes u obstáculos que la sociedad, con o sin intención, impone a este grupo de personas.

12. Así las cosas, contrariamente a lo que se percibía desde el anterior modelo médico o rehabilitador —que entendía la discapacidad como un atributo puramente personal—, la vigencia de este nuevo paradigma que trae la aludida Convención traslada la discapacidad, por decirlo de alguna manera, al diseño de las estructuras y comportamientos de la sociedad. De esta manera, por ejemplo, mientras que el hecho de presentar dificultades visuales es una condición de la diversidad humana, el no poder realizar un examen escrito en un centro de estudios porque éste no adopta los necesarios ajustes razonables supone una situación de discapacidad.

13. Entonces, mientras que el modelo médico o rehabilitador de la discapacidad pretendía que las personas con discapacidad sean quienes se readapten a la sociedad "curándose" o "rehabilitándose", el modelo social busca más bien que la sociedad se adapte a las necesidades de estas personas.

14. Ahora bien, en nuestro país el paso del modelo médico o rehabilitador al modelo social ha sido progresivo y, de hecho, sigue estando en proceso en algunos aspectos. Así, uno de los pasos más importantes hacia este nuevo paradigma es la Nueva Ley General de la Persona con Discapacidad, Ley 29973, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 24 de diciembre de 2012, cuyo artículo 2 conceptualiza a la persona con discapacidad como:

> "[A]quella que tiene una o más deficiencias físicas, sensoriales, mentales o intelectuales de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras actitudinales y del entorno, no ejerza o pueda verse impedida en el ejercicio de sus derechos y su inclusión plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones que las demás".

Como se puede advertir, esta definición inserta la interacción entre la persona y las barreras sociales como el componente determinante para comprender a la discapacidad.

15. En dicha perspectiva, la jurisprudencia de este Tribunal tampoco ha sido ajena a este cambio de paradigma. Por ejemplo, ya desde el fundamento 4 de la sentencia recaída en el Expediente 02313-2009-PHC/TC, se puede vislumbrar como este Tribunal, al señalar que no es posible equiparar la situación de discapacidad

mental de una persona con la falta o inexistencia de voluntad, ha ido decantándose por impregnar la perspectiva del modelo social en la comprensión de los alcances de los derechos de las personas con discapacidad.

16. Luego, el modelo social se ha ido posicionando en la jurisprudencia constitucional a partir de casos como el de la estudiante con discapacidad visual que demandaba la adopción de ajustes razonables para poder rendir un examen [Expediente 02362-2012-PA/TC]; aquel otro en el que se solicitaba al Tribunal que ordene a un establecimiento abierto al público que permita el ingreso de perros guía [Expediente 02437-2013-PA/TC], o aquel en el que ordenó la creación de una oficina regional de atención a las personas con discapacidad [Expediente 04104-2013-PC/TC].

17. Finalmente, dicho modelo fue plasmado de manera más evidente en el caso recaído en el Expediente 01153-2013-PA/TC, en cuyo fundamento 6 se sostuvo lo siguiente:

18. En consecuencia, este Tribunal considera que en el estado actual de las cosas, los derechos y las libertades de las personas con discapacidad deben interpretarse bajo el esquema que propone el modelo social que, como se dejó evidenciado *supra*, encuentra respaldo constitucional. Solo así, desplazando la "incapacidad" hacia el entorno, podrán combatirse las desigualdades que históricamente han aquejado a este importante sector de la población.

El impacto del proceso de interdicción en los derechos alegados como presuntamente vulnerados en el presente caso

19. Este Tribunal ha establecido que el proceso constitucional de hábeas corpus —aún cuando tradicionalmente ha sido concebido como un mecanismo orientado, por antonomasia, a la tutela del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la libertad individual y derechos conexos a ésta—, ha transcendido el objetivo descrito, debido a su evolución, para convertirse en una verdadera vía de protección de lo que podría denominarse la esfera subjetiva de libertad de la persona humana, correspondiente no sólo al equilibrio de su núcleo psicosomático, sino también a todos aquellos ámbitos del libre desarrollo de su personalidad que se encuentren en relación directa con la salvaguarda del referido equilibrio [*Cfr*. Expedientes 1317-2008-PHC/TC, fundamento 13 y 01384-2008-PHC/TC, fundamento 2, entre otros].

20. Teniendo ello en cuenta, y a pesar que en este proceso de *habeas corpus* no es objeto de cuestionamiento directo el proceso de interdicción seguido por

la demandada contra el favorecido y el demandante (Exp. 2235-2011) —que finalmente concluyó declarando curadora legitima y definitiva a doña Carolina Domínguez Ávila—, este Tribunal considera que resulta especialmente relevante esgrimir algunas consideraciones al respecto puesto que, como la demandada ha dejado entrever en el transcurso de este proceso, las acciones que ha tomado (como el tapiado de la ventana y la instalación de las rejas) responderían a cuestiones de seguridad tanto del favorecido como de los demás habitantes del hogar; decisión que, según considera, ha sido debidamente tomada en el marco de las atribuciones que, como curadora legítima, le corresponden.

21. Ello se evidencia, por ejemplo, en el escrito presentado por la parte emplazada con fecha 9 de diciembre de 2013 en el que sostuvo que, a dicha fecha, todavía se encontraba en curso el proceso de interdicción en el que ella había sido designada curadora provisional y que las rejas habían sido efectivamente instaladas "por cuestiones de seguridad" (fojas 623 y 624).

22. Pues bien, como se señaló supra, mediante sentencia de fecha 25 de agosto de 2015, el Primer Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa declaró a doña Carolina Domínguez Ávila como curadora legítima definitiva del favorecido. En dicha resolución —dado que el favorecido ya había sido considerado como absolutamente incapaz en los términos del artículo 43, inciso 2, del Código Civil en la Resolución 82-2013 de fecha 1 de abril de 2013— se fijaron como extensión y límites a la curatela que debía cumplir la emplazada los siguientes:

> "1.- Se encargará de proteger al incapaz proveyéndole alimentación y vestido, así como cuidados en su salud permanente. 2.- Lo representará ante las autoridades públicas y entidades privadas. 3.- Para la celebración o disposición de sus bienes o derechos que comprometan el patrimonio de la incapaz requerirá autorización judicial expresa. 3.- Podrá realizar los trámites administrativos y judiciales que se le exijan en bien del interdicto, en especial, podrá representarlo en el proceso de alimentos a su favor. 4.- Podrá cobrar la pensión que percibe de su señor padre, destinándola exclusivamente para el sostenimiento de éste, así corno para sus gastos de medicinas y pago de sus deudas, haciéndosele presente, que deberá incluso rendir cuentas de su gestión si se le requiriera ello. 5.- Para internarlo conforme al artículo 578 del Código Civil, requerirá de autorización judicial. 6.- Requiero a doña Carolina Domínguez Ávila, mejore las condiciones en que habita su hijo, manteniendo el lugar aseado y procurando la debida ventilación (...)" (sic)

Como se observa, la decisión final en el proceso de interdicción colocó al favorecido en un estado de incapacidad absoluta, haciéndolo totalmente dependiente de la voluntad de su curadora quien a la vez es su madre.

23. Al respecto, este Tribunal advierte que la declaratoria de interdicción del favorecido en este proceso de hábeas corpus se siguió conforme a lo regulado por el Código Civil respecto a la capacidad jurídica de los sujetos de derecho. Sobre este aspecto, es necesario hacer ciertas precisiones en el contexto vigente.

24. Pues bien, sobre el particular, tenemos que la curatela —entendida como una institución supletoria del amparo familiar— que se instaura luego de un proceso civil de interdicción, se sustenta en una lógica de sustitución en la toma de las decisiones, colocando en la mayoría de los casos a las personas con discapacidad señaladas en los artículos 43.2, 44.2 y 44.3 del Código Civil a la merced de la voluntad de sus curadores. Ya sea que se les declare absoluta o relativamente incapaces, lo cierto es que su voluntad es anulada y sustituida por la de un tercero.

25. Ciertamente es una idea muy arraigada —tanto a nivel judicial como doctrinario— que dicha institución busca "proteger" a la persona con discapacidad; proteger a terceros del "peligro" que podrían representar dichas personas, y proteger el correcto funcionamiento del tráfico jurídico en la celebración de contratos. Sin embargo, desafortunadamente muchas veces quienes ejercen la función de la curatela sobre las personas con discapacidad son los principales agentes que violentan sus derechos, pues asumen una posición vertical de dominio en la que, bajo el amparo de "tomar las mejores decisiones", en realidad desatienden los intereses y la verdadera voluntad de las personas con discapacidad [Véanse, por ejemplo, las exposiciones de motivos de los proyectos de ley 872/2016-CR, páginas 32 a 43; 792/2016-CR, páginas 12 y 13, y 4601/2014-CR, páginas 12 y siguientes].

26. Esta realidad ha sido puesta en serios cuestionamientos desde que entró en vigencia la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ratificada por el Estado peruano mediante Decreto Supremo 073-2007-RE, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 31 de diciembre de 2007. En efecto, mientras que el Código Civil de 1984 regulaba la capacidad jurídica de las personas con discapacidad desde la lógica del modelo médico o rehabilitador y, por ende, desde la perspectiva de la sustitución en la toma de las decisiones, la referida convención reguló más bien la capacidad jurídica de dichas personas —tal y como se evidencia en su artículo 12— desde la lógica del modelo social inspirada más bien en un sistema de apoyos en la toma de las decisiones.

27. Ello trajo como consecuencia que en la Nueva Ley General de la Persona con Discapacidad, Ley 29973, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 24 de diciembre de 2012 se estableciera que "[l]a persona con discapacidad tiene capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida, en igualdad de condiciones que las demás. El Código Civil regula los sistemas de apoyo y los ajustes razonables que requieran para la toma de decisiones" (artículo 9.1).

28. Estando a lo expuesto, era evidente la incongruencia que, sobre la regulación del derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, presentaban, por un lado, el Código Civil y, por el otro, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Ley 29973. Esta situación, de hecho, fue advertida por el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas en el 2012 [*Cfr*. Observaciones Finales respecto de Perú, CRPD/C/PER/CO/1], por lo cual, requirió al Estado peruano a que derogue la interdicción y la curatela, reemplazándolas por un régimen de apoyos de conformidad con el artículo 12 de la convención de Naciones Unidas sobre la materia.

29. Como producto de todo lo anteriormente expuesto fue que finalmente se publicó en el diario oficial *El Peruano* el 4 de setiembre de 2018 el Decreto Legislativo 1384, que reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones, modificando para ello diversos artículos tanto del Código Civil como del Código Procesal Civil y del Decreto Legislativo del Notariado. Esta norma nos presenta una nueva realidad de cara a lo que proponen los estándares actuales en materia de protección de los derechos de las personas con discapacidad, reivindicando a este grupo de personas, devolviéndoles el estatus de verdaderos sujetos de derecho.

30. Así, junto con la regulación de los apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica y el establecimiento de mecanismos de salvaguardas, el referido decreto prevé un régimen de transición del sistema de sustitución en la toma de las decisiones —reflejado en el Código Civil hasta antes de la dación de dicho decreto— al sistema de apoyos y salvaguardas. Es así que, sobre el particular, su Primera Disposición Complementaria Transitoria establece lo siguiente:

> "El Juez transforma los siguientes procesos a uno de apoyos y salvaguardas:
>
> a) Aquellos procesos de interdicción que cuenten con sentencia firme donde se haya nombrado curador para la persona con discapacidad. En estos casos, con la entrada en vigencia de la presente Ley, las personas con discapacidad tienen capacidad de goce y de ejercicio, siendo aplicables las reglas establecidas en el Capítulo Cuarto al Título II de la Sección Cuarta del Libro III del Código Civil.

> b) Aquellos procesos de interdicción en trámite, iniciados con anterioridad a la vigencia de la presente Ley. En estos casos, se suspende la tramitación del proceso y se aplican las reglas establecidas en el Capítulo Cuarto al Título II de la Sección Cuarta del Libro III del Código Civil.
>
> El Consejo Ejecutivo del Poder Judicial establece las reglas y procedimientos necesarios para el correcto funcionamiento de la transición al sistema de apoyos en observancia obligatoria del modelo social de la discapacidad."

31. En el presente caso, como se puede advertir, nos encontramos en el primer supuesto descrito por la norma citada. En efecto, a la fecha ya pesa sobre el favorecido una sentencia de interdicción que lo declara absolutamente incapaz en los términos del artículo 43, inciso 2, del Código Civil. Así las cosas, y estando a lo establecido por la Primera Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo 1384, desde el día siguiente de la publicación del mismo, el beneficiario ha sido restablecido en su capacidad de goce y de ejercicio, por lo que el juez ordinario que conoció dicha causa judicial deberá transformar el proceso de interdicción —ya culminado— en uno de apoyos y salvaguardas.

32. Visto este nuevo escenario, y dadas sus evidentes implicancias que para el caso concreto presenta, este Tribunal dispone que el juez que conoció el proceso de interdicción subyacente (Expediente 2235-2011) modifique dicho proceso hacía uno en el que se establezcan los apoyos y salvaguardas, de conformidad con el Decreto Legislativo 1384 y con el Reglamento de Transición al Sistema de Apoyos en Observancia al Modelo Social de la Discapacidad aprobado por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa 046-2019-CE-PJ publicado en el diario oficial *El Peruano* el 12 de febrero de 2019. Para ello, será importante que también se tomen en consideración los hechos de violencia familiar que incluso han sido judicializados, en la medida que pueden otorgar un panorama más amplio al juez sobre la situación real en la cual se encuentra viviendo el favorecido.

33. Ahora bien, este Tribunal considera que esta transición no es un asunto que se presente solamente en el caso del favorecido, sino que, es una cuestión que atañe a todas las personas con discapacidad que han sido interdictadas. Por ello, es de suma importancia que los jueces que, como en el presente caso, conocieron de procesos de interdicción de personas con discapacidad, asuman bajo el nuevo paradigma que ahora se presenta un rol de garantía más activo de los derechos de las personas con discapacidad bajo la lógica del modelo social de la discapacidad. Esto supone, entre otras cosas, abandonar la idea según la cual se

trataba a las personas con discapacidad como objetos del proceso y empezar a comprenderlas como verdaderos sujetos en el mismo. Solo así podrá garantizarse fehacientemente el respeto de su derecho a la capacidad jurídica en condiciones de igualdad.

34. El artículo 9 de la Constitución establece que "[e]! Estado determina la política nacional de salud. El Poder Ejecutivo norma y supervisa su aplicación. Es responsable de diseñarla y conducirla en forma plural y descentralizada para facilitar a todos el acceso equitativo a los servicios de salud." Por su parte, el artículo 7 establece que "(...) La persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respecto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad", mientras que el artículo 2, por su lado, señala que "[t]oda persona tiene derecho a (...) su integridad psíquica (...)".

35. En ese sentido, este Tribunal ha reconocido que de los citados artículos en mención se desprende un reconocimiento de las personas con discapacidad mental como sujetos de especial protección constitucional [*Cfr*. Expediente 02480-2008-PA/TC, fundamento 13]. En consecuencia, se ha señalado que si bien el derecho a la salud mental está compuesto por los mismos elementos del derecho a la salud en general, el primero tiene la particularidad de que sus titulares constituyen un sector de la población altamente vulnerable, que requiere de una visión de sus derechos fundamentales desde una óptica que no sólo entraña categorías jurídicas, sino también médicas, antropológicas, sociológicas, entre otros aspectos, que han sido considerados por los estándares internacionales de protección de los derechos humanos [Expediente 3081-2007-PA/TC, fundamento 25].

36. Así, pues, resulta evidente que las obligaciones que tiene el Estado sobre el particular no se limitan a una posición pasiva, de respeto, en el sentido de una libertad negativa de un no hacer, sino que importan, en virtud del propio artículo 9 de la Constitución, un conjunto de acciones positivas a fin de que el derecho a la salud mental no sea un ideal, una entelequia platónica, ni una fórmula vaciada de contenido [*Cfr*. Expediente 3081-2007-PA/TC, fundamento 26]. Por lo tanto, se ha dicho también que la tutela de la salud mental es un reflejo de la forma en que se debe observar el derecho genérico de la salud: requiere atención de salud oportuna y apropiada, máxime si entre las medidas que deben adoptar los Estados a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figura la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica [*Cfr*. Expediente 03426-2008-PHC/TC, fundamento 74].

37. Es en virtud de lo anteriormente expuesto que el Estado tiene el deber de diseñar, ejecutar y evaluar la política pública de salud mental en nuestro país, a fin de atender las necesidades de este importante sector de la sociedad. Dicha tarea debe cumplirse, claro está, atendiendo a los parámetros constitucionales pertinentes. Emprender esta labor es de notoria importancia puesto que "la implementación de políticas, programas y servicios en salud mental puede convertirse en una herramienta efectiva para evitar el deterioro y la discapacidad, incluso las muertes prematuras ocasionadas por los trastornos mentales" [Defensoría del Pueblo. Informe 140. *Salud mental y derechos humanos, supervisión de la política pública, la calidad de los servicios y la atención a poblaciones vulnerables.* 2009, p. 42].

38. Lógicamente que para poder llevar a cabo esta labor es necesario contar con un marco legislativo adecuado, coherente y específico que regule lo concerniente a la salud mental en nuestro país, atendiendo siempre al respeto de la dignidad de la persona humana. Sobre el particular, por ejemplo, en los Expedientes 3081-2007-PA/TC (fundamento 40) y 03426-2008-PHC/TC (fundamento 74) este Tribunal puso de relieve la urgente necesidad de contar con una ley de salud mental. Sin embargo, a la fecha no existe una ley específica sobre la materia y, si bien existen normas que se abocan de alguna forma a regular ciertos aspectos de la salud mental en el Perú, como lo son la Ley 26842, Ley General de Salud y sus modificatorias; la Ley 29889, que modifica el artículo 11 de la Ley General de Salud y garantiza los derechos de las personas con problemas de salud mental; la Ley 29973, Ley General de la Persona con Discapacidad y sus modificatorias; el Decreto Supremo 033-2015-SA, que aprueba el Reglamento de la Ley 29889, que modifica el artículo 11 de la Ley General de Salud, entre otras, lo cierto es que resulta necesario contar una norma que, de manera específica, concreta y uniforme desarrolle los alcances de los derechos de las personas y las obligaciones del Estado en materia de salud mental en nuestro país.[1]

39. La necesidad de crear una política de salud mental adecuada y que priorice los derechos de las personas se torna más imperiosa aún si se toma en consideración que, según el Plan Nacional de Fortalecimiento de Servicios de Servicios de Salud Mental Comunitaria 2018-2021, aprobado por Resolución Ministerial 356-2018/M1NSA, "la respuesta del sistema de salud peruano es aún insuficiente: de cada cinco personas con trastornos mentales, solo una de ellas consigue algún

1 Al año 2017, 111 Estados disponían con una ley específica sobre salud mental (OMS). Atlas de salud mental 2017. (2018), p. 18.

tipo de atención. Esta brecha en la atención se explica fundamentalmente por la insuficiente oferta de servicios de salud mental y por sus características de centralización e inequidad, alejada de los contextos cotidianos y focalizada en los aspectos sintomáticos más que en los procesos de recuperación de las personas usuarias (...) (sic)".

40. De igual forma, es también importante hacer hincapié en que, según el referido plan, se estima que para el año 2021 las personas con problemas de salud mental en nuestro país aumentarán en un 3.2% con relación a la cifra actual de 4,514,781, tal y como se detalla en el siguiente cuadro:

Cuadro 2.
Población objetivo con problemas de salud mental estimada por grupos de edad y según año
2018 – 2021

AÑO	Total de la población objetivo con PSM	GRUPOS DE EDAD					
		0 - 4 años	5 - 11 años	12 - 17 años	18 - 29 años	30 - 59 años	60 años y más
2018	4 514 781	289 181	531 687	509 060	981 854	1 714 766	488 233
2019	4 564 166	287 687	528 964	508 833	984 647	1 748 168	505 865
2020	4 612 949	286 267	526 116	508 385	987 071	1 780 757	524 352
2021	4 661 107	284 940	523 748	506 930	989 004	1 812 652	543 832

Fuente: INEI: Perú estimaciones y proyecciones de población departamental por años calendario y edades simples.
Seguro Integral de Salud (SIS)- OGTI. Sala situacional

41. En consecuencia, es importante que el Estado —a través de sus diferentes organismos competentes y niveles de gobierno— preste especial atención a la política pública de salud mental en nuestro país a fin de no dejar desguarnecidos los derechos fundamentales de este importante sector de la sociedad que, si se analizan con detenimiento las cifras del cuadro recogido en el fundamento anterior, representa poco más del 14% de la población nacional total.

Análisis sobre la vulneración del derecho a la libertad individual

Argumentos del demandante

42. La parte recurrente demanda que la emplazada, madre y curadora del favorecido, ha instalado rejas en el interior de la habitación de éste, quien "es una persona absolutamente incapaz", dejándolo encerrado durante todas las noches y en los momentos en que se queda solo en casa.

Argumentos de la demandada

43. Por su parte, la demandada señala que las rejas han sido instaladas como medida de seguridad a favor de Juan José Guillén Domínguez pues podría hacerse daño con los objetos de la cocina u otros de uso cotidiano en el hogar. Así también,

refiere que las rejas solamente son cerradas durante la noche, ya que, debido a los episodios de agresividad que presenta el favorecido debe dormir solo. Además, agrega que es el padre del recurrente quien ha prohibido que el favorecido ingrese a la parte de la casa que ellos ocupan. La emplazada refiere que no es cierto que su hijo se encuentre durante todo el día en la habitación referida, sino que solamente usa dicho espacio para pernoctar.

44. La demandante manifiesta que, por mérito de lo dispuesto en el proceso judicial por violencia familiar (Exp. 1362-2013), el favorecido cuenta con una enfermera. Refiere que dicha enfermera se encarga de acompañarlo al colegio y cuidarlo, y que además, también cuenta con una terapista de lenguaje.

45. La demandada considera que el objeto real del presente proceso es afectar la resolución final del proceso de interdicción (Exp. 2235-2011) seguido ante el Primer Juzgado de Familia. Refiere que al ser notificada con la resolución que la declaró curadora provisional, aceptó dicho cargo con fecha 11 de abril de 2013, fecha en la cual, como hace notar, el demandante interpuso la presente demanda de hábeas corpus (fojas 53). Sostiene que el demandante busca impedir que ejerza la curatela de su hijo, el favorecido, que legítimamente le ha sido otorgada en un proceso judicial.

Consideraciones del Tribunal Constitucional

El derecho a la libertad individual de las personas con discapacidad mental

46. Antes de iniciar el análisis específico sobre el derecho a la libertad individual de las personas con discapacidad, es necesario precisar que el concepto de discapacidad mental es más amplio que el de "personas con problemas de salud mental", ya que para estar frente a una discapacidad mental —según el modelo social— es necesario verificar la existencia de barreras externas al propio problema de salud mental que lo conviertan, precisamente, en una discapacidad.

47. Ahora bien, la Constitución Política del Perú establece en su artículo 200, inciso 1, que a través del hábeas corpus se protege tanto la libertad individual como los derechos conexos a ella; no obstante, no cualquier reclamo que alegue afectación del derecho a la libertad individual o derechos conexos puede reputarse efectivamente como tal y merecer tutela, pues para ello es necesario analizar previamente si los actos denunciados vulneran el contenido constitucionalmente protegido del derecho tutelado por el hábeas corpus.

48. Este Tribunal ha establecido que el objeto, del hábeas corpus restringido es tutelar el ejercicio del atributo *ius movendi et ambulandi*, que consiste en la po-

sibilidad de desplazarse autodeterminativamente en función de las propias necesidades y aspiraciones personales, a lo largo del territorio nacional, así como a ingresar o salir de él y, en su acepción más amplia, en aquellos supuestos en los cuales se impide, ilegítima e inconstitucionalmente, el acceso a ciertos lugares, entre ellos, el propio domicilio [*Cfr*. Expedientes 5970-2005-PHC/TC y 7455-2005-PHC/TC]. En tal sentido, este Tribunal ha tenido oportunidad de pronunciarse de manera favorable en anteriores casos en los que se ha acreditado que la restricción es de tal magnitud que se obstaculiza totalmente el ingreso al domicilio del demandante, así como su desplazamiento libre y sin impedimentos [*Cfr*. Expediente 5970-2005-PHC/TC].

49. En el caso de autos, este Tribunal advierte que la demanda de hábeas corpus está dirigida a cuestionar el hecho concreto de que al favorecido, quien es una persona con discapacidad mental, se le prive de su libertad con la instalación de rejas metálicas en su habitación y el tapiado de la ventana de la misma. En consecuencia, se trata de un caso en el que se hace patente esgrimir ciertas consideraciones en torno al derecho a la libertad personal, como contenido del derecho a la libertad individual, de las personas con discapacidad mental.

50. Además de lo anterior, como bien afirma la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad de Naciones Unidas, las personas con discapacidad son sometidas a formas de privación de libertad únicas y específicas de la discapacidad, entre las que se encuentra el confinamiento domiciliario [A/HRC/40/54, fundamento 14]. Por lo tanto, el escenario que se presenta en el caso *sub litis* debe ser comprendido y analizado desde la perspectiva del derecho a la libertad personal, parte integrante del derecho a la libertad individual.

51. Pues bien, sobre el particular, en el pasado este Tribunal ha tenido oportunidad de conocer casos que indirectamente estaban vinculados con el derecho a la libertad personal de personas con discapacidad mental en contextos de tratamientos médicos llevados a cabo en algún un centro de salud. Así, en la sentencia recaída en el Expediente 3081-2007-PA/TC se reconoció que "[d]esde una perspectiva panorámica del derecho internacional de los derechos humanos en materia de salud mental, se advierte que los principios que lo inspiran están destinados al logro de la rehabilitación y a un tratamiento que estimule la independencia personal, la autosuficiencia y la integración social del discapacitado con proscripción del método intramural y a ser tratado en igualdad de condiciones, sin discriminación y en estricto respeto de sus derechos fundamentales" (sic). De igual forma, en la sentencia recaída en el Expediente 02480-2008-PA/TC este Tribunal estableció que la familia también debe asumir una posición de garante para garantizar el

derecho a la salud de las personas con discapacidad mental, al ser la más indicada para activar los servicios de salud a favor de sus familiares [*Cfr*. Fundamento 18]. Por lo tanto, se reiteró que las personas con discapacidad mental tienen derecho a una atención de salud no intramural [*Cfr*. Fundamento 26].

52. Como se pueda advertir, aún cuando en dichos casos las demandas de amparo estaban dirigidas a la protección del derecho a la salud de personas con discapacidad mental, ciertamente permitieron conocer la posición de este Tribunal en el sentido de priorizar la atención extramural de las personas con discapacidad (una cuestión que concierne también evidentemente al derecho a la libertad personal). Todo ello, sin perjuicio de que en aquellas oportunidades se haya optado por el tratamiento intramural de ambas personas con discapacidad, apelando a la precaria realidad del sistema de salud mental en el contexto en que se dictaron dichas sentencias (2007 y 2008) y atendiendo a las circunstancias económicas particulares de sus familias [Ver: Expedientes 3081-2007-PA/TC, fundamento 43 y 02480-2008-PA/TC, fundamento 26]. Estos ejemplos, si bien acaecidos en escenarios de tratamientos hospitalarios, resultan válidos para verificar el estándar de protección del derecho a la libertad personal de las personas con discapacidad mental, por los amplios escenarios o supuestos en los que dicho grupo de personas puede ver afectado el mencionado derecho.

53. Ahora bien, desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos es claro que los diferentes tratados ratificados por el Perú han reconocido el derecho a la libertad personal de manera general. Sin embargo, de manera específica, en el ámbito de las Naciones Unidas la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad reconoce en su artículo 14 el derecho a la libertad personal de las personas con discapacidad en los siguientes términos:

> 1. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás:
>
> a) Disfruten del derecho a la libertad y seguridad de la persona;
>
> b) No se vean privadas de su libertad ilegal o arbitrariamente y que cualquier privación de libertad sea de conformidad con la ley, y que la existencia de una discapacidad no justifique en ningún caso una privación de la libertad.
>
> 2. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad que se vean privadas de su libertad en razón de un proceso tengan, en igualdad de condiciones con las demás, derecho a garantías de conformidad con el

derecho internacional de los derechos humanos y a ser tratadas de conformidad con los objetivos y principios de la presente Convención, incluida la realización de ajustes razonables.

54. Al respecto, el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas en las directrices relativas al artículo 14 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, señala que resulta contrario al artículo 14 de dicho tratado el permitir la restricción de la libertad personal de dichas personas apelando al peligro que podrían suponer para sí mismas o para terceros [https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRPD/GC/GuidelinesArticle14.doc, párrafos 13 al 15].

55. Una posición similar —más claramente en el sentido de establecer una prohibición absoluta desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos respecto a la privación de la libertad personal de una persona con discapacidad— ha sido asumida por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos de [A/HRC/10/48, 26 de enero de 2009]; por la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad [A/HRC/40/54, 11 de enero de 2019]; por el Relator Especial de Naciones Unidas contra la Tortura [A/63/175, 28 de julio de 2008]; por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer [CEDAW/C/IND/C0/4-5, 24 de julio de 2014] y por el Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute más alto nivel posible de salud física y mental [A/HRC/35/21].

56. Sin embargo, otros pronunciamientos como los del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas [la reciente Observación General 35, CCPR/C/GC/35] o del Subcomité para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes [CAT/OP/27/2], por ejemplo, han señalado que si bien la regla es que a las personas con discapacidad no se les prive o restringa su derecho a la libertad personal, existe una excepción a la misma cuando la persona suponga un riesgo para sí misma o, incluso, para terceras personas. Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha tenido a bien señalar que es necesario que se inviertan recursos económicos tendientes a la creación de alternativas en la comunidad, a fin de ir relegando las opciones que significan restringir la libertad personal de las personas con discapacidad [*Cfr*. CIDH. *Situación de Derechos Humanos en Guatemala*. 0EA/Ser.L/V/II. 31 de diciembre de 2017, párr. 468 y sgts.]

57. De igual forma, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al interpretar el artículo 5, inciso 1, literal e), del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, ha admitido en el *Caso Stanev Vs.*

Bulgaria la posibilidad de restringir la libertad de una persona con discapacidad mental "a fin de garantizar su propia seguridad o la protección de los demás [Aplicación 36760/06, sentencia de 17 de enero de 2012, párr. 157]. Dicho criterio ha sido reafirmado recientemente por dicho tribunal en el *Caso Rooman Vs. Bélgica* [Aplicación 18052/11, sentencia de 31 de enero de 2019]. Claro que, como bien se advierte de lo expuesto por ese tribunal, ello supone siempre una cuestión excepcional que puede bajo determinadas garantías y salvaguardas.

58. En vista de lo expuesto, este Tribunal advierte que el escenario descrito nos muestra que desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos no existe aún un consenso absoluto en cuanto a la comprensión del derecho a la libertad personal de las personas con discapacidad, en general, y la interpretación del artículo 14 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en particular, en lo referente a la posibilidad de restringir dicho derecho por motivos conducentes a garantizar la seguridad de la propia persona y de terceros. En efecto, se aprecia que si bien está fuera de toda duda que la discapacidad (cualquiera sea su naturaleza), como criterio único, es un motivo proscrito para privar o restringir el derecho a la libertad personal, todavía algunas posiciones permiten que se interfiera en dicha libertad cuando se busque garantizar la seguridad de dichas personas o de las demás.

59. En nuestro país, si bien como ya se señaló a la fecha no se cuenta con una ley específica que regule lo concerniente a la salud mental, tenemos algunas normas que permiten concluir que bajo ningún contexto la discapacidad, por si sola, puede ser un factor para restringir o privar el derecho a la libertad de las personas con discapacidad mental. Así, por ejemplo, tenemos que de una lectura conjunta de los artículos 10 y 11 de la Ley General de la Persona con Discapacidad se desprende que dichas personas deben siempre ver respetado su derecho a la libertad personal, sobre todo en el marco de tratamientos relacionados con su salud. Por su parte, la Ley 29889, que modifica el artículo 11 de la Ley 26842, Ley General de Salud, aún cuando establece un abordaje comunitario y participativo de la atención de la salud mental, establece que "el internamiento es un recurso terapéutico de carácter excepcional y solo puede llevarse a cabo cuando aporte mayores beneficios para el paciente que el resto de intervenciones posibles. Se realiza por el tiempo estrictamente necesario y en el establecimiento de salud más cercano al domicilio del usuario". Finalmente, la Primera Disposición Complementaria Final de esta norma señala que el Poder Ejecutivo debe impulsar un proceso de reforma de la atención de salud mental con el fin de implementar un modelo de atención comunitario.

60. En consecuencia de lo anteriormente expuesto, este Tribunal considera que, respecto a la libertad personal de las personas con discapacidad (en lo que respecta a temas que no tengan que ver con cuestiones de Derecho Penal), hay dos cuestiones que señalar:

    i) En primer lugar: que en nuestro ordenamiento jurídico la regla es que está proscrita la posibilidad de restringir o privar del goce efectivo del derecho a la libertad personal a las personas con discapacidad únicamente por motivos de discapacidad, sea que se trate de una discapacidad real o una percibida.

    ii) En segundo lugar: que si bien en el contexto actual del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (fundamentos 53 a 58 *supra*) no estaría vedada la posibilidad, siempre como excepción, de restringir la libertad personal de una persona con discapacidad por motivos dirigidos a garantizar la seguridad de dicha persona o de terceros, ello solo será válido en tanto se establezcan las garantías procesales y sustantivas adecuadas, siempre respetando la dignidad de la persona (como *ultima ratio*, siempre que sea una medida legal y no arbitraria, en un centro de salud especializado, y esté sujeta a revisión periódica por la autoridad competente). Además, este segundo supuesto es un escenario en claro retroceso en la coyuntura actual, por lo que su desaparición absoluta debe ser un proceso que de manera decidida emprenda el Estado, buscando garantizar la implementación real y efectiva de un modelo de atención comunitario.

61. Sobre lo establecido el fundamento *supra*, este Tribunal considera necesario poner de relieve que el cambio de paradigma al modelo social de la discapacidad (fundamentos 8 al 18 *supra*) —y la consecuente implementación del sistema de apoyos y salvaguardas— supone mover al ámbito del derecho público una cuestión que había sido entendida desde siempre como exclusiva del derecho privado. La consecuencia de ello es que se requiere involucrar en este proceso a las diversas instituciones públicas que, en el marco de sus funciones, tengan como misión velar por los derechos de las personas en situación de vulnerabilidad como lo son las personas con discapacidad. En esta tarea, sin ánimo taxativo, deben involucrarse desde el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos; la Defensoría del Pueblo hasta el Ministerio Público. En efecto, esta última institución, según los artículos 1 y 66 de su ley orgánica, tiene como una de sus principales funciones el defender los derechos de los incapaces (sic) y "hacer cesar la situación perjudicial o dañosa cuando tuviera noticia, en cualquier forma, de actos u omisiones contrarios a los derechos de (...) los incapaces" (sic).

62. Así, precisamente sobre esto último, es particularmente importante que, en escenarios en los que se encuentren involucradas personas con discapacidad, el Ministerio Público adopte un rol más activo, en el marco de sus funciones, a fin de evitar la comisión de actos o el establecimiento de situaciones que supongan poner en riesgo la vida o la integridad de este grupo en situación de vulnerabilidad.

Análisis del caso concreto

63. En el presente caso, de acuerdo a las declaraciones y documentos presentados por ambas partes; de lo actuado en el proceso de interdicción; de las inspecciones realizadas por el Poder Judicial y por este Tribunal, y los peritajes psiquiátricos realizados, este Colegiado advierte lo siguiente:

    a) Don Juan José Guillén Domínguez es una persona mayor de edad con discapacidad y, si bien es cierto que mediante la Resolución 75-2015, de fecha 25 de agosto de 2015, su madre —la demandada— ha sido designada como su curadora de manera definitiva por considerar que se trata de una persona incapaz en los términos del artículo 43, inciso 2, del Código Civil, es preciso también señalar que el literal a) de la Primera Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo 1384 ha restablecido la presunción de capacidad de goce y de ejercicio a su favor, por lo cual, en principio, cualquier decisión que se adopte en lo sucesivo sobre las mejores condiciones de seguridad para el favorecido, deberán ser merituadas por el juez del proceso de interdicción de conformidad con lo dispuesto en los fundamento 30 al 33 *supra*.

    b) Conforme la Evaluación Psiquiátrica 010613-2013-PSQ (fojas 514 Tomo II) y del Certificado Médico Legal 017785-PF-AMP (fojas 570 Tomo II), pericias ordenadas por el juez del presente proceso, se tiene que don Juan José Guillén Domínguez tiene síndrome orgánico cerebral, retraso mental profundo y epilepsia. En la evaluación psiquiátrica se señala que no controla sus emociones, no puede hacer tareas de auto cuidado, que puede ser agresivo y dañar físicamente a otras personas. Por ello, se señala que se requieren medidas de seguridad para alejar o guardar objetos con los que pueda dañarse, además de ser supervisado permanente en su desplazamiento y mientras duerme.

    c) En la inspección judicial de fecha 12 de abril del 2013 (fojas 35 Tomo I), el juez del presente proceso ha verificado las condiciones en las que vive el favorecido. De dicha constatación se aprecia lo siguiente:

- Que en la habitación que ocupa el favorecido se encuentra una cama con frazada y cubre cama en estado regular;
- Que en lugar de puerta de madera se observa una reja que cuenta con tres picaportes;
- Que el baño al interior del cuarto no tiene puerta;
- Que ni la habitación ni el baño cuentan con focos por lo cual la iluminación resulta precaria;
- Que ni la habitación ni el baño tienen una ventilación adecuada además de percibirse olor a humedad;
- Que se aprecia que una de las ventanas tiene rejas en el lado posterior;
- Que al momento de la inspección judicial el favorecido se encontraba sentado en la mesa del comedor con el televisor prendido.

d) En la Resolución 75-2015, de fecha 25 de agosto de 2015, que declaró como curadora definitiva doña Carolina Domínguez Ávila, se refiere que la habitación en la que se encuentra el beneficiario se encuentra en desorden y que no tiene iluminación ni ventilación, además de despedir malos olores. Asimismo, se señala que el servicio higiénico está en regular estado de conservación.

e) Si bien en un inicio ambas partes reconocieron que durante las mañanas el favorecido acudía normalmente al colegio y a sus terapias en compañía de una técnica en enfermería con la que permanecía de lunes a sábado de 7:00 am hasta las 2:00 o 3:00 pm, no escapa a las consideraciones de este Tribunal que en la Resolución 75-2015 (proceso de interdicción), el Primer Juzgado de Familia de la Corte Superior de Arequipa constató que el favorecido dejó de ser recibido en el colegio puesto que ya no contaba con la técnica en enfermería que lo asistía. Dicha técnica en enfermería, según se aprecia del expediente, abandonó el trabajo como consecuencia de habérsele negado una mejora remunerativa.

f) En la visita ocular realizada por este Tribunal el 28 de marzo del presente, se pudo constatar que ninguno de los padres se encontraba en casa y que, según la información proporcionada por su tío en aquella oportunidad, el favorecido se encontraba encerrado la mayor parte del tiempo.

64. En atención a todo lo anteriormente descrito, este Tribunal no puede dejar de percibir que, en efecto, la habitación en la cual se encuentra el favorecido cuenta

con rejas en su acceso principal, así como tapiado en la ventana. Además, tal y como se corroboró en la inspección judicial llevada a cabo por el juez de este proceso, las condiciones en las que se encontraría el favorecido no son las más idóneas ni del todo higiénicas.

65. Ahora, si bien es cierto que existen ciertos elementos que demostrarían que inicialmente el favorecido no permanecía durante todo el día encerrado en su habitación, lo cierto es que en el estado actual de los hechos —según la información de la cual se dispone— éste ya no contaría con la persona que se encargaba de asistirlo durante el día y tampoco asistiría al colegio como consecuencia de ello. Además, no escapa a la apreciación de este Colegiado el hecho de que, según la sentencia emitida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Arequipa, con fecha 4 de marzo de 2014, en el proceso de interdicción, la madre del favorecido "(...) deja al interdicto abandonado y encerrado muchas veces en su domicilio, como en las fechas que se hicieron la constatación policial y del informe social que se emitió en el proceso por mandato judicial (...)". Según la Sala, ello encontraría justificación en el hecho de que la madre —ahora emplazada— debe salir a trabajar a fin de buscar recursos económicos para contratar a una enfermera y a otra persona que le ayude a atender al favorecido. Esta misma situación, ciertamente, pudo ser evidenciada en la inspección ocular realizada por este Tribunal.

66. Estos hechos demuestran, a juicio de este Colegiado, que en el caso *sub litis* existe una vulneración del derecho a la libertad individual. Y, a pesar de que la demandada justificaba inicialmente las "medidas de seguridad" por ser ella la curadora encargada de "proteger" al interdicto (favorecido), lo cierto es que dicha "protección" —que ciertamente puede entenderse como adecuada bajo la lógica de la interdicción de las personas con discapacidad vigente al momento de los hechos— debe ahora ser reinterpretada a la luz de la situación jurídica actual que propone la nueva regulación sobre la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Es decir, desde la óptica del modelo social de la discapacidad.

67. Por lo tanto, este Tribunal considera que las decisiones concernientes a la seguridad del favorecido deben involucrarlo y adoptarse con el pleno respeto de sus derechos, en atención al principio de dignidad humana. Dichas decisiones, como corresponde, deben valorarse y adoptarse en el marco del proceso de establecimiento de apoyos y salvaguardas que, de conformidad con los fundamentos 30 a 33 *supra*, establecerá el juez del proceso de interdicción subyacente. Solo como ultima ratio, atendiendo a lo establecido en el fundamento 60 *supra*, podrán disponerse medidas que supongan una restricción de la libertad individual de favorecido.

68. Sin perjuicio de ello, no escapa a las consideraciones de este Tribunal el hecho de que tanto el demandante como la demandada (padre y madre del favorecido) han venido permitiendo durante muchos años —con diversos motivos y argumentos— esta situación de afectación constante a los derechos del favorecido (una persona con discapacidad). En efecto, han lidiado con múltiples procesos judiciales, olvidando que lo más importante es preservar y atender la salud de Juan José Guillén Domínguez para salvaguardar su bienestar. Por lo tanto, es necesario, en virtud de lo establecido en esta sentencia, que tanto el padre como la madre de Juan José Guillén Domínguez desplieguen las acciones que sean necesarias a fin de brindarle las facilidades y las atenciones que su salud requiere. Es decir, deberán asegurar que su hijo viva en condiciones dignas, dispensando los requerimientos familiares y económicos que ello amerite.

69. Es conveniente también señalar que en el transcurso del presente proceso e incluso a partir de la información recabada por este Tribunal durante la inspección ocular llevada a cabo el 28 de marzo del presente en la ciudad de Arequipa, se pudo percibir un ambiente que no era del todo propicio para atender de la mejor manera las necesidades familiares y de salud del favorecido. Visto ello, este Tribunal considera oportuno recordar que es a la familia a quien le corresponde, en primer lugar, velar por la salud y el bienestar emocional de las personas con discapacidad de su entorno, lo cual lógicamente no significa que el Estado se desentienda de su rol protector.

Análisis sobre la alegada vulneración del derecho a la integridad personal

Argumentos del demandante

70. La parte demandante alega que al permanecer cerradas las rejas de la habitación en la que se encuentra su hijo, se le impide tener acceso y asistirlo en caso de alguna emergencia o si llega a requerir algún apoyo, dada su condición de salud.

Argumentos de la demandada

71. Por su parte, la demandada señala que solamente ella y la técnica asisten al favorecido porque en una anterior oportunidad Juan José Guillén Domínguez ha sido víctima de violencia familiar por parte del padre del recurrente y de la madre de éste (padre y abuela del favorecido). Señala, incluso, que denunció al hermano del demandante por el delito de violación sexual en agravio del favorecido.

Consideraciones del Tribunal Constitucional

72. En el Expediente 1384-2008-PHC/TC, este Tribunal señaló que las restricciones al establecimiento armónico, continuo y solidario de las relaciones familiares, que impiden el vínculo afectivo que todo estrecho nexo consanguíneo reclama, no sólo inciden sobre el contenido constitucionalmente protegido de la integridad fisica, psíquica y moral de la persona, protegida por el artículo 2, inciso 1, de la Constitución y el artículo 25, inciso 1, del Código Procesal Constitucional, sino que se oponen también a la protección de la familia como garantía institucional de la sociedad, a tenor del artículo 4 de la Constitución.

73. Respecto de las restricciones al establecimiento armónico, continuo y solidario de las relaciones familiares, de acuerdo a las declaraciones de las partes y de los documentos que obran en autos, este Tribunal aprecia que el recurrente y la demandada viven en la misma casa —aunque en forma separada— con el favorecido, por lo que, en principio, la relación padre e hijo no tendría restricciones porque sólo dependería de la voluntad de don José Antonio Guillén Tejada el mantener contacto con su hijo.

74. Sin embargo, este Tribunal aprecia que la restricción se presentaría cuando las rejas del cuarto de Juan José Guillén Domínguez son cerradas, porque el recurrente no cuenta con un duplicado de las llaves. Al respecto, es necesario advertir que las restricciones "por medidas de seguridad" fueron adoptadas por la demandada en su calidad de curadora, situación que a la vista de lo expresado en los fundamentos 30 a 33 *supra* tendría que variar y, las medidas que se adopten para velar por su seguridad, se deberán tomar sin prescindir del respeto de los derechos y la voluntad del favorecido. Así las cosas, y sin perjuicio de lo señalado, este Tribunal considera que, más allá de las salvaguardas que se establezcan al transformar la interdicción por el régimen de apoyos, al recurrente, en tanto padre del favorecido, le asiste el derecho de velar por el bienestar de su hijo.

75. Ahora, si bien la demandada ha alegado que el recurrente fue responsable de violencia familiar de conformidad con la Sentencia 263-2007, de fecha 29 de agosto del 2007 (Exp. 2003-1362 y acumulados, fojas 74 Tomo I), en la precitada sentencia se estableció como medidas de protección el que la asistenta social del juzgado, en forma inopinada y por espacio de cinco años, se constituya al domicilio de las partes para comprobar el estado de salud del favorecido y de su hermano menor y, de ser necesario, se les realice un examen médico y psicológico. En dicha sentencia también se ordenaron constataciones periódicas por

parte de la comisaría del sector; y, en los actuados, no se ha acreditado que esta situación de violencia por parte del recurrente se haya repetido. Este extremo de la demanda, a juicio de este Colegiado, debe desestimarse.

Efectos de la presente sentencia

76. Como consecuencia de lo decretado en el caso de autos, es decir, de haberse comprobado la vulneración del derecho a la libertad individual, este Tribunal dispone el retiro de las rejas metálicas y el tapiado de las ventanas de la habitación del favorecido. Asimismo, se establece que el juez del proceso de interdicción subyacente, al convertir dicho proceso a uno de apoyos y salvaguardas, podrá disponer las medidas de seguridad pertinentes (provisionales y permanentes), debiéndose tomar en cuenta la voluntad del favorecido y el respeto de sus derechos y dignidad. Todo lo anterior, de conformidad con lo expresado en los fundamentos 30 a 33 *supra*.

77. Sin perjuicio de ello, se establece que de conformidad con los fundamentos 68 y 62 *supra*, los padres (el demandado y la demandada) deben velar por el cuidado y atención que la salud del favorecido requiere. Para ello, deberán garantizar las condiciones necesarias que la dignidad de su hijo, una persona con discapacidad, exige. Así las cosas, el juez de ejecución deberá garantizar el cumplimiento de lo aquí dispuesto.

78. Ahora bien, siguiendo la línea de lo señalado en el fundamento 62 *supra*, es importante que el Ministerio Público tomé una posición vigilante para prevenir que hechos como los descritos en la presente sentencia vuelvan a repetirse. En efecto, ya sea que finalmente se decida llevar a cabo los tratamientos de salud correspondientes en el entorno familiar o que, excepcionalmente, y luego del proceso de adecuación del proceso de interdicción a uno de apoyos y salvaguardas, se decida un tratamiento intramural, la labor del Ministerio Público debe ser siempre activa a fin de evitar cualquier tipo de situación que haga peligrar la vida, la integridad o la libertad del favorecido.

79. Por lo tanto, en vista de las particularidades del caso concreto, este Tribunal dispone que el juez de ejecución en el presente proceso de hábeas corpus informe a este Tribunal cada ciento veinte (120) días sobre el estado y las condiciones en las que se encuentra viviendo el favorecido, hasta que el juez del proceso de Interdicción subyacente transforme dicha sentencia en un proceso de apoyos y salvaguardas.

80. Finalmente, este Tribunal advierte que, de conformidad con la Primera Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 1384, mediante decreto

supremo, a propuesta del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables y en coordinación con el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, corresponde la reglamentación del otorgamiento de ajustes razonables, designación de apoyos e implementación de salvaguardias que se establecen en dicho decreto, en un plazo no mayor de ciento ochenta (180) días calendario, contados a partir del día siguiente de la publicación en el diario oficial *El Peruano* de la aludida norma. Esto significa que el Poder Ejecutivo tenía plazo desde el 5 de setiembre de 2018 hasta el 3 de marzo del presente año para llevar a cabo la reglamentación del Decreto Legislativo 1384, lo cual a la fecha no ha ocurrido. Por lo tanto, este Tribunal insta al Poder Ejecutivo para que, a través de los ministerios encargados por la norma, implemente la reglamentación del Decreto Legislativo 1384 dentro del plazo máximo de sesenta (60) días calendario desde notificada la presente sentencia.

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

HA RESUELTO

1122 1. Declarar **FUNDADA** la demanda por la vulneración del derecho a la libertad individual de conformidad con los fundamentos 63 a 66 de la presente sentencia.

2. **DISPONER** el retiro de las rejas metálicas y el tapiado de las ventanas de la habitación que ocupa el favorecido, de conformidad con el fundamento 76 de la presente sentencia. Sin perjuicio de ello, se establece que, de conformidad con los fundamentos 68, 69 y 77 de la presente sentencia, tanto el demandante como la demandada (padre y madre del favorecido) deberán asumir la responsabilidad del cuidado y atención de salud de Juan José Guillén Domínguez.

3. **DISPONER** que el Primer Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa adecue el proceso de interdicción seguido contra el favorecido en este caso (Exp. 2235-2011) a uno de apoyos y salvaguardas de conformidad con la Primera Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo 1384, el Reglamento de Transición al Sistema de Apoyos en Observancia al Modelo Social de la Discapacidad aprobado por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa 046-2019-CE-PJ y los fundamentos 30 a 32 de la presente sentencia, para lo cual deberá notificársele la misma.

4. **DISPONER** que, de conformidad con lo dispuesto en los fundamentos 62 y 78 de la presente sentencia, el Ministerio Público adopte un rol más activo, en

el ejercicio de sus funciones, a fin de evitar que se ponga en peligro la vida o la integridad de las personas con discapacidad. Por lo tanto, deberá notificársele con la presente sentencia a dicho órgano para que adopte las acciones que correspondan a tal fin.

5. **DISPONER** que el juez de ejecución del presente proceso de hábeas corpus informe a este Tribunal, cada ciento veinte (120) días, sobre el estado y las condiciones en las que se encuentra viviendo don Juan José Guillén Domínguez, de conformidad con el fundamento 79 de la presente sentencia.

6. **NOTIFICAR** la presente sentencia a la Presidencia del Consejo de Ministros para que actúe de conformidad con lo dispuesto en el fundamento 80 de la presente sentencia.

Publíquese y notifiquese.

SS.

BLUME FORTINI
MIRANDA CANALES
RAMOS NÚÑEZ
LEDESMA NARVÁEZ
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA
FERRERO COSTA

EXP. N.º 00194-2014-PHC/TC
AREQUIPA
JUAN JOSÉ GUILLÉN DOMÍNGUEZ REPRESENTADO(A) POR JOSÉ ANTONIO GUILLÉN TEJADA

FUNDAMENTO DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS BLUME FORTINI Y FERRERO COSTA

Con el debido respeto por nuestro colega magistrado emitimos el presente fundamento de voto, pues si bien coincidimos con que la demanda sea declarada **FUNDADA** es necesario realizar las siguientes precisiones:

1. Don Juan José Guillén Domínguez es una persona mayor de edad, declarado incapaz mediante decisión judicial. Luego, en virtud de la Primera Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo 1384 cuenta con presunción de capacidad de goce y de ejercicio.

2. De autos advertimos que el favorecido es un joven que tiene una severa enfermedad mental que requiere de atenciones médicas y sociales que aseguren su calidad de vida. En ese sentido, reiteramos que los integrantes de la familia son los principales obligados a velar por ello. Dicha asistencia familiar debe ser otorgada, incluso, en un contexto como el que se presenta en autos, en el cual los padres se encuentran separados y en constante conflicto.

3. Ahora bien, la ponencia sostiene que la colocación de rejas en la habitación del favorecido vulnera su derecho a la libertad individual, toda vez que don Antonio Guillén Tejada, padre del favorecido, no cuenta con un duplicado de las llaves para poder abrir las rejas e ingresar a la habitación. Conclusión con la que coincidimos, no obstante, creemos importante señalar que la instalación de rejas en la habitación del favorecido buscó preservar su integridad personal y la de terceros.

4. En concreto, creemos razonable que la madre, emplazada en el presente proceso, haya tomado alguna medida para asegurar que el favorecido al salir de su habitación o al transitar dentro o fuera de su casa no "dañe físicamente a otras personas" o se dañe a sí mismo.

5. Por otro lado, estimamos que el asunto litigioso nos recuerda que el artículo 16 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad prescribe una protección reforzada por parte del Estado a las personas con discapacidad, tanto en el seno del hogar como fuera de él, contra todas las formas de explotación, violencia y abuso. En esa lógica, la Corte IDH ha señalado que "no basta con que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, como la discapacidad" (cfr. Corte IDH. Caso Furlan y familiares vs. Argentina, párrafo 134).

6. Por lo expuesto, consideramos que existe una tarea conjunta, tanto del Estado en su rol de establecer normativas que promuevan la inclusión social y de fiscalizar su cumplimiento para así remover las barreras, como también de la familia que tiene el deber de propiciar la integración de estas personas en la sociedad.

SS.

BLUME FORTINI
FERRERO COSTA

EXP. N.º 00194-2014-PHC/TC
AREQUIPA
JUAN JOSÉ GUILLÉN DOMÍNGUEZ REPRESENTADO(A) POR JOSÉ ANTONIO GUILLÉN TEJADA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO MIRANDA CANALES

En el presente caso si bien estoy de acuerdo con que se declare fundada la demanda, considero necesario realizar algunas precisiones:

1. En el presente caso, más que el derecho a la libertad individual, claramente al beneficiario se le ha vulnerado su derecho a la libertad personal. Ello, por cuanto el principal hecho lesivo cuestionado en el presente caso lo constituye la instalación de rejas y el tapiado de la venta de su cuarto, que implica además la restricción a su libertad física.

2. Estas situaciones de encierro se vinculan, a mi entender, con el derecho fundamental a la libertad personal. Sobre el particular, el inciso 1 del artículo 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos afirma que *"toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales"*. A continuación los incisos 2 al 7 consagran derechos y garantías específicas derivadas de aquel. En especial, el inciso 2 establece que *"nadie puede ser privado de su libertad fisica, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas"*.

3. Por su parte, el artículo 9 inciso 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala que todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Manifiesta además que: i) nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias; y que ii) nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.

4. Igualmente, el artículo 2, inciso 24, literal b), de la Constitución Política del Perú, de manera simultánea al reconocimiento del derecho a la libertad y seguridad personales, establece expresamente que *"no se permite forma alguna de*

restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley". Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que la libertad personal no es sólo un derecho fundamental reconocido, sino un valor superior del ordenamiento jurídico, pero su ejercicio no es absoluto e ilimitado; se encuentra regulado y puede ser restringido mediante ley (STC. Exp. 2516-2005-PHC/TC, fundamento 5).

5. De acuerdo a lo expuesto, soy de la opinión de que en contextos de encierro que supone la privación de la libertad física, el derecho fundamental involucrado es la libertad personal.

6. De otro lado, considero que la ponencia omite pronunciarse claramente sobre si en el presente caso se vulneró el derecho a la integridad personal del beneficiario, a pesar que el mismo fue invocado directamente en la demanda. Como lo ha señalado este Tribunal, "(...) las restricciones al establecimiento armónico, continuo y solidario de las relaciones familiares, que impide el vínculo afectivo que todo estrecho nexo consanguíneo reclama, (...) inciden sobre el contenido constitucionalmente protegido de la integridad física, psíquica y moral de la persona" (STC. Exp. 00325-2012-PHC/TC, fundamento 2).

7. Y es que, en efecto, dicho derecho se vulneró en la medida que el encierro al que fue sometido el beneficiario impidió que pudiera relacionarse con su padre, quien además se encuentra obligado a velar por su integridad y seguridad. Aquí vale hacer la precisión que la evaluación que hace este Tribunal Constitucional obedece a situaciones estrictamente objetivas que afectan los derechos fundamentales invocados en la demanda, más allá si dichas situaciones encuentran cierto respaldo en razones personales.

8. Finalmente, considero que este Tribunal emite el presente fallo de conformidad con una visión tuitiva y protectora de las personas con discapacidad mental, que apuesta además por favorecer el tratamiento ambulatorio y descartando, por ende, toda medida que suponga la institucionalización de la persona, inclusive en el ámbito privado. Como bien lo ha señalado la Defensoría del Pueblo en su Informe Defensorial 180: *El derecho a la Salud mental. Supervisión de la implementación de la política pública de atención comunitaria y el camino a la desinstitucionalización* (p. 32).

> "(...) una lectura en conjunto de las disposiciones de la CDPD [Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad] nos permite afirmar que el enfoque de atención comunitaria en salud mental es el más acorde a la CDPD, pues se basa en la descentralización, la participación y

la introducción del componente de salud mental en la atención primaria de salud. En este sentido, se dejan de lado los enfoques tradicionales de atención en establecimientos psiquiátricos intramurales, que buscan custodiar y proteger a las personas con discapacidad de la sociedad y viceversa, privilegiando el encierro de larga estancia y sin permitir la participación en comunidad".

S.

MIRANDA CANALES

EXP. N.º 00194-2014-PHC/TC
AREQUIPA
JUAN JOSÉ GUILLÉN DOMÍNGUEZ REPRESENTADO(A) POR JOSÉ ANTONIO GUILLÉN TEJADA

FUNDAMENTO DE VOTO DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

Inhumano, demasiado inhumano

1. La defensa de la persona con discapacidad y el respeto de su dignidad deberían ser también el fin supremo de la sociedad y del Estado. Este es uno de esos casos que no solo refleja el drama humano que padecen aquellas personas con una enfermedad mental, sino la enorme responsabilidad o irresponsabilidad de quienes se encargan de su cuidado y protección, ya sean los padres, familiares, terceros e incluso el Estado (administración, fiscales y jueces).

2. A veces los casos judicializados son vistos como un mero expediente, un número más, un registro más, una carga procesal más, pero no se identifica que dentro de ese expediente aparecen historias de seres humanos que claman por justicia, unas más graves que las otras. Quizás algunos de los peores dramas sean los que tiene como actor principal a un menor de edad, a una persona con enfermedad mental, a una persona que no puede valerse por sí misma o a un anciano en situación de abandono, entre otros. No sólo por los casos en sí mismos, sino también porque algunos de tales actores no pueden ejercer la defensa de sus derechos y requieren de que alguien lo haga en su nombre.

3. En líneas generales, este es el caso de un joven que padece de una severa enfermedad mental y necesita un tratamiento médico y social específico que lo ayude a vivir en mínimas condiciones de dignidad. Actualmente, se encuentra encerrado permanentemente en su habitación con rejas, por cuatro meses, pese a vivir en una casa con amplios espacios y campos. Tiene a unos padres que se encuentran separados y en permanente conflicto, el mismo que repercute en la falta de tratamiento. Tiene una familia con amplios recursos económicos que no

son usados precisamente por el conflicto de los padres. Hoy, no asiste al colegio especial, no tiene el tratamiento necesario, no tiene el acompañamiento necesario, entre otras carencias.

4. No sabemos en qué grado dicho joven tenga conciencia de la enfermedad que padece, de sus derechos, de aquello que le falta para vivir de un modo adecuado a su estado o de lo que "deben" hacer por él sus padres o el Estado peruano, pero lo que sí queda claro en este caso es que existe un ser humano que está siendo tratado de modo inhumano y peor aun que teniendo padres y posibilidades materiales no se le brinde lo necesario para mejorar su estado.

5. El reto de una Constitución es que los derechos fundamentales que ésta reconoce puedan ser realmente efectivos para todos, especialmente para quienes se encuentran en situación de vulnerabilidad. La esencia de una sociedad organizada y gobernada por una Constitución es proteger a quienes la integran, pero sobre todo a quienes se encuentran en una situación especial que requiere un trato especial.

6. Al respecto, la Constitución establece en el artículo 2.24.h que nadie debe ser víctima de tratos inhumanos[2], en el artículo 2.1 que toda persona tiene derecho a la integridad psíquica y física[3], y en el artículo 7 se reconoce que todos tienen derecho a la protección de su salud y que la persona con discapacidad que no puede "velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad".

7. A su vez, la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad[4], establece en su artículo 2.a que *discriminación contra las personas con discapacidad* "significa toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada, que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales".

8. Conforme a tal marco normativo, considero que en el presente caso del favorecido no sólo se está vulnerando su derecho a la libertad personal, como sostiene

2 Expediente 01429-2002-HC/TC.
3 Expediente 02333-2004-PHC/TC.
4 Ratificada por el Estado peruano con fecha 7 de octubre de 2001.

la mayoría del Tribunal Constitucional, sino principalmente su derecho a la integridad física y psíquica, a no ser objeto de tratos inhumanos y a no ser discriminado por tener discapacidades.

9. Se vulnera su derecho a la integridad porque se está permitiendo el deterioro del cuerpo del favorecido, además de sus habilidades motrices, emocionales e intelectuales. Esto se acredita en la medida que en autos se ha verificado que actualmente lleva encerrado de modo permanente, día y noche, en un ambiente de 12 metros cuadrados, durante más de 4 meses. El sólo hecho de permanecer en tal condición es suficiente prueba de que tal deterioro se está produciendo.

10. Precisamente, vinculado a lo anterior, se vulnera su derecho a no ser objeto de tratos inhumanos debido a los intensos sufrimientos y daños corporales que una situación como la antes descrita generan en el favorecido. Si tal situación generaría un trato inhumano en cualquier persona que no tiene discapacidades, dicho trato se ve agravado en el caso de personas como el favorecido que tiene una grave discapacidad.

11. Asimismo, se vulnera su derecho a no ser objeto de discriminación por tener discapacidades en la medida que en este caso los propios padres del favorecido, debido a las discapacidades de éste, han anulado el reconocimiento, goce y ejercicio de sus derechos fundamentales, ya sea a la integridad personal, a no ser objeto de tratos inhumanos y a la libertad personal, entre otros. Pero no sólo los padres, sino también, aunque en menor medida, la administración de salud que conocía el caso y la fiscalía que no intervino en la supervisión sobre las condiciones en las que se encontraba el favorecido.

12. De otro lado, en cuanto a la garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad, específicamente respecto de cuáles son las acciones que debe adoptar un juez como el de hábeas corpus, cabe destacar, en primer término, que el Tribunal Constitucional ha sostenido que

> la constatación *in situ* que impone como regla todo hábeas corpus correctivo, no puede interpretarse como la presencia meramente formal del juez en el lugar donde se tiene recluida a una persona y la sola toma de dicho de las partes involucradas. Tal diligencia supone que, según las características de los hechos reclamados, el juez deberá verificar directamente la existencia de los hechos denunciados o, en su caso, disponer la comparecencia de personal especializado que pueda contribuir a la determinación exacta de los hechos susceptibles de investigación. Si se trata, por ejemplo, de actos de tortura fisica o maltrato psíquico, deberá disponer, según sea el caso,

la presencia de personal médico o psiquiátrico que participe en la citada diligencia.

13. Por ello, considero insuficiente lo dispuesto por la mayoría del Tribunal Constitucional respecto de "acciones concretas" para la protección de los derechos fundamentales del favorecido en el presente caso, dado que en el fallo sólo se ha limitado a: i) disponer el retiro de rejas y el tapiado de las ventanas de la habitación que ocupa el favorecido; ii) que los padres de éste asuman la responsabilidad de su cuidado y atención de su hijo; y iii) que en un nuevo proceso (de apoyos y salvaguardas) se determine las nuevas acciones para proteger los derechos del favorecido. Esto no está mal, pero, como mencionaba antes, es insuficiente.

14. A modo de referencia es importante mencionar lo dispuesto por la jueza constitucional Alida Rodriguez Galindo en la sentencia de primera instancia de este hábeas corpus: i) se acondicione un dormitorio en el segundo piso [donde vive la familia], reemplazando los vidrios de la ventana por otro material que no sea peligroso pero que igual permita una iluminación adecuada; ii) que exista supervisión permanente sobre el favorecido; y iii) que el padre proporcione los medios económicos necesarios para ejecutar lo dispuesto.

15. Estas medidas *provisionales* tienen plena justificación para proteger de modo urgente y efectivo los derechos del favorecido hasta que el juez de un proceso de apoyos y salvaguardas adopte las medidas definitivas sobre aquel. Queda claro que un juez de hábeas corpus no puede invadir las competencias de un juez de familia ni de un juez civil, de modo que las medidas que adopte dicho juez constitucional al acudir en defensa de los derechos del favorecido deberán limitarse estrictamente a **remover las condiciones arbitrarias** y establecer un **primer nivel provisional de protección**.

16. Además de las medidas provisionales antes referidas y teniendo en cuenta los recursos económicos de la familia del favorecido, debería ordenarse a sus padres que, personalmente o por intermedio de personal de apoyo, lo lleven regularmente al colegio especial al que asistía y además realicen con él las actividades de desplazamiento que mejor beneficien a su salud física y mental. También el *a quo* debería poner en conocimiento de lo resuelto a la respectiva fiscalía para la supervisión sobre la condición de salud del favorecido y de ser el caso, ante la violación de sus derechos, ejercer la acción penal que corresponda. Este tipo de medidas resultan razonables y necesarias para proteger de forma efectiva los derechos fundamentales del favorecido.

17. Finalmente, debo expresar que no suscribo algunas expresiones contenidas en los siguientes fundamentos de la sentencia:

    a. En el fundamento 31 se menciona que "el beneficiario ha sido restablecido en su capacidad de goce y de ejercicio". Considero que este extremo carece de sustento pues esta declaración sólo la puede hacer el juez competente y no el Tribunal Constitucional, tal como queda claro de la lectura del Reglamento de transición al sistema de apoyos y salvaguardas, en observancia al modelo social de discapacidad, que en el artículo 31.B dispone que "La declaración de restitución de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad dejando sin efecto la declaración de interdicción civil y nombramiento de curador, es realizada por el Juez que emitió la sentencia, a pedido de cualquier persona o de oficio, emitiendo los partes para su inscripción".

    b. Los fundamentos 72 a 75 en los que al final se concluye que no existe vulneración del derecho a la integridad personal del favorecido. No estoy de acuerdo con tal conclusión. Teniendo en cuenta lo expuesto en los primeros párrafos del presente fundamento de voto sobre el derecho a la integridad física y psíquica del favorecido, estimo que dado los medios probatorios obrantes en autos, está fehacientemente acreditada la vulneración de tal derecho.

    c. Sobre el fundamento 76, tan solo cabe precisar que si bien el juez del proceso de apoyos y salvaguardas deberá tomar en cuenta la voluntad del favorecido, ello se procederá siempre y cuando éste tuviera la posibilidad de expresar esta voluntad.

S.

LEDESMA NARVÁEZ

EXP. N.º 00194-2014-PHC/TC
AREQUIPA
JUAN JOSÉ GUILLÉN DOMÍNGUEZ REPRESENTADO(A) POR JOSÉ ANTONIO GUILLÉN TEJADA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Coincido con el sentido de lo resuelto por mis colegas magistrados, pero debo realizar algunas precisiones sobre algunos puntos que desarrollaré aquí. Trataré tres temas que considero importantes para este caso, el primero de ellos relacionado al rol del juez constitucional en contextos como el presente, el segundo sobre la procedencia de la demanda y los derechos fundamentales alegados, y el tercero sobre la particular situación de las personas con discapacidad.

Sobre el rol del juez constitucional

1. He señalado en varios pronunciamientos que el papel de un juez o jueza constitucional dentro de un Estado Constitucional ha cambiado y se espera que hoy asuma roles distintos a los tradicionales, destacando entre ellos un rol de "integración social". Esta afirmación, que no puede ser considerada como una muestra de mero voluntarismo o activismo judicial, en realidad se sustenta en una evolución jurídica y política de lo que entendemos por Constitución, Estado y la labor de los jueces en general.

2. Y es que si se analizan las primeras concepciones que se tuvieron sobre la justicia constitucional, podemos encontrar que se ha pasado de concebir esta justicia como un contrapeso político a afirmar su carácter jurisdiccional, su labor de interpretar una Constitución que es norma jurídica, lo cual, en consecuencia, lo lleva a mediar en los conflictos más importantes en la sociedad. Esta transformación de la justicia constitucional se da de la mano con, por ejemplo, la constitucionalización del Derecho y la política. En estos fenómenos se asume la juridicidad de la Constitución, y, como consecuencia de ello, la irradiación de sus disposiciones, preceptos, derechos y valores a todas las ramas del Derecho, las diversas instituciones y el quehacer político.

3. Justo también es anotar que la singularidad de la interpretación constitucional ha llevado también a que esta operación no pueda entenderse de forma simplista, sin tomar en cuenta la complejidad y la textura abierta del texto constitucional que debe buscar concretizar. Y es que la Constitución no contiene pues solo reglas que responden al clásico silogismo jurídico, sino que fundamentalmente contiene principios y valores que orientan el alcance de su interpretación. Por ende, no suele existir en la interpretación un solo resultado, sino que se proyecta un espectro de posibilidades interpretativas, de entre las cuales se construye una respuesta con las herramientas que otorga la propia Constitución, asi como los tratados y las normas que conforman un bloque de constitucionalidad cuando ello es pertinente. El que un intérprete vinculante de la Constitución (y, sobre todo, un Tribual o un juez(a) constitucional en el ejercicio de sus funciones de integración social) opte por afirmar la constitucionalidad de una de esas opciones no hace necesariamente inconstitucionales a otras posibles, pero si le otorga a la interpretación acogida un efecto vinculante que no tiene las demás. La presunción de constitucionalidad se mantiene, pero ya hay entre ellas una a la cual se le ha reconocido vinculatoriedad.

4. La Constitución al regular el ejercicio del poder (y sobre todo, del poder político), y reconocer y tutelar los derechos y los proyectos de vida de los(as) ciudadanos(as), tiene hoy una directa incidencia precisamente en la configuración de los escenarios que incluye integración social (cohesión social, inclusión social y reconciliación social). En lo referido en particular a la inclusión social, se está en la línea o en el esfuerzo por incorporar a quienes se encuentran excluidos del sistema político, apartados del quehacer económico formal, no puedan ejercer sus derechos a su cultura a cabalidad, o sean objeto de alguna forma de discriminación. Este es un esfuerzo que se materializa o busca sobre todo materializarse mediante el desarrollo de diversas políticas públicas

5. De allí que también sea tarea de los jueces, juezas y Tribunales Constitucionales la atención sobre las políticas públicas que puedan contribuir a generar inclusión social, en la medida que ello se desprende de la propia Constitución. No quiere decir que toque a los Tribunales en principio dictar o materializar las políticas correspondientes a cada situación, no es aquella su función. Es más bien ante la inoperancia o indiferencia de otros actores que corresponde a los Tribunales llamar la atención y hasta tomar medidas (y entre ellas, sentencias estructurales) sobre los mandatos constitucionales que deben ser cumplidos por todos los poderes públicos y privados.

6. El juez(a) o Tribunal Constitucional debe pronunciarse para atender la situación de sectores vulnerables, en escrupuloso respeto de sus responsabilidades de concretizar la Constitución y garantizar condiciones de integración social. Ante problemas concretos, como el planteado en este caso deberá carácter vinculante a alguna respuesta, la cual no es la única constitucionalmente posible, pero si aquella que asume una mejor interpretación conforme a la Constitución. Y en ese contexto, puede plantear la realización de acciones por quienes están incumpliendo sus responsabilidades constitucionalmente establecidas.

Sobre los derechos alegados y la procedencia de la demanda en este caso en particular

7. Paso entonces a pronunciarme sobre el caso concreto. El demandante ha alegado que en relación al beneficiario se han vulnerado los derechos a la integridad personal, libertad de tránsito y a no ser sometido a trato humillante, sin embargo, la ponencia ha optado por realizar un análisis inicial en torno a la libertad individual, para luego precisar que el derecho afectado es la libertad personal (f. 50) y, sin embargo, concluir que se ha vulnerado la libertad individual (f. 66). Estas diferencias, las cuales afortunadamente para el caso concreto no tiene mayores consecuencias, (razón por la cual he firmado el proyecto), deberían llevar a una mayor reflexión sobre el acceso al proceso de hábeas corpus.

8. Pasaré entonces a realizar algunas precisiones sobre los derechos que configuran el primer extremo del fallo en este caso. Al respecto, vemos que la Constitución usa dos términos diferentes en torno a un mismo tema: "libertad personal" y "libertad individual". Por mi parte, en muchas ocasiones he explicitado las diferencias existentes entre las nociones de libertad personal, que alude a la libertad física, y la libertad individual, que hace referencia a la libertad o la autodeterminación en un sentido amplio. Sin embargo, esta distinción conceptual no necesariamente ha sido la que ha tenido en cuenta el constituyente (el cual, como ya se ha dicho también en anteriores oportunidades, en mérito a que sus definiciones están inspiradas en consideraciones políticas, no siempre se pronuncia con la suficiente rigurosidad técnico-jurídica, siendo una obligación del Tribunal emplear adecuadamente las categorías jurídicas correspondientes). Siendo así, es preciso esclarecer cuál o cuáles ámbitos de libertad son los finalmente protegidos a través del proceso de hábeas corpus.

9. Lo expuesto es especialmente relevante, pues el constituyente no puede darle dos sentidos distintos a un mismo concepto. Aquí, si se entiende el tema sin efectuar mayores precisiones, puede llegarse a una situación en la cual, en base

a una referencia a "libertad individual", podemos terminar introduciendo materias a ser vistas por hábeas corpus que en puridad deberían canalizarse por amparo. Ello podría sobrecargar la demanda del uso del hábeas corpus, proceso con una estructura de mínima complejidad, planteado así precisamente para canalizar la tutela urgentísima (si cabe el término) de ciertas pretensiones.

10. Lamentablemente, hasta hoy la misma jurisprudencia de este Tribunal Constitucional tampoco ha sido clara al respecto. Y es que en diversas ocasiones se ha partido de un concepto estricto de libertad personal (usando a veces el nombre de libertad individual) como objeto protegido por el hábeas corpus, al establecer que a través este proceso se protege básicamente a la libertad e integridad físicas, así como sus expresiones materialmente conexas. Asume así, a mi parecer, el criterio que se encuentra recogido por el artículo 25 del Código Procesal Constitucional, el cual se refiere a los "derechos que, enunciativamente, conforman la libertad individual", para luego enumerar básicamente, con las precisiones que consignaré luego, diversas posiciones iusfundamentales vinculadas con la libertad corporal o física. A esto volveremos posteriormente.

11. En otros casos, el Tribunal Constitucional ha partido de un concepto amplísimo de libertad personal (el cual parece estar relacionado con la idea de libertad individual como libertad de acción en sentido amplio). De este modo, quienes desde el Tribunal han indicado que el hábeas corpus, debido a su supuesta "evolución positiva, jurisprudencial, dogmática y doctrinaria", actualmente no tiene por objeto la tutela de la libertad personal como "libertad física", sino que este proceso se habría transformado en "una verdadera vía de protección de lo que podría denominarse la esfera subjetiva de libertad de la persona humana, correspondiente no sólo al equilibrio de su núcleo psicosomático, sino también a todos aquellos ámbitos del libre desarrollo de su personalidad que se encuentren en relación directa con la salvaguarda del referido equilibrio". Incluso se ha sostenido que el hábeas corpus protege a la libertad individual, entendida como "la capacidad del individuo de hacer o no hacer todo lo que no esté lícitamente prohibido" o también, supuestamente sobre la base de lo indicado en una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador), que la libertad protegida por el hábeas corpus consiste en "el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones".

12. En relación con la referencia al caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador, quiero precisar, que lo que en realidad la Corte indicó en dicho caso es cuál es el ámbito protegido el artículo 7 de la Convención al referirse a la "libertad

y seguridad personales". Al respecto, indicó que el término "libertad personal" alude exclusivamente a "los comportamientos corporales que presuponen la presencia física del titular del derecho y que se expresan normalmente en el movimiento físico" (párr. 53), y que esta libertad es diferente de la libertad "en sentido amplio", la cual "sería la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido", es decir, "el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones" (párr. 52). La Corte alude en este último caso entonces a un derecho genérico o básico, "propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana", precisando asimismo que "cada uno de los derechos humanos protege un aspecto de [esta] libertad del individuo". Es claro, entonces, que la Corte Interamericana no señala que esta libertad en este sentido amplísimo o genérico es la que debe ser protegida por el hábeas corpus. Por el contrario, lo que señala es que la libertad tutelada por el artículo 7 (cláusula con contenidos iusfundamentales similares a los previstos en nuestro artículo 2, inciso 24 de la Constitución, o en el artículo 25 de nuestro Código Procesal Constitucional) es la libertad física o corpórea.

13. Como es evidente, la mencionada concepción amplísima de libertad personal puede, con todo respeto, tener como consecuencia una "amparización" de los procesos de hábeas corpus. Por cierto, es claro que muchas de las concreciones iusfundamentales inicialmente excluidas del hábeas corpus, en la medida que debían ser objeto de atención del proceso de amparo, conforme a esta concepción amplísima del objeto del hábeas corpus, ahora deberían ser conocidas y tuteladas a través del hábeas corpus y no del amparo. En efecto, asuntos que corresponden a esta amplia comprensión de la libertad "individual", tales como la libertad de trabajo o profesión (STC 3833-2008-AA, ff. jj. 4-7, STC 02235-2004-AA, f. j. 2), la libertad sexual (STC 01575-2007-HC/TC, ff. jj. 23-26, STC 3901-2007-HC/TC, ff. jj. 13-15) o la libertad reproductiva (STC Exp. N° 02005-2006-PA/TC, f. j. 6, STC 05527-2008-PHC/TC, f. j. 21), e incluso algunos ámbitos que podrían ser considerados como menos urgentes o incluso banales, como la libertad de fumar (STC Exp. N° 00032-2010-AUTC, f. j. 24), el derecho a la diversión (STC Exp. N° 0007-2006-PI/TC, f. j. 49), o decidir el color en que la propia casa debe ser pintada (STC Exp. N° 0004-2010-PI/TC, ff. jj. 26-27), merecerían ser dilucidados a través del hábeas corpus conforme a dicha postura.

14. En tal escenario, me parece evidente que la situación descrita conspiraría en contra de una mejor tutela para algunos derechos fundamentales e implicaría una decisión de política institucional muy desfavorable al mejor posicionamiento

de las labores puestas a cargo del Tribunal Constitucional del Perú. Y es que el diseño urgentísimo y con menos formalidades procesales previsto para el hábeas corpus responde, sin lugar a dudas, a que, conforme a la Constitución, este proceso ha sido ideado para tutelar los derechos fundamentales más básicos y demandantes de rápida tutela, como es la libertad personal (entendida como libertad corpórea) así como otros ámbitos de libertad física equivalentes o materialmente conexos (como los formulados en el artículo 25 del Código Procesal Constitucional).

15. Señalado esto, considero que el objeto del hábeas corpus deber ser básicamente el de la libertad y seguridad personales (derechos en su dimensión física o corpórea). Asimismo, y tal como lo establece la Constitución, también aquellos derechos que deban considerarse como conexos a los aquí recientemente mencionados. En otras palabras, sostengo que el Tribunal Constitucional debe mantener al hábeas corpus como un medio específico de tutela al concepto estricto de libertad personal, el cual, conforme a lo expresado en este texto, no está ligado solo al propósito histórico del hábeas corpus, sino también a su carácter de proceso especialmente célere e informal, en mayor grado inclusive que el resto de procesos constitucionales de tutela de derechos.

16. Ahora bien, anotado todo lo anterior, resulta conveniente aclarar, por último, cuáles son los contenidos de la libertad personal y las posiciones iusfundamentales (de la libertad personal y los derechos que resultan conexos) que pueden ser protegidas a través del proceso de hábeas corpus.

17. Teniendo claro, conforme a lo aquí indicado, que los derechos tutelados por el proceso de hábeas corpus son la libertad personal y los derechos conexos con esta, la Constitución y el Código Procesal Constitucional han desarrollado algunos supuestos que deben protegerse a través de dicha vía. Sobre esa base, considero que pueden identificarse cuando menos cuatro grupos de situaciones que pueden ser objeto de demanda de hábeas corpus, en razón de su mayor o menor vinculación a la libertad personal.

18. En un primer grupo tendríamos los contenidos típicos de la libertad personal, en su sentido más clásico de libertad corpórea, y aquellos derechos tradicionalmente protegidos por el hábeas corpus. No correspondería aquí exigir aquí la acreditación de algún tipo de conexidad, pues no está en discusión que el proceso más indicado para su protección es el hábeas corpus. Aquí encontramos, por ejemplo, el derecho a no ser exiliado, desterrado o confinado (25.3 CPConst); el derecho a no ser expatriado ni separado del lugar de residencia (25.4 CPConst);

a no ser detenido sino por mandato escrito y motivado o por flagrancia (25.7 CPConst); a ser puesto a disposición de la autoridad (25.7 CPConst); a no ser detenido por deudas (25.9 CPConst); a no ser incomunicado (25.11 CPConst); a la excarcelación del procesado o condenado cuando se declare libertad (25.14 CPConst); a que se observe el trámite correspondiente para la detención (25.15 CPConst); a no ser objeto de desaparición forzada (25.16 CPConst); a no ser objeto de tratamiento arbitrario o desproporcionado en la forma y condiciones del cumplimiento de pena (25.17 CPConst); a no ser objeto de esclavitud, servidumbre o trata (2.24.b de la Constitución). De igual manera, se protegen los derechos al libre tránsito (25.6 CPConst), el derecho a la integridad (2.1 de la Constitución y 25.1 del CPConst)o el derecho a la seguridad personal (2.24. de la Constitución).

19. En un segundo grupo encontramos algunas situaciones que se protegen por hábeas corpus pues son materialmente conexas a la libertad personal. Dicho con otras palabras: si bien no están formalmente contenidas en la libertad personal, en los hechos casi siempre se trata de casos que suponen una afectación o amenaza a la libertad personal. Aquí la conexidad se da de forma natural, por lo que no se requiere una acreditación rigurosa de la misma. En este grupo podernos encontrar, por ejemplo, el derecho a no ser obligado a prestar juramento ni compelido a reconocer culpabilidad contra sí mismo, cónyuge o parientes (25.2 CPConst); el derecho a ser asistido por abogado defensor desde que se es detenido (25.12 CPConst); el derecho a que se retire la vigilancia de domicilio y que se suspenda el seguimiento policial cuando es arbitrario (25.13 CPConst); el derecho a la presunción de inocencia (2.24 Constitución), supuestos en los que la presencia de una afectación o constreñimiento físico parecen evidentes.

20. En un tercer grupo podemos encontrar contenidos que, aun cuando tampoco son propiamente libertad personal, el Código Procesal Constitucional ha entendido que deben protegerse por hábeas corpus toda vez que en algunos casos puede verse comprometida la libertad personal de forma conexa. Se trata de posiciones eventualmente conexas a la libertad personal, entre las que contamos el derecho a decidir voluntariamente prestar el servicio militar (25.8 CPConst); a no ser privado del DNI (25.10 CPConst); a obtener pasaporte o renovarlo (25.10 CPConst); el derecho a ser asistido por abogado desde que es citado (25.12 CPConst); o el derecho de los extranjeros a no ser expulsados a su país de origen, supuesto en que el Código expresamente requiere la conexidad pues solo admite esta posibilidad "(...) si peligra la libertad o seguridad por dicha expulsión" (25.5 CPConst).

21. En un cuarto y último grupo tenemos todos aquellos derechos que no son típicamente protegidos por hábeas corpus (a los cuales, por el contrario, en principio les corresponde tutela a través del proceso de amparo), pero que, en virtud a lo señalado por el propio artículo 25 del Código Procesal Constitucional, pueden conocerse en hábeas corpus, siempre y cuando se acredite la conexidad con la libertad personal. Evidentemente, el estándar aquí exigible para la conexidad en estos casos será alto, pues se trata de una lista abierta a todos los demás derechos fundamentales no protegidos por el hábeas corpus. Al respecto, el Código hace referencia al derecho a la inviolabilidad del domicilio. Sin embargo, también encontramos en la jurisprudencia algunos derechos del debido proceso que entrarían en este grupo, como son el derecho al plazo razonable o el derecho al non bis in ídem.

22. A modo de síntesis de lo recientemente señalado, diré entonces que, con respecto al primer grupo (los consignados en el apartado 18 de este fundamento de voto), no se exige mayor acreditación de conexidad con la libertad personal, pues se tratan de supuestos en que esta, o sus manifestaciones, resultan directamente protegidas; mientras que en el último grupo lo que se requiere es acreditar debidamente la conexidad pues, en principio, se trata de ámbitos protegidos por el amparo. Entre estos dos extremos tenemos dos grupos que, en la práctica, se vinculan casi siempre a libertad personal, y otros en los que no es tanto así pero el Código ha considerado que se protegen por hábeas corpus si se acredita cierta conexidad.

23. Por último, y con respecto de los contenidos iusfundamentales enunciados, considero necesario precisar que lo incluido en cada grupo es básicamente descriptivo. No busca pues ser un exhaustivo relato de las situaciones que pueden darse en la realidad y que merecerían ser incorporadas en alguno de estos grupos. Cabe entonces que jueces y juezas constitucionales puedan pronunciarse en casos como el presente y claro también en que supuesto cabría recurrir a través de un hábeas corpus.

Sobre las personas con discapacidad

24. Si bien coincido en buena parte con lo expuesto respecto del modelo social de discapacidad, el cual ya tiene recepción tanto convencional como legislativa en el Perú, considero necesario apuntar algunas reflexiones adicionales a las expuestas en la ponencia.

25. Y es que el reconocimiento de este enfoque, así como el de las obligaciones del Estado peruano al suscribir la Convención sobre los Derechos de las Personas

con Discapacidad, no debiera agotarse en solo un reconocimiento a nivel constitucional o en la transformación del proceso de interdicción a uno de apoyos y salvaguardas, efecto que ya viene establecido por el Decreto Legislativo 1384, tal como se explica en la ponencia.

26. Lo que corresponde a la judicatura constitucional es más bien, observar cuales son aquellos mandatos que se desprenden de la Constitución y los tratados, de modo que estas normas no se configuren solo como inspiradoras de una nueva perspectiva en el ordenamiento, sino que adopten plena vigencia en mandatos aplicables a situaciones concretas.

    Son aquellos mandatos que se desprenden de la Constitución y los tratados, de modo que estas normas no se configuren solo como inspiradoras de una nueva perspectiva en el ordenamiento, sino que adopten plena vigencia en mandatos aplicables a situaciones concretas.

27. Este enfoque no es nuevo en el quehacer de la actual composición del Tribunal Constitucional peruano en la sentencia 04104-2013-PC/TC. Allí se entendió que las medidas que debe adoptar el Estado se pueden traducir en una serie de obligaciones como son las acciones afirmativas, los ajustes razonables y el diseño universal. Asimismo, también se tomó en cuenta la necesidad de realizar reformas institucionales que permitieran garantizar los derechos de las personas con discapacidad, lo cual se tradujo, en aquel caso en concreto, en el mandato de cumplimiento de la materialización una oficina regional para las personas con discapacidad.

28. En el caso que ahora nos ocupa, la situación del benficiario, si bien lleva a considerar que son los padres los principales obligados a velar por condiciones dignas para su hijo, ello no releva al Estado de sus obligaciones en los casos en los que la asistencia familiar no pueda ser suficiente. Aquello tampoco significa que desde este Tribunal se plantea que el Estado deba suplantar a la familia, sino que plantea la necesidad de que a nivel estatal se puede contar con programas que puedan brindar apoyo en contextos en los cuales las particulares circunstancias de la familia no permitan garantizar los derechos de las personas con discapacidad.

29. En ese orden de ideas, conviene tener presente que las oficinas regionales y municipales de atención a las personas con discapacidad (Oredis y Omaped) tienen entre sus competencias el formular, promover y proponer programas en favor de las personas con discapacidad. Más aún, la Ley 29973, Ley General de la Persona con Discapacidad, señala con énfasis que estos programas deben

ser diseñados con atención a las necesidades e intereses de las personas con discapacidad. El diseño e materialización de estos programas tiene, por cierto, financiamiento garantizado por la propia ley, conforme a los artículos 69 y 70 de la citada norma.

30. Y es que si bien en principio no corresponde a un Tribunal Constitucional desarrollar las labores propias de los organismos constitucionales que tienen la competencia para materializar programas sociales, le compete con toda claridad llamar la atención sobre aquellas obligaciones que, cumplidas adecuadamente, permitirían evitar controversias como las que se han dado en torno a la sentencia y busca explicarse con mayor detalle en este voto, aquí mediante un hábeas corpus, constatar una situación de vulnerabilidad que debe atenderse, y comprometer a quienes corresponda a que asuman su responsabilidad constitucionalmente establecida sobre el particular. Esto es, sin duda alguna, parte cabal del ejercicio de sus funciones. En ese tenor, este tribunal busca establecer un marco de protección a la persona con discapacidad con un enfoque social, sin embargo, también habrá que ser conscientes de que existen obligaciones del Estado y de las mismas familias que, de cumplirse, contribuirán también en la generación de mejores condiciones para las personas con discapacidad.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

EXP. N.º 00194-2014-PHC/TC
AREQUIPA
JUAN JOSÉ GUILLÉN DOMÍNGUEZ REPRESENTADO(A) POR JOSÉ ANTONIO GUILLÉN TEJADA

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

La sentencia en mayoría ordena que se retiren las rejas que la madre del favorecido colocó en su habitación, impidiéndole salir libremente de esta. Empero, el 2013 una sentencia judicial declaró la interdicción del favorecido, sustentándose, principalmente, en la Evaluación Psiquiátrica 010613-2013-PSQ. Esta señaló que:

> es una persona con síndrome orgánico cerebral y retraso mental profundo, por lo que no controla sus emociones, no puede hacer tareas de auto cuidado y puede ser agresivo o dañar fisicamente a otras personas.

El proceso de interdicción fue precedido por uno sobre violencia familiar. El 2007, el ahora demandante fue declarado responsable de violencia familiar. El juez puso al favorecido y a su hermano bajo la supervisión de una asistenta social, para que verificara, durante cinco años, su estado de salud física y mental.

De hecho, el juez que resolvió este habeas corpus en primera instancia observó que, aunque años atrás la madre había colocado rejas en la habitación del favorecido, este no estaba encerrado allí permanentemente. En el Acta de Inspección Judicial de 12 de abril de 2013 se lee que:

> se verificó la existencia de las rejas en la habitación del favorecido, las cuales se encontraban abiertas. (…) Respecto a Juan José Guillén Domínguez, el juez señaló que lo encontró sentado en la mesa del comedor con el televisor prendido.

Incluso, el ahora demandante señaló entonces que:

> el favorecido va todos los días al colegio y (...) la enfermera se encarga de llevarlo y traerlo

La sentencia de interdicción no fue impugnada por el ahora demandante y quedó, por tanto, consentida. Por todo ello, no puede concluirse que la colocación de rejas en

la habitación del favorecido —convalidada implícitamente por el juez que lo declaró interdicto— vulneró sus derechos fundamentales.

Ahora la sentencia en mayoría afirma, sin embargo, que la colocación de rejas en la habitación del favorecido —soslayada por la sentencia de interdicción— vulnera sus derechos a la integridad personal, la libertad de tránsito y a no ser sometido a tratos humillantes.

Empero, es por preservar la integridad personal del favorecido, precisamente, que se restringe su libertad de tránsito. Si se le permite salir de su habitación en cualquier momento, como advirtió la Evaluación Psiquiátrica, el favorecido puede "dañar físicamente a otras personas" o a sí mismo.

Al tener un sustento médico, por tanto, la restricción de la libertad de tránsito del favorecido no puede ser calificada como trato humillante. En este caso, existe un doloroso dilema, en el que no puede preservarse la integridad personal del favorecido sin recortar su libertad de tránsito.

Por demás, la sentencia en mayoría se sustenta en el Decreto Legislativo 1384, que Reconoce y Regula la Capacidad Jurídica de las Personas con Discapacidad en Igualdad de Condiciones. Sin embargo, el Tribunal debe resolver los casos que se someten a su consideración a base de la Constitución, no de algún Decreto Legislativo.

En realidad, la sentencia en mayoría está dedicada, principalmente, a celebrar dicho decreto. Asegura que él sustituye el enfoque burdo de la discapacidad que ofrecía el "modelo médico" por uno moralmente superior, al que llama "modelo social" (fundamento 12). Este:

> comprende a la discapacidad como el resultado de la interacción o concurrencia de una situación particular del sujeto con las condicionantes u obstáculos que la sociedad, con o sin intención, impone a este grupo de personas.

A mi parecer, no es correcto utilizar la resolución de un caso particular —menos, uno tan dramático como este— como pretexto para adelantar opinión sobre la constitucionalidad de un Decreto Legislativo. En principio, esta debe ser analizada en un proceso de control constitucional abstracto; de frente, no de costado.

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

S.

SARDÓN DE TABOADA

EXP. N.º 01587-2018-PHC/TC
LIMA
OLLANTA MOISÉS HUMALA TASSO, EN REPRESENTACIÓN DE I.H.H. Y N.S.H.H

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 6 días del mes de junio de 2019 el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Blume Fortini, Miranda Canales, Ramos Núñez, Sardón de Taboada, Ledesma Narváez, Espinosa-Saldaña Barrera y Ferrero Costa, pronuncia la siguiente sentencia, con el fundamento de voto del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera, y los votos singulares de los magistrados Miranda Canales y Ledesma Narváez, que se agregan. Se deja constancia que magistrado Sardón de Taboada votará en fecha posterior.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Ollanta Moisés Humala Tasso contra la resolución de fojas 210, de fecha 15 de agosto de 2017, expedida por la Segunda Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima que declaró improcedente la demanda de hábeas corpus.

ANTECEDENTES

Con fecha 10 de julio de 2017, don Ollanta Moisés Humala Tasso interpone demanda de hábeas corpus a favor de sus hijas menores de edad de iniciales I.H.H. y N.S.H.H., y la dirige contra Germán Juárez Atoche, Fiscal de la Segunda Fiscalía Supraprovincial Especializada en Delitos de Lavado de Activos y Pérdida de Dominio — Tercer Despacho del Ministerio Público (actualmente Tercer Despacho del Equipo Especial de Fiscales). Señala que el fiscal emplazado ha vulnerado los derechos a la educación y libertad de enseñanza, a la intimidad, a un adecuado desarrollo mental, moral y social, a la tranquilidad emocional y otros, y, en general, el interés superior del niño en perjuicio de sus hijas.

La parte recurrente refiere que el fiscal demandado viene realizando actos ilegales que amenazan y vulneran los referidos derechos conexos a la libertad individual de sus

menores hijas. Señala que él y su esposa vienen siendo investigados penalmente (Carpeta Fiscal 69-2015) y que se les ha impuesto la medida de comparecencia restringida. En dicho contexto, alega que mediante Providencia 204, de fecha 3 de julio de 2017, el despacho del fiscal emplazado ordenó que se llevara a cabo una diligencia en el centro educativo de sus hijas luego de haber tornado conocimiento de que las dos niñas se encontraban fuera del país con la finalidad de realizar actividades culturales y de estudios en la Universidad de Chicago en Estados Unidos de América. Dicho viaje, a decir del recurrente, fue autorizado por el centro educativo de las beneficiadas.

Este accionar de la fiscalía, a juicio del recurrente, no ha tomado en cuenta el interés superior del niño y viola los parámetros y garantías procesales establecidos en la Ley 30466, que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño.

El demandante expone que la referida diligencia se llevó a cabo el 3 de julio de 2017 en las instalaciones de la institución educativa Hiram Binghan The British International School of Lima y que, luego de la misma, el fiscal emplazado realizó declaraciones a la prensa negando el acoso y calificando la diligencia como un acto de investigación cuyo propósito era verificar si existía la autorización de las menores para el curso en el extranjero (fojas 7).

El procurador público a cargo de la defensa jurídica del Ministerio Público se apersonó al proceso (fojas 82) y solicitó que la demanda sea declarada improcedente. Refiere que los hechos denunciados no inciden de forma directa sobre la libertad de las beneficiadas, ya que no se han demostrado molestias, obstáculos o perturbaciones a la libertad locomotora de las menores. Asimismo, afirma que mediante el Oficio 770- 2017-2°FPCELAAPD-3ERD, de fecha 3 de julio de 2017, se le comunicó a la institución educativa que se apersonarían dos fiscales adjuntos a sus instalaciones a fin de recabar la información pertinente sobre el viaje de las niñas, para lo cual solicitaron que la diligencia sea llevada a cabo con la reserva del caso a fin de no afectar el normal desarrollo de las actividades académicas.

De igual forma, señala que debido al carácter de excepcional urgencia (propio de un peligro de fuga), el fiscal encargado de la investigación no podía esperar a que se recabara la información por medios escritos, ya que ello hubiera significado un lapso prolongado de tiempo para cumplir los trámites burocráticos entre la entrega del oficio a las autoridades del colegio, la respuesta por parte de éstas y la remisión de la información al despacho del fiscal (fojas 105). Por último, refiere que fueron los propios procesados (los padres de las niñas) quienes hicieron pública la diligencia que el despacho fiscal practicó (fojas 106).

Con fecha 11 de julio de 2017, el Cuadragésimo Juzgado Penal de la Corte Superior de Lima declaró improcedente la demanda de hábeas corpus. A juicio del referido juzgado, la alegada violación cesó dado que la diligencia fiscal cuestionada ya había sido llevada a cabo. Por lo tanto, se habría producido la sustracción de la materia, en aplicación del artículo 5, inciso 5, del Código Procesal Constitucional.

A su turno, mediante resolución de fecha 15 de agosto de 2017, la Segunda Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Lima confirmó la apelada por similares fundamentos.

Interpuesto el recurso de agravio constitucional, el recurrente manifiesta que las instancias previas se han limitado a indicar que ya se habría dañado el derecho invocado y, que al haberse producido dicha afectación con carácter irreparable, habría operado la sustracción de la materia. Sin embargo, advierte que al recibir doble rechazo liminar, los jueces han omitido pronunciarse sobre la totalidad del petitorio que consiste, entre otros, en que se ordene el cese de actos violatorios por parte del Ministerio Público. De igual forma, refiere que han omitido pronunciarse sobre cuál es el margen de acción del Ministerio Público cuando dispone la realización de diligencias respecto de los hijos menores de los investigados y cual sería, en dicho contexto, el alcance del principio universal referido al interés superior del niño.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. Del expediente se desprende que la demanda de autos tiene las siguientes pretensiones:

    a) Que se declare la nulidad de la Providencia 204, de fecha 3 de julio de 2017, mediante la cual el fiscal emplazado dispuso que se constituyera personal de su despacho al centro educativo de las menores favorecidas;

    b) Que se ordene el cese de actos violatorios de los derechos constitucionales de sus menores hijas ejecutados ilegalmente a través de la expedición de resoluciones, providencias, proveídos, visitas, entrevistas, solicitudes de información y toda actividad fiscal referida a sus actividades académicas o de cualquier otro tipo;

    c) Que se ordene el cese de los actos violatorios de los derechos conexos a la libertad individual de sus menores hijas; y,

    d) Que se determine la responsabilidad del agresor y se considere el agravante de ser éste un funcionario público.

2. Al respecto, se alega que el fiscal emplazado viene realizando actos ilegales que "amenazan" y "vulneran" los siguientes derechos conexos a la libertad individual respecto de las menores favorecidas: a la educación y libertad de enseñanza (artículo 13 de la Constitución), a la intimidad (artículo 2, inciso 7, de la Constitución y 16 de la Convención sobre los Derechos del Niño), a un adecuado desarrollo mental, moral y social (artículo 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño), a la tranquilidad emocional (artículo 2, inciso 22, de la Constitución), a la integridad moral y el libre desarrollo y bienestar (artículo 2, inciso 1, de la Constitución), a participar en la vida cultural (artículo 31 de la Convención sobre los Derechos del Niño) y, en general, al interés superior del niño (artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño).

3. Posteriormente, con fecha 22 de enero de 2019, la parte demandante informó a este Tribunal sobre presuntas nuevas afectaciones contra los derechos de las beneficiadas por parte del fiscal emplazado. Refiere que, con motivo de haber informado al fiscal demandando sobre la realización de un nuevo viaje de sus hijas fuera del país, éste viene realizando actos y diligencias que, a su juicio, constituyen injerencias arbitrarias en la libertad de tránsito de las beneficiadas quienes, enfatiza, no son las investigadas en la Carpeta Fiscal 69-2015. Señala que en todos estos actos posteriores tampoco se han cumplido con las disposiciones pertinentes de la Ley 30466 y su respectivo reglamento.

4. Ahora bien, este Tribunal considera que los alegatos vertidos por la parte demandante, aún cuando podrían involucrar la presunta afectación de diversos derechos (*supra* fundamento 2), están dirigidos principalmente a cuestionar la ausencia de la consideración del interés superior del niño, en el presente caso, como el principio que debe regir el accionar de toda autoridad pública al momento de tomar decisiones que involucren directa o indirectamente a menores de edad. Por lo tanto, al estar el principio del interés superior del niño investido de una fuerza normativa que lo convierte en el vértice de la interpretación de los derechos de los niños y niñas [*Cfr*. Expediente 02079-2009-PHC/TC, fundamento 13] se dilucidará la presente controversia a partir del análisis de esta cuestión.

La reconversión del proceso de hábeas corpus a amparo

5. El proceso de hábeas corpus tiene por objeto la tutela del derecho a la libertad individual y derechos conexos. Asimismo, el proceso de hábeas corpus responde a dos características esenciales: brevedad y eficacia. En consecuencia, lo que se pretende a través de este proceso constitucional es la restitución del derecho o

cese de la amenaza o violación en el menor tiempo posible, debido a la naturaleza fundamental del derecho a la libertad individual. Por su parte, el proceso de amparo se configura como un proceso cuya finalidad esencial es la protección de los derechos fundamentales frente a violaciones actuales o de amenazas (ciertas e inminentes) de su trasgresión y que no son objeto de protección mediante los procesos de hábeas data o hábeas corpus. De esa manera, se convierte el alto significado de los derechos fundamentales en algo efectivo, abriendo la puerta para una protección formal y material de éstos, permitiendo al Tribunal Constitucional cumplir con sus funciones.

6. Expuesto lo anterior, en el presente caso este Tribunal advierte que, en esencia, lo que la parte recurrente ataca es que la decisión adoptada por el fiscal emplazado — materializada en la Providencia 204-2017, de fecha 3 de julio de 2017— no haya considerado el interés superior de las niñas beneficiadas. La diligencia fiscal p rogramada mediante dicha providencia se llevó a cabo el mismo 3 de julio de 2017, mientras que la demanda de hábeas corpus fue interpuesta el 10 de julio de ese mismo año. Esta circunstancia constituiría razón suficiente para declarar la improcedencia de la demanda de hábeas corpus en aplicación del artículo 5, inciso 5, del Código Procesal Constitucional pues el hecho denunciado habría cesado antes de la interposición de la demanda. No obstante, pese a lo discutible que pudiera resultar que el accionante haya interpuesto la demanda de hábeas corpus en lugar de un amparo, resulta imperativo verificar, dada la naturaleza de los hechos expuestos en el caso de autos, si se presentan los presupuestos para reconvertir el presente proceso en uno de amparo y así emitir pronunciamiento de fondo si se ha afectado o no el principio del interés superior del niño en agravio de las beneficiadas.

7. Pues bien, al respecto, 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, se trata de la facultad que tienen 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 procesos constitucionales.

8. En ese sentido, conviene observar que, en principio, más que hacer frente a una amenaza cierta e inminente al derecho a la libertad individual, nos encontramos ante la alegada la vulneración del principio del interés superior del niño, niña o

adolescente. Por lo tanto, estamos ante una pretensión que, en puridad, debería abordarse mediante el proceso de amparo, siempre y cuando se cumplan las reglas establecidas por este Tribunal para la reconversión de procesos.

9. Conforme este Tribunal Constitucional lo ha establecido en la sentencia recaída en el Expediente 05761-2009-PHC/TC (fundamento 27), la reconversión debe guiarse por las siguientes reglas: i) no es obligatoria para los jueces constitucionales de primera instancia, más 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; y) 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.

10. En el caso que se analiza, el proceso se encuentra en sede del Tribunal Constitucional. A su vez, la demanda de hábeas corpus se interpuso el 10 de julio de 2017 cuestionando la Providencia 204-2017, de fecha 3 de julio de 2017, en la que se dispone la realización de la diligencia fiscal discutida. 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 demanda se encuentra dentro del plazo fijado para su interposición.[1] De otro lado, en la medida que el hábeas corpus ha sido interpuesto por el propio accionante, a favor de sus menores hijas, tampoco existe cuestionamiento respecto de su legitimidad para obrar.

11. De igual forma, 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 presunta afectación del interés superior de las beneficiadas, quienes son menores de edad, justifica la mayor celeridad y el examen urgente del Tribunal Constitucional pues, como se ha señalado antes en la jurisprudencia

1 El Tribunal Constitucional tiene dicho que el proceso de amparo contra resoluciones judiciales "(...) está circunscrito a cuestionar decisiones judiciales que vulneren de forma directa derechos fundamentales, toda vez que a juicio de este Tribunal la irregularidad de una resolución judicial con relevancia constitucional se produce cada vez que ésta se expida con violación de cualquier derecho fundamental y no sólo en relación con los supuestos contemplados en el artículo 4 del C.P. Const." *[Cfr.* Expediente 3179-2004-AAJTC, fundamento 14]; criterio que, *mutatis mutandis,* resulta aplicable a las decisiones y pronunciamientos expedidos por los representantes del Ministerio Público. Véase, al respecto, Expediente 00913-2012-PAJTC.

de este Colegiado, dicho sector de la población se encuentra en una situación de particular vulnerabilidad [*Cfr.* Expediente 02595-2014-PA/TC, fundamento 14]. Finalmente, cabe destacar que el procurador público a cargo de la defensa jurídica del Ministerio Público se apersonó al proceso, ejerciendo plenamente su derecho de defensa (fojas 82).

12. En el caso concreto, entonces, existen razones suficientes que justifican la reconversión del proceso de hábeas corpus a uno de amparo, pues se han cumplido las condiciones antes señaladas, lo que habilita a este Tribunal a entrar al fondo del asunto para verificar si existe una amenaza o violación del interés superior del niño, niña o adolescente.

Cuestión preliminar

13. Este Tribunal advierte que en el presente caso se cuestiona concretamente un acto de investigación fiscal que ya tuvo lugar el mismo 3 de julio de 2017. Por lo cual, a la fecha, se entiende que la investigación fiscal dentro de la cual se llevó a cabo dicho acto ha continuado su curso con el desarrollo de actos de investigación posteriores y de diversas diligencias. Incluso, como es de público conocimiento, el fiscal emplazado ya habría dado por concluida la investigación preparatoria seguida contra el demandante y su esposa, habiéndose presentado ya la acusación fiscal en contra de éstos [https://elcomercio.pe/politica/claves-acusacion-fiscal-ollanta-humala-nadine-heredia-odebrecht-noticia-ecpm-633347].

14. En consecuencia, visto el escenario descrito, este Tribunal considera que, en caso declararse fundada la demanda, entendida como una de amparo, no sería posible disponer la nulidad de la Providencia 204, de fecha 3 de julio de 2017, emitida por el Fiscal de la Segunda Fiscalía Supraprovincial Especializada en Delitos de Lavado de Activos y Pérdida de Dominio — Tercer Despacho del Ministerio Público (actualmente Tercer Despacho del Equipo Especial de Fiscales). Por lo tanto, de ser el caso, correspondería disponer que en el futuro las autoridades que se encuentren ante escenarios que involucren directa o indirectamente el bienestar de menores de edad, tomen en especial consideración el interés superior de éstos.

El derecho de las niñas, niños y adolescentes a que su interés superior sea tomado en cuenta en el ámbito fiscal y judicial

15. En el caso de autos, este Tribunal advierte que, en esencia, el demandante pone en cuestión que la autoridad fiscal emplazada no haya tomado en consideración el principio del interés superior del niño, niña o adolescente, al momento de emitir la orden para la realización de la diligencia fiscal del 3 de julio de 2017.

Es decir, se trata de un cuestionamiento dirigido a la forma en la cual se motivó una disposición fiscal. Sobre el particular, como ha expresado ya este Tribunal, la exigencia de la motivación debida resulta aplicable a las decisiones y pronunciamientos expedidos por los representantes del Ministerio Público [*Cfr.* Expedientes 01931-2014-PA/TC, fundamento 7; 00070-2014-PA/TC, fundamento 6; 00070-2014-PA/TC, fundamento 3; 02265-2013-PA/TC, fundamento 3, entre otros].

16. Ahora bien, sobre el cuestionamiento concreto en el caso de autos, este Tribunal ha establecido que el principio constitucional de protección del interés superior del niño, niña y adolescente constituye un contenido constitucional implícito del artículo 4 de la Constitución, en cuanto establece que "La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente (...)". Tal contenido fundamental es reconocido a su vez por la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por el Estado peruano mediante Resolución Legislativa 25278 publicada en el diario oficial *El Peruano* el 4 de agosto de 1990. El texto de la mencionada Convención se publicó en Separata Especial el 22 de noviembre de 1990 y mediante Ley 25302, del 4 de enero de 1991, se declaró de preferente interés nacional la difusión del aludido instrumento internacional [*Cfr.* Expedientes 04058-2012-PA/TC y 02132-2008-PA/TC].

17. La mencionada Convención sobre los Derechos del Niño establece, entre otras disposiciones, lo siguiente:

> "Articulo 3
>
> En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.
>
> Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas."

Así, la tutela permanente que con esta disposición se reconoce tiene una base justa en lo que se ha señalado como interés superior del niño, niña y del adolescente, doctrina que se ha admitido en el ámbito jurídico como parte del bloque

de constitucionalidad del artículo 4 de la Constitución y a través del artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes [*Cfr.* Expediente 02079-2009-PHC/TC, fundamento 11].

18. Así también, el deber especial de protección sobre los derechos de los niños, niñas y adolescentes vincula no sólo a las entidades estatales y públicas sino también a las entidades privadas e inclusive a la comunidad toda, a fin de que en cualquier medida que adopten o acto que los comprometa velen por su interés superior, el cual debe anteponerse a cualquier otro interés. Por tanto, constituye un deber el velar por la vigencia de los derechos del niño y la preferencia de sus intereses, resultando que ante cualquier situación en la que colisione o se vea en riesgo el interés superior del niño, indudablemente, este debe ser preferido antes que cualquier otro interés. Y es que la niñez constituye un grupo de personas de interés y de protección prioritaria del Estado y de toda la comunidad, por lo que las políticas estatales le deben dispensar siempre una atención preferente.

19. De manera particular, este Tribunal ya se ha pronunciado en anteriores oportunidades respecto del contenido constitucional del interés superior del niño, niña y adolescente en el marco de la exigencia de su atención especial y prioritaria en los procesos judiciales. Así, en la sentencia recaída en el Expediente 03744-2007-PHC/TC se estableció:

> "(...) es necesario precisar que, conforme se desprende de 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 deben procurar una atención especial y prioritaria en su tramitación. En efecto, como uno de los contenidos constitucionalmente protegidos del artículo 4° de la Constitución que establece que "La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente (...)"
>
> Tal atención a prestarse por los órganos jurisdiccionales, como se desprende de la propia Norma Fundamental (artículo 4°), 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. 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."

20. Esta obligación de especial atención al interés superior, qué duda cabe, también se hace patente en escenarios en los que el Ministerio Público despliega acciones de investigación y en cuyo contexto pudieran verse afectados directa o indirectamente niños, niñas o adolescentes.

21. De igual forma, el Comité de los Derechos del Niño en su Observación General 14, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), ha establecido que, además de ser un derecho y un principio, "el interés superior del niño es también una norma de procedimiento". Ello supone que, como norma de procedimiento, este principio obliga a que "siempre que se tenga que tomar una decisión que afecta a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos." (literal c) del párrafo 6).

22. Es así que, siguiendo dicha pauta, en nuestro ordenamiento jurídico nacional la Ley 30466, que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño, consagra también que el interés superior del niño es un derecho, un principio y una norma de procedimiento. Particularmente, el artículo 5 de esta norma exige a los organismos públicos en todo nivel fundamentar en sus decisiones o resoluciones administrativas o judiciales su consideración respecto del interés superior del niño, niña y los adolescentes, ya sea que los concierna o afecte de manera directa o indirecta.

23. En consecuencia, el interés superior del niño, como norma de procedimiento, resulta de orden imperativo ya sea que se trate de un escenario en el que los niños, niñas o adolescentes son los principales actores o uno en el cual, a pesar de no verse involucrados directamente, las decisiones que adopten las autoridades administrativas, fiscales o judiciales puedan, aunque sea de manera indirecta, afectarlos. Por lo tanto, el interés superior del niño, niña o adolescente, como norma de procedimiento, predispone cualquier decisión que adopten las auto-

ridades (e incluso los particulares) y debe ser una cuestión a evaluar en el caso concreto y de manera detallada a efectos de salvaguardar los derechos de los menores de edad.

Análisis del caso concreto

24. En el presente caso, la parte demandante refiere que a partir del escrito de autorización de salida del país presentado por doña Antonia Alarcón Cubas (abuela de las favorecidas), el fiscal emplazado tomó conocimiento sobre el viaje de sus hijas. A partir de entonces, según denuncia, el fiscal emplazado promovió una serie de actos que a su juicio resultan violatorios de los derechos de sus menores hijas, ya que en éstos no se tomó en cuenta desde ningún punto de vista su interés superior.

25. En dicho escrito, de fecha 27 de junio de 2017, doña Antonia Alarcón Cubas comunica al despacho de la Segunda Fiscalía Supraprovincial Corporativa Especializada en Delitos de Lavado de Activos y Pérdida de Dominio — Tercer Despacho (Tercer Despacho del Equipo Especial de Fiscales) que, conforme a la regla de conducta que le fue impuesta y ratificada por la Segunda Sala Penal de Apelaciones Nacional, cumplía con comunicar que realizaría un viaje a la ciudad de Chicago, Estados Unidos de América programado del 1 al 8 de julio de ese mismo año.

26. Es así que, a propósito de dicho escrito, mediante Providencia 204-2017, de fecha 3 de julio de 2017, el fiscal emplazado señaló que, tras haber tomado conocimiento por medios de prensa que doña Antonia Alarcón Cubas no viajó sola, sino que lo hizo con sus nietas (hijas del recurrente), disponía la realización de una diligencia fiscal en el colegio de las niñas a efectos de comprobar si es que existía algún evento académico vinculado con el viaje. En la referida providencia, la autoridad fiscal emplazada expresó los motivos de su decisión en los siguientes términos:

> "DADO CUENTA: El escrito presentado por la procesada Antonia Alarcón Cubas en el cual comunica que por cuestiones de carácter personal se ausentará del país por un espacio temporal de siete días y estando a que a través de los medios de prensa esta Fiscalía ha tenido conocimiento que la procesada en mención viajó con sus menores nietas (hijas de los procesados Ollanta Humala Tasso y Nadine Heredia Alarcón); lo que no ha sido puesto en conocimiento de este Despacho. En este sentido, siendo importante observar el arraigo familiar de los procesados en este país. CONSTITÚYASE en el día los Fiscales Adjuntos Provinciales Alexander Daniel

> Taboada Guardían y Trilce Lissete Cruz Barrientos a las instalaciones de la Institución Educativa Hiram Bingham (donde estudian dichas menores), con el objeto de conocerse si a la fecha existe algún evento académico vinculado a dicho colegio que haya conllevado a que las menores salieran del país y si la ausencia se las menores han sido justificadas formalmente. Para dicho efecto OFÍCIESE a la institución educativa en mención, solicitándose además que dicha diligencia sea realizada con la reserva del caso, a fin de que no se vea afectado el ámbito académico de las menores en referencia. AL PRIMER OTROSÍ. TÉNGASE presente. AL SEGUNDO OTROSÍ. TÉNGASE por nombrado al abogado que menciona."

27. De manera posterior ese mismo día, a horas 10:30 a.m. tal y como consta en el Acta Fiscal (fojas 64), los Fiscales Adjuntos Provinciales de la Segunda Fiscalía Supraprovincial Corporativa Especializada en Delitos de Lavado de Activos y Procesos de Pérdida de Dominio — Tercer Despacho (Tercer Despacho del Equipo Especial de Fiscales), Alexander Daniel Taboada Guardían y Trilce Lissete Cruz Barrientos, acudieron a las instalaciones de la institución educativa de las niñas a efectos de llevar a cabo la diligencia programada. Según el Acta Fiscal que consta en el expediente, éstos se reunieron en el área de la Dirección del Colegio para sostener una entrevista con la directora del plantel. Dicha diligencia se prolongó hasta las 11:00 a.m. y en ella la autoridad a cargo del centro educativo dio cuenta sobre los motivos del viaje de las hijas del demandante y sobre la justificación de las ausencias de ellas a algunas clases como consecuencia de su viaje.

28. La parte demandante señala que todo este accionar por parte del fiscal emplazado ha afectado el interés superior de sus menores hijas, pues les ha causado gran molestia y desagrado a pesar de que ellas no son quienes se encuentran incursas en algún tipo de investigación fiscal. Incluso, sobre esta cuestión particular, el demandante presentó con fecha 14 de agosto de 2018 (Cuadernillo del Tribunal) un informe psicopedagógico por la institución educativa de sus hijas en el que se da cuenta del sentimiento de culpa que sienten las menores por haber escuchado en los medios de comunicación que a sus padres los sometieron a prisión preventiva por culpa del viaje que ellas realizaron.

29. Ahora bien, este Tribunal advierte que en la Providencia 204-2017, de fecha 3 de julio de 2017 *(supra* fundamento 26), no se hace mención al interés superior de las niñas y no se evalúa el impacto que directa o indirectamente pudiera tener sobre ellas el desarrollo de la diligencia fiscal programada. En efecto, más allá de una breve referencia a la necesidad de llevar a cabo la diligencia en for-

ma reservada, el fiscal emplazado no evalúa si es que el interés superior de las niñas se puede ver o no perjudicado, ni justifica cómo es que no existen otras alternativas a la diligencia presencial de los fiscales adjuntos ni explica por qué, de ser el caso, éstas no serían adecuadas para el propósito de la fiscalía. Sobre el particular, es importante recordar que el Comité de los Derechos del Niño ha expresado que en sus decisiones (procedimentales o sustantivas) las autoridades deben demostrar que efectivamente han considerado el interés superior del niño, niña o adolescente [*Cfr.* Observación General 14 (2013). CRC/C/GC/14, párrs. 27 a 29].

30. Así, a juicio de este Tribunal, aún cuando la referida diligencia se haya llevada a cabo en un ambiente distinto de aquel en el que normalmente se desarrollan las actividades académicas, resultaba imperativo de todas formas que el fiscal emplazado fundamente de manera clara cuales eran las medidas a adoptarse para evitar cualquier tipo de afectación directa o indirecta en las niñas. Es decir, era necesario que se adoptasen todas las medidas del caso para evitar cualquier tipo de afectación a las beneficiadas que pudiera proyectarse incluso después de llevada a cabo la diligencia. Dicho de otro modo, el fiscal emplazado debió valorar otras medidas —como recabar la información por medios electrónicos o telefónicos o mediante oficios, por ejemplo— que, siendo incluso más eficientes para recabar la información de manera más célere (que, según la parte emplazada, es lo que se pretendía), no interferían ni ponían en riesgo el interés superior de las niñas. Es decir, el fiscal emplazado, antes de emplear la medida más invasiva — disponiendo que se constituyan dos fiscales al colegio de las niñas— debió buscar la forma de no interferir de ninguna manera en los derechos de las niñas y en su interés superior.

31. Aunado a lo anterior, es necesario tomar en cuenta que el artículo 4 de la Ley 30466 establece, como una de las garantías procesales para la salvaguarda del interés superior del niño, la "evaluación del impacto de la decisión tomada en consideración de los derechos del niño". Dicha evaluación, como resulta claro de autos, no fue realizada al emitirse la Providencia 204-2017, de fecha 3 de julio de 2017, ni tampoco durante el desarrollo de la diligencia misma pues, como refiere la institución educativa en su comunicación del 23 de noviembre de 2018, durante el desarrollo de la diligencia hubo bastante incomodidad y causó gran preocupación la forma en que se solicitó la información sobre las niñas. Dicha actuación resultó ser, por lo tanto, excesiva y desproporcionada de cara a los fines que se perseguía con aquella indagación en el contexto de la investigación fiscal.

32. En dicho contexto, este Tribunal considera oportuno recordar que en el marco de procesos judiciales seguidos contra personas que sean padres o madres de familia, las autoridades deben evitar desplegar medidas que supongan intervenciones innecesarias que incidan de alguna u otra manera en los derechos de sus hijos o hijas menores de edad. De manera que las acciones que las autoridades desplieguen en este tipo de casos no pueden mostrar ni siquiera indirectamente que los hijos o hijas de los investigados o procesados son también partes del proceso cuando en realidad no lo son. Ello expone a los niños, niñas o adolescentes a situaciones que les resulta ajenas y, por ende, afecta gravemente su bienestar.

33. Por lo tanto, en vista de que en el caso de autos se ha acreditado que la autoridad fiscal emplazada no tomó en cuenta el interés superior de las niñas en el marco de la diligencia fiscal llevada a cabo el 3 de julio de 2017, corresponde estimar la demanda en este extremo.

34. Por otra parte, en cuanto al extremo del petitorio que exige la determinación de la responsabilidad del agresor y se considere el agravante de ser éste un funcionario público, este Tribunal considera que dicho extremo debe ser desestimado dado que evidentemente excede los alcances de en un proceso constitucional de hábeas corpus como el presente.

Efectos de la sentencia

35. En el presente caso se ha acreditado la vulneración del interés superior de las niñas favorecidas, pero, teniendo en cuenta lo señalado en los fundamentos 13 y 14 *supra*, lo que corresponde es exhortar a las autoridades que, como el fiscal emplazado, puedan verse en escenarios que involucren directa o indirectamente a menores de edad a fin de que en el futuro tomen en cuenta en todas sus decisiones y consideraciones, como prioridad, el interés superior del niño, niña o adolescente (tanto en el ámbito fiscal como judicial). Para ello, deberán tener en especial consideración tanto la Ley 30466, que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño, así como su reciente reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo 002-2018-MIMP publicado en el diario oficial *El Peruano* el 1 de junio de 2018 y lo expresado en la presente sentencia.

36. Lo anterior responde, como es lógico, a que si bien el Ministerio Público es un órgano autónomo en el desempeño de sus funciones, ello no supone que pueda desplegar sus actuaciones al margen de los límites legales y constitucionales existentes. En efecto, en reiterada jurisprudencia este Tribunal ha señalado que "al Ministerio Público, en tanto órgano constitucionalmente constituido, le es exi-

gible que el desarrollo de sus actividades las despliegue dentro de los mandatos normativos impuestos por la Constitución" [Expedientes 02689-2013-PA/TC, fundamento 6; 02920-2012-PHC/TC, fundamento 4, y 02748-2010-PHC/TC, fundamento 3; 02110-2009-PHC/TC y 02527-2009-PHC/TC (acumulados), fundamento 11]. Pues, si bien hay facultades discrecionales que, de modo expreso, el poder constituyente le ha reconocido al Ministerio Público, éstas no pueden ser ejercidas de manera irrazonable, con desconocimiento de los principios y valores constitucionales, ni tampoco al margen del respeto de los derechos fundamentales; antes bien, tales facultades deben ser ejercidas en estricta observancia y pleno respeto de los mismos [*Cfr.* Expedientes 02067-2011-PHC/TC, fundamento 4; 2725-2008-PHC/TC, fundamento 3 y 6204-2006-PHC/TC, fundamento 7].

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, entendida como una de amparo, por haberse acreditado la vulneración del principio del interés superior del niño, niña y adolescente, de conformidad con los fundamentos 13, 14 y 35 de la presente sentencia.

2. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda, entendida como una de amparo, en sus demás extremos.

3. **EXHORTAR** a las autoridades fiscales y judiciales a fin de que, en el futuro, de encontrarse en iguales escenarios al descrito en el presente caso, tomen en especial consideración el interés superior del niño, niña o adolescente, de conformidad con los fundamentos 35 y 36 de la presente sentencia.

Publíquese y notifíquese.

SS.

BLUME FORTINI
RAMOS NÚÑEZ
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA
FERRERO COSTA

EXP. N.º 01587-2018-PHC/TC
LIMA
OLLANTA MOISÉS HUMALA TASSO, EN REPRESENTACIÓN DE I.H.H. Y N.S.H.H

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Coincido con el voto de la mayoría en tanto que la presente demanda debe ser declarada **FUNDADA EN PARTE**, en mérito a las razones que se presentan en la ponencia.

Ahora bien, y sin perjuicio de ello, me permito realizar las siguientes observaciones:

1. En función de los hechos del presente caso, considero necesario referirme al derecho- principio de interés superior de los niños, niñas y adolescentes. A estos efectos, quiero empezar recordando al trato que este Tribunal Constitucional les brinda, tanto al referirse a ellos, como a la protección que se les debe.

2. Así, lo primero es precisar que la protección especial que merecen niños, niñas y adolescentes no significa que les pueda considerar como meros *objetos de protección;* sino, por el contrario, que deben ser entendidos como auténticos *sujetos de derechos*. En este sentido, la tutela que se les brinda no debe partir tan solo de su situación de debilidad o vulnerabilidad, y, menos aun, tenérseles por incapaces o "menores en situación irregular" (como lo sugiere la doctrina de la "minoridad" o de la "situación irregular"). Por el contrario, su debida protección exige reconocerlas corno las personas que son, y se encuentra encaminada a la construcción y al fortalecimiento progresivo de su autonomía, así como a la asunción de responsabilidades como futuro ciudadano (conforme a la doctrina de la "protección integral").

3. De este modo, la protección especial a favor de niñas, niños y adolescentes debe considerarse como encaminada a fortalecer y permitir que ellos desplieguen sus capacidades, así como a promover su bienestar; y nunca a su anulación o subordinación. A esto, por cierto, no ayuda el uso del término "menor"—que desafortunadamente este mismo Tribunal ha utilizado de manera frecuente— para

hacer referencia a niñas, niños y adolescentes. Considero entonces, en este sentido, que la expresión "menor" debe ser en el futuro erradicada de las decisiones de este órgano colegiado.

4. En cuanto al *principio de interés superior del niño*[1] conviene anotar que este se encuentra reconocido por el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño y el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes. En este último artículo se señala que "toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de entidades como el Congreso, el Gobierno, la judicatura ordinaria o Poder Judicial, el Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos". Es más, la ratificación del valor de la protección y la deferencia interpretativa a favor de niños, niñas y adolecentes ha sido una constante en numerosos pronunciamientos de este mismo Tribunal Constitucional sobre el particular (por ejemplo, en STC Exp. n.° 1817-2009-HC, STC Exp. n.° 4058- 2012-PA, STC Exp. n.° 01821-2013-HC y STC Exp. n.° 4430-2012-HC).

5. Asimismo, el Comité de los Derechos del Niño ha indicado, acertadamente, que el interés superior del niño puede concebirse como un derecho, como un principio interpretativo y como una norma de procedimiento[2]. Efectivamente, ha señalado que es un concepto triple, pudiendo ser:

> "a) Un derecho: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales.
>
> 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

1 Solo por economía del lenguaje, cuando nos refiramos en adelante al "interés superior del niño" estaremos aludiendo en realidad al interés superior de la niña, el niño y los adolescentes.

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.

consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo.

c) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos."

6. De este modo, de la noción de interés superior del niño se desprende una pretensión directamente invocable y exigible, relacionada con la preferencia o prevalencia jurídica e interpretativa a favor de los intereses de las niñas, los niños y los adolescentes. Ello incluso se impone o debe imponer sobre los derechos de los adultos u otros bienes constitucionales valiosos[3].

7. En este sentido, como ha tenido ocasión de señalar recientemente este Tribunal, este principio "predispone al juzgador, *prima facie,* la obligación de brindar prevalencia a los derechos e intereses de los menores (sic), a no ser que existan razones poderosísimas y absolutamente necesarias en una sociedad democrática, que justifiquen el establecimiento de una regla de precedencia en sentido inverso" (STC Exp. N° 01665-2014-HC, f. j. 21).

8. En este mismo orden de ideas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Campo Algodonero vs. México (sentencia sobre excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas del 16 de noviembre de 2009), señaló que:

"[L]os niños y niñas tienen derechos especiales a los que corresponden deberes específicos por parte de la familia, la sociedad y el Estado. Además, su condición exige una protección especial que debe ser entendida como un derecho adicional y complementario a los demás derechos que la Conven-

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.

> ción reconoce a toda persona. La prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de la infancia y la adolescencia, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad. Asimismo, el Estado debe prestar especial atención a las necesidades y los derechos de las presuntas víctimas en consideración a su condición de niñas, como mujeres que pertenecen a un grupo en una situación vulnerable" (Cfr. fundamento 408)

9. En este sentido, resulta claro que resulta pertinente y perfectamente justificado para los niños y niñas que se propenda a la defensa y protección de sus derechos fundamentales. Esto, corno bien puede apreciarse del estudio de los presentes actuados, no se ha conseguido con las medidas adoptadas por el Ministerio Público en este caso.

10. Por lo demás, la posición que expongo en el presente fundamento guarda coherencia con otras controversias en donde se ha encontrado en juego el principio-derecho del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, escenario en donde he venido bregando por la adopción de decisiones que optimicen sus derechos. Así, por ejemplo, puedo citar mis votos en las sentencias recaídas en los Expedientes 04937- 2014-PHC y 02595-2014-PAJTC, o la sentencia recaída en el Expediente 01204- 2017-PAJTC, caso en el que, además, fui el ponente.

11. De otro lado, y además de no haberse respetado en este caso el interés superior de los niños, bien puede constatarse que, en función a los fines supuestamente buscados con la actuación fiscal cuestionada, la medida tomada no resiste un examen de proporcionalidad. Y es que, tomando en cuenta lo que se buscaba obtener, había alternativas sin duda menos gravosas que la materializada en este caso en particular.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

EXP. N.º 01587-2018-PHC/TC
LIMA
OLLANTA MOISÉS HUMALA TASSO, EN REPRESENTACIÓN DE I.H.H. Y N.S.H.H

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO MIRANDA CANALES

Con el debido respeto por la opinión vertida en la ponencia, emito el siguiente voto singular por las siguientes consideraciones:

Sobre la procedencia del habeas corpus para la tutela de los derechos invocados en el presente caso

1. La ponencia señala en los fundamentos 5 al 12 la necesidad de reconvertir el proceso de *habeas corpus,* planteando inicialmente por el recurrente a favor de las beneficiarias, por el proceso de amparo, alegando que lo que se cuestiona en puridad es la vulneración del principio del *interés superior del niño,* con el de la Providencia 204-2017 de fecha 3 de julio de 2017. Por tanto, no se trataría de una amenaza cierta e inminente de la libertad personal, tal como se afirmó en la demanda.

2. Al respecto, muestro mis reparos por las afirmaciones realizadas. En primer lugar, desde mi concepto, no se puede considerar que el acto que se pretenda cuestionar sea únicamente la disposición fiscal del 3 de julio de 2017, por el cual se realizaron indagaciones en el centro educativo de las favorecidas respecto al viaje al extranjero que realizaron. Ello, por cuanto, de ser así, el hecho presuntamente lesivo se habría tornado en irreparable antes de la fecha de interposición de la demanda (10 de julio de 2017), por lo que sería aplicable de manera directa la causal de improcedencia prevista en el artículo 5 inciso 5 del Código Procesal Constitucional.[1]

1 Artículo 5.- Causales de improcedencia
No proceden los procesos constitucionales cuando: (...) 5. A la presentación de la demanda ha cesado la amenaza o violación de un derecho constitucional o se ha convertido en irreparable.

3. Sobre este punto, soy de la opinión más bien que el acto lesivo en el presente caso no se reduce a la actuación fiscal realizada con fecha 3 de julio de 2017, sino que también incluye las acciones realizadas el 15 de enero de 2019, referidas a la comunicación realizada por el fiscal Germán Juárez Atoche al juez Richard Concepción Carhuancho sobre el nuevo viaje que iban a realizar las beneficiarias al extranjero, cuestionando la "exigua comunicación esbozada" por los padres sobre dicho viaje y relacionándola con un supuesto "riesgo de fuga" de los mismos. En ese sentido, no se trataría únicamente de un supuesto aislado, sino de actuaciones sistemáticas realizadas por el mismo sujeto emplazado contra las mismas beneficiarias, por lo que, hablaríamos de una vulneración continuada en el tiempo.

4. Por otro lado, la actuación fiscal sobre las beneficiarias menores de edad, en tanto no son parte investigada del proceso penal que se le sigue a sus padres, desde mi percepción vulneró el derecho a la integridad personal, en su dimensión de integridad psicológica. Ello se corrobora con el fundamento 28 de la ponencia, que señala que, de acuerdo a un informe psicopedagógico realizado por la institución educativa a la que asisten las niñas favorecidas, estas presentan sentimientos de culpa por la prisión impuesta a sus padres debido al viaje que realizaron al extranjero.

5. En ese sentido, soy de la opinión de que no era necesario hacer una reconversión al proceso de amparo en el presente caso, tal como se señala en la ponencia. Ello por cuanto el derecho a la integridad, en sus diversas dimensiones, directamente puede ser tutelado a través del *habeas corpus,* tal como se establece en el artículo 25 inciso 1 del Código Procesal Constitucional.

El principio del interés superior del niño

6. Si bien desde la Declaración de Ginebra de 1924 —adoptada por la Liga de las Naciones— ya se reconocía a nivel internacional que la niñez y la adolescencia requerían de una protección especial distinta a la de los adultos, fundada en la falta de madurez física y psíquica; es recién con la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 emitida por la Asamblea General de Naciones Unidas,[2] en la que se reconoce formalmente el principio del interés superior del niño.

7. Así, en su principio 2, la citada declaración internacional establece que:

2 Proclamada por la Asamblea General en su resolución 1386 (XIV), de 20 de noviembre de 1959

> El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con ese fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño.

8. Por su parte, el principio 7 señala que el interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación la que recae, en primer término, en sus padres. Sin embargo, a pesar de la importancia de la declaración, sus normas fueron consideradas meramente programáticas, carentes de eficacia y exigibilidad. Es por ello que, a nivel internacional, se decide dar un paso más en la protección de los derechos de la infancia.

9. Así, la Convención sobre los Derechos del Niño del año 1989, a diferencia del instrumento anterior, tiene carácter vinculante a partir de su ratificación por los Estados, tal como ocurre en nuestro país. En lo que respecta al principio del interés superior del niño, este se encuentra regulado expresamente en su artículo 3.1 que señala que «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».

10. Como desarrollo de dicho principio, el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas aprobó la **"Observación General No 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)".** Esta observación, de capital importancia, establece determinados criterios referidos al principio de interés superior del niño que reseñamos a continuación:

    a) Constituye uno de los cuatro principios generales de la Convención en lo que respecta a la interpretación y aplicación de todos los derechos del niño, y constituye un concepto dinámico que debe evaluarse adecuadamente en cada contexto (párrafo 1).

    b) En estricto, es un concepto triple:

        - *Un derecho sustantivo:* cuando se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general, se podrá aplicar el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en

cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida. Este derecho es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales.

- *Un principio jurídico interpretativo fundamental:* si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño.
- *Una norma de procedimiento*: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho.

c) Esta Observación General establece 3 tipos de obligaciones a los Estados parte de la Convención (párrafo 14):

- La obligación de garantizar que el interés superior del niño se integre de manera adecuada y se aplique sistemáticamente en todas las medidas de las instituciones públicas, en especial en todas las medidas de ejecución y los procedimientos administrativos y judiciales que afectan directa o indirectamente a los niños.
- La obligación de velar porque todas las decisiones judiciales y administrativas, las políticas y la legislación relacionadas con los niños dejen patente que el interés superior de estos ha sido una consideración primordial; ello incluye explicar cómo se ha examinado y evaluado el interés superior del niño, y la importancia que se le ha atribuido en la decisión.
- La obligación de garantizar que el interés del niño se ha evaluado y ha constituido una consideración primordial en las decisiones y medidas adoptadas por el sector privado, incluidos los proveedores de servicios, o cualquier otra entidad o institución privadas que tomen decisiones que conciernan o afecten a un niño.

11. A nivel interno, el principio del interés superior del niño se encuentra regulado en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, Ley 27337, así como en otras disposiciones con rango de ley e inclusive infra-

legales. Sin embargo, cabe precisar que los alcances de la referida Observación General 14 han sido recogidos en la Ley 30466, Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño, y su reglamento, aprobado por Decreto Supremo 002-2018- MIMP.

12. Por su parte, en la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional el principio del interés superior del niño ha sido tomado en consideración como parámetro de evaluación, como parte del bloque de constitucionalidad, en el análisis de casos en los que se alegó la vulneración de derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes. Ello ocurrió en las sentencias recaídas en los expedientes 00550-2008-PA/TC, 02132-2008-PA/TC, 02079-2009-PHC/TC, 04296-2009-PA/TC, 04509-2011-PA/TC, 01665-2014-PHC/TC, entre otros.

13. A partir de lo señalado se advierte la importancia que tiene el principio del interés superior del niño, no solo por su reconocimiento internacional en tratados de derechos humanos y su posterior incorporación en disposiciones normativas a nivel interno, sino por su naturaleza en tanto parámetro de evaluación para determinar la vulneración de derechos fundamentales cuyos titulares son los niños, niñas y adolescentes.

Análisis del caso concreto

14. De lo actuado en el expediente soy de la opinión que la diligencia llevada a cabo por los fiscales provinciales adjuntos Alexander Taboada Guardián y Trilce Lissete Cruz Barrientos el 3 de julio de 2017 en la institución educativa Hiram Bingham, donde asisten las beneficiarias, constituye una situación de acoso, que además pudo determinar que las niñas sean estigmatizadas dentro de su propio centro educativo por las autoridades y profesores del mismo. Asimismo, esta situación las afectó tanto en su desempeño académico como en su desarrollo emocional, de acuerdo a los reportes psicológicos con los que cuenta la institución educativa (de acuerdo al informe remitido por los directores del colegio Hiram Bingham, Silvia Vizurraga Muguruza y Derek Pringle a este Tribunal Constitucional con fecha 23 de noviembre de 2018).

15. Por su parte, el fiscal emplazado Germán Juárez Atoche, en su informe remitido a este Tribunal Constitucional mediante Oficio 271-2018-MP-FN-FSCEC-F/3ER.D.EE de fecha 7 de diciembre de 2018, afirmó entre otras cosas que la diligencia realizada se dio en razón a un posible peligro de fuga de los investigados, dado que ambos entregaron un poder amplio a doña Rosa Elena Heredia Mendoza para que pudiese viajar con las beneficiarias fuera del país, incluso en época escolar. Por tanto, la hipótesis era que, luego del viaje del extranjero de las

hijas, los padres podrían seguirlas, abandonando el país. Ante ello, la diligencia ordenada era la entrevista a los directores del centro educativo, la que además debía desarrollarse de manera reservada, en el área administrativa, para no afectar a las menores de edad. El emplazado asegura en ese sentido que los mismos procesados Humala Heredia son los responsables de que dicho acto de investigación haya sido hecho público, afectando a las menores beneficiarias.

16. Personalmente no comparto la defensa esgrimida por la autoridad demandada, básicamente por lo siguiente:

    a) De acuerdo al texto de la Providencia 204-2017 del 3 de julio de 2017 (cuya copia certificada obra en el cuadernillo del Tribunal Constitucional) se señala que la entrevista con los directores de la institución educativa de las favorecidas constituye una diligencia importante para "(...) *observar el arraigo familiar de los procesados en este país",* sin realizar mayor justificación al respecto, y sin analizar la posibilidad de recurrir a otras medidas alternativas que permitan a la fiscalía obtener información para determinar el riesgo de fuga y, a su vez, sean menos gravosas para los derechos de las favorecidas, evitando su estigmatización (por ejemplo, solicitando información vía telefónica). En ese sentido, la diligencia realizada no supera el subprincipio de necesidad, dentro del test de proporcionalidad.

    Adicionalmente, cabe precisar que el hijo menor de los investigados, S.H.H., se encontraba en el país y asistía normalmente a la institución educativa Hiram Bingham, lo que también tenía que ser analizado a fin de determinar el arraigo de los procesados en el país.

    b) De otro lado, la vulneración de los derechos fundamentales de las favorecidas no se produjo única y exclusivamente por la exposición pública del caso, sino porque a partir de la actuación fiscal realizada presentan sentimientos de culpa por el viaje que realizaron al extranjero, ya que lo relacionan con la situación jurídica de sus progenitores, quienes vienen siendo investigados por delito de lavado de activos y otros bajo comparecencia restringida (fundamento 28 de la ponencia). Se advierte entonces una vulneración del derecho a la integridad psicológica, que vuelve a manifestarse con las nuevas indagaciones sobre un futuro viaje de las favorecidas al extranjero, y que fueron comunicadas a este Tribunal mediante escrito de fecha 22 de enero de 2019.

    Asimismo, tal como se ha señalado en el informe de la institución educativa, este sentimiento de culpa se ha visto reflejado en el desempeño escolar

de las niñas, lo que sin duda no fue evaluado por el fiscal emplazado al momento de adoptar dicho acto de investigación. De esta manera, se acredita la vulneración del principio del interés superior del niño.

A partir de lo expuesto, mi voto es por lo siguiente:

1. Declarar **FUNDADA EN PARTE** la demanda de *habeas corpus* por la vulneración del derecho a la integridad personal y del interés superior del niño y, por ende, **NULA** la Providencia 204 del 3 de julio de 2017.
2. **ORDENAR** el cese de los actos violatorios contra las beneficiarias por parte del emplazado.
3. **EXHORTAR** a las autoridades fiscales y judiciales a fin de que, en el futuro, de encontrarse en iguales escenarios al descrito en el presente caso, tomen en especial consideración el interés superior del niño.
4. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda en los demás extremos.

S.

MIRANDA CANALES

EXP. N.º 01587-2018-PHC/TC
LIMA
OLLANTA MOISÉS HUMALA TASSO, EN REPRESENTACIÓN DE I.H.H. Y N.S.H.H

VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

Cada fiscal goza de la garantía de autonomía, independientemente del nivel o grado que ocupa

En el presente caso, no existen razones que justifiquen declarar fundada la demanda contra la Segunda Fiscalía Supranacional Corporativa Especializada en Investigación de Lavado de Activos y Pérdida de Dominio. Sólo basta revisar la decisión fiscal que se cuestiona para darse cuenta que el fiscal emplazado adoptó las medidas necesarias de reserva para no vulnerar los derechos de las hijas de los investigados y si es que hubo publicidad de dicho acto fue por decisión de tales investigados y no del fiscal.

Además no estoy de acuerdo en lo que podría representar una especie de intervención en la autonomía fiscal. La justicia constitucional no tiene competencia para indicarle a los fiscales qué diligencias deben hacer o cómo deben hacer la verificación del arraigo familiar de los investigados de un delito. En su sentencia, la mayoría del TC considera que era arbitrario que los fiscales vayan al colegio de las hijas de los investigados, pues consideran que más bien debieron: "recabar información por medios electrónicos o telefónicos o mediante oficios" (fundamento 23).

Aunque la lectura del artículo 158 de la Constitución ha sido con frecuencia referida a destacar la autonomía del Ministerio Público como institución en su conjunto, es poco o nula la referencia hecha sobre la autonomía de cada fiscal, independientemente del nivel o grado que ocupa. La Constitución también le reconoce dicha autonomía a cada uno de los fiscales del Ministerio Público.

Darle la importancia debida a la autonomía fiscal resulta vital actualmente en la medida que, como es de público conocimiento, la sociedad peruana viene afrontando inéditos casos sobre delitos de corrupción y seguridad ciudadana, entre otros. Ello exige del Estado de Derecho, dotar al Poder Judicial, Ministerio Público y Policía Nacional

de los recursos y garantías para la mejor realización de su trabajo, la misma que, claro está, debe desarrollarse en el marco de la Constitución y la ley.

Cabe recordar que conforme lo establece el artículo 159 de la Constitución, el Ministerio Público y cada uno de los fiscales que lo integran no sólo se encargan de la investigación del delito (inciso 4) o de ejercitar la acción penal (inciso 5), sino también de la defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el derecho (inciso 1) y representar en los procesos judiciales a la sociedad (inciso 3), de modo que no se trata de cualquier funcionario público sino de funcionarios públicos que tienen la función especial de defensa de los intereses públicos y de la sociedad.

Argumento 1: el fiscal emplazado no vulneró los derechos de las menores pues **ordenó que la diligencia sea realizada "con la reserva del caso"**

1. En su demanda, el accionante refiere que "el fiscal emplazado viene impulsando actos ilegales que amenazan y vulneran los derechos constitucionales conexos al de la libertad individual [de sus menores hijas], tales como su derecho a la educación y a la libertad de enseñanza... a la intimidad... a un adecuado desarrollo mental, moral y social, a la tranquilidad emocional... a su integridad moral y libre desarrollo y bienestar... a participar de la vida cultural.. y en general, a la protección a la que gozan por el principio de interés superior del niño". (fojas 2)

2. A fojas 63 del expediente de autos aparece la impugnada Providencia 204-2017, de fecha 3 de julio de 2017, expedida por la Segunda Fiscalía Supranacional Corporativa Especializada en Investigación de Lavado de Activos y Pérdida de Dominio, a cargo del Fiscal Germán Juárez Atoche. En dicho documento se expresa lo siguiente:

> DADO CUENTA: El escrito presentado por la procesada Antonia Alarcón Cubas en el cual comunica que por cuestiones de carácter personal se ausentará del país por un espacio temporal de siete días y estando a que a través de los medios de prensa esta Fiscalía ha tenido conocimiento que la procesada en mención viajó con sus menores nietas (hijas de los procesados Ollanta Humala Tasso y Nadine Heredia Alarcón); lo que ha sido puesto en conocimiento de este Despacho. En este sentido, siendo importante observar el arraigo familiar de los procesados en este país, CONSTITÚYASE en el día de los Fiscales Adjuntos Provinciales (…) a las instalaciones de la Institución Educativa (…), (donde estudia dichas menores), con el objeto de conocerse si a la fecha existe algún evento académico vinculado a dicho colegio que haya conllevado a que las menores salieran del país y si

> la ausencia de las menores menores han sido justificadas formalmente. Para dicho efecto OFÍCIESE a la institución en mención, solicitándose además que **dicha diligencia sea realizada con la reserva del caso, a fin de que no se vea afectado el ámbito académico de las menores en referencia (...).** [resaltado agregado]

3. A fojas 64 aparece el acta fiscal de la diligencia realizada el mismo día. En el mencionado documento aparece que la reunión se realizó únicamente entre los dos fiscales comisionados y dos directores del colegio.

4. La mayoría del Tribunal Constitucional, resolviendo el presente hábeas corpus, afirma que "el fiscal emplazado debió valorar otras medidas -como recabar la información por medios electrónicos o telefónicos o mediante oficio, por ejemplo-, que siendo incluso más adecuadas para recabar la información de manera más célere... no interferían ni ponían en riesgo el interés superior de las niñas" (fundamento 23) y además que "en vista de que en el caso de autos se ha acreditado que la autoridad fiscal emplazada no tomó en cuenta el interés superior de las niñas en el marco de la diligencia fiscal llevada a cabo el 3 de julio de 2017, corresponde estimar la demanda en este extremo" (fundamento 26).

5. Sobre el particular, de una simple revisión de la decisión fiscal impugnada en el presente hábeas corpus y del acta de la diligencia al colegio, se verifica que no existe ninguna actuación que vulnere los derechos de las menores favorecidas. Queda clara la decisión fiscal de proteger el ámbito académico de las menores y que la diligencia sea realizada "con la reserva del caso" -lo que efectivamente se cumplió-, pero queda claro también que para acreditar el *arraigo familiar* de unos padres procesados la fiscalía tiene la competencia de realizar la diligencias que estime necesarias para tal fin, cuidando siempre que tal competencia no sea usada de modo irrazonable y desproporcionado, situación que como hemos podido apreciar no ha ocurrido en este caso.

Argumento 2: cada fiscal goza de autonomía en el ejercicio de sus funciones

6. El artículo 158 de la Constitución establece la autonomía del Ministerio Público en los siguientes términos:

> El Ministerio Público es autónomo. El Fiscal de la Nación lo preside (...) Los miembros del Ministerio Público tienen los mismos derechos y prerrogativas y están sujetos a las mismas obligaciones que los del Poder Judicial en la categoría respectiva. Les afectan las mismas incompatibilidades (...).

7. Como se aprecia, además de la autonomía institucional, se resalta que a los miembros del Ministerio Público, sin hacer distinción de su jerarquía, gozan de autonomía en el ejercicio de sus funciones.

8. Así lo ha resaltado también el Tribunal Constitucional en la sentencia del Expediente 06204-2006-PHC/TC, fundamento 14: "los fiscales, individualmente considerados y cual quiera que sea su categoría dentro de la estructura organizativa del Ministerio Público gozan de autonomía externa, es decir, en relación con los demás poderes y órganos constitucionales del Estado. Pero también es necesario que se reconozca su autonomía interna, lo cual implica que las funciones que desempeñan conforme a Derecho, han de realizarse dentro de un marco exento de intervenciones ilegítimas de parte de otros funcionarios o particulares, e incluso de fiscales de mayor jerarquía".

9. Con la vigente Constitución de 1993, se ha producido un cambio del marco normativo básico en cuanto a las atribuciones del Ministerio Público. Así, se ha sostenido que "como consecuencia de la normativa constitucional, las funciones y atribuciones del Ministerio Público en general y del Fiscal Provincial en lo Penal en particular, han evolucionado desde una intervención puramente pasiva, limitada a emitir dictámenes ilustrativos previos a las resoluciones judiciales, pasando por la supervigilar la investigación del delito desde la etapa policial, que le asignó la Constitución de 1979, hasta la de conducir la investigación del delito con plenitud de iniciativa y autonomía, que le impone la Constitución vigente".[1]

10. Pero la autonomía fiscal no sólo es mencionada expresamente por el aludido artículo 158 de la Constitución, sino que además se desprende de cada una de las atribuciones establecidas en el artículo 159 de la Constitución. En efecto, cuando la Constitución establece, por ejemplo, las atribuciones de "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" (inciso 1), "representar en los procesos judiciales a la sociedad" (inciso 3), "conducir desde su inicio la investigación del delito (…)" (inciso 4), y "ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte" (inciso 5), obviamente está reconociendo implícitamente que dichas atribuciones sólo podrían ser ejercidas por cada fiscal y no institucionalmente por el Ministerio Público.

1 CUBAS VILLANUEVA, Víctor. "Comentarios al artículo 159 de la Constitución". En: *comentada. Tomo III,* Lima, gaceta Jurídica, 2a ed. 2013, pp. 483-484.

11. Por ello, si bien cada fiscal del Ministerio Público goza de autonomía en el desarrollo de funciones tales como la defensa de los intereses públicos y de la sociedad, debe tener siempre en consideración que estas funciones tienen que estar orientadas por el respeto de los principios de legalidad, igualdad, interdicción de la arbitrariedad y proporcionalidad cuando se trate de la aplicación de medidas que intervengan en los derechos fundamentales.

S.
LEDESMA NARVÁEZ

EXP. N.º 01587-2018-PHC/TC
LIMA
OLLANTA MOISÉS HUMALA TASSO, EN REPRESENTACIÓN DE I.H.H. Y N.S.H.H

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Discrepo de los fundamentos y fallo emitidos por mis colegas en la sentencia recaída en el Expediente 01587-2018-PHC/TC, principalmente, por lo siguiente:

La sentencia en mayoría soslaya las afirmaciones del Ministerio Público, en el sentido de que no fue él quien dio a conocer públicamente la diligencia que desarrollaría en el colegio de las menores beneficiarias.

Según el Ministerio Público, en efecto, él tomó todas las precauciones que estaban a su alcance para que dicha diligencia fuera realizada con la reserva del caso, para no perturbar de manera algunas a dichas menores.

Así, en la comunicación que le dirigió al Director del Colegio Hiram Bingham le expresó la necesidad de que la diligencia no perturbara las labores del plantel, ni a las menores. Allí puede leerse lo siguiente:

> SOLICITANDOSE además que la diligencia que se menciona sea realizada *con la reserva del caso,* a fin de que no se vea afectado el ámbito académico de las menores en mención [*énfasis* añadido].

Lamentablemente, fueron los padres de las menores —a decir del Ministerio Público— quienes hicieron público que se llevaría a cabo esta diligencia. Fue la madre, específicamente, quien publicó ello en las redes sociales.

Ciertamente, la Defensoría del Pueblo investigó lo ocurrido, dándole respuesta al abogado de las beneficiarias sobre los hechos imputados al Ministerio Público. La Defensoría concluyó que:

> En este caso concreto no se advierte que la actuación fiscal haya lesionado algún derecho vinculado a los menores de edad, puesto que *no pretendía ser de carácter público sino estrictamente reservada* [*énfasis* añadido].

Mal hace, pues, la sentencia en achacarle al Ministerio Público lo que fue responsabilidad de los padres de las menores beneficiarias. Fueron ellos quienes no pensaron en el interés superior de sus hijas y las expusieron a una publicidad innecesaria.

Por tanto, la presente demanda debe ser declarada **INFUNDADA.**

S.

SARDÓN DE TABOADA

EXP. N.º 01470-2016-PHC/TC
AREQUIPA
JAVIER VELÁSQUEZ RAMÍREZ

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 12 dias del mes de febrero de 2019, el Pleno del Tribunal Constitucional, con la asistencia de los señores magistrados Blume Fortini, Miranda Canales, Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento del magistrado Ferrero Costa, aprobado en la sesión del pleno de fecha 5 de setiembre de 2017. Asimismo se agregan los fundamentos de voto de los magistrados Blume Fortini y Espinosa-Saldaña Barrera y el voto singular de los magistrados Sardón de Taboada y Ferrero Costa, que. Se deja constancia de que el Magistrado Ramos Núñez votará en fecha posterior.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Javier Velásquez Ramírez contra la sentencia de fojas 65, de fecha 09 de febrero de 2016, expedida por la Sala Mixta de Vacaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Demanda

Con fecha 29 de diciembre de 2015, el recurrente interpone demanda de *habeas corpus* contra la gobernadora regional del Arequipa, el gerente regional de Arequipa, el administrador del Centro de Apoyo Alimentario de la Región Arequipa, el procurador público encargado de los asuntos judiciales del Gobierno Regional de Arequipa, el presidente del Directorio de la Beneficencia Pública de Arequipa y el Procurador público encargado de la defensa de los asuntos judiciales de la Beneficencia Pública de Arequipa. Solicita que los demandados cumplan con permitir que el Centro de Apoyo Nutricional de Arequipa siga funcionando sin ninguna interrupción con todo su personal, su presupuesto, maquinarias y utensilios. El recurrente afirma que el inmi-

nente cierre del referido centro representa un atentado a sus derechos fundamentales a la vida, la tranquilidad, la paz social, salud y bienestar social.

Sentencia de primera instancia o grado

El Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, con fecha 29 de diciembre de 2015, rechazó liminarmente la demanda declarándola improcedente por considerar que los hechos y el petitorio no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado. En efecto, el juzgado sostiene que la amenaza o peligro de amenaza a los derechos invocados por el accionante —la vida, la paz, la tranquilidad y el bienestar social— no redunda en una afectación directa o concreta del derecho a la libertad del accionante o de otros comensales.

Resolución de segunda instancia o grado

La Sala Mixta de Vacaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, con fecha 9 de febrero de 2016, confirmó la resolución apelada por considerar que las acciones que ejercieron los demandados no generan un agravio directo en el derecho a la libertad personal. Agrega que los hechos alegados no suponen uña privación de la libertad física o locomotora, sino que tales hechos tienen relación con que dicho Centro de Apoyo Nutricional sería cerrado por cuestiones legales, contractuales, laborales y socio-políticas entre la Beneficencia Pública y el Ministerio de Salud; además, el recurrente no indica de qué manera el cierre del referido Centro afectaría los derechos que invoca como conectados con la libertad.

A través del escrito de fecha 29 de febrero de 2016 (fojas 78), se interpone recurso de agravio constitucional en el que se alega que el auto de vista causa agravio en la medida en que no toma en consideración que los favorecidos, por no contar con los medios económicos suficientes, están condenados a morir de inanición.

FUNDAMENTOS

Petitorio

1. El objeto de la demanda es que el Centro de Apoyo Nutricional de Arequipa siga funcionando sin ninguna interrupción ni clausura, tal y corno viene haciéndolo, conservando para tal fin a todo su personal, presupuesto, maquinarias y utensilios.

Hechos del caso concreto

2. El recurrente sostiene que al Centro de Apoyo Nutricional de Arequipa, ubicado en la segunda cuadra de la Calle Don Bosco, diariamente acuden unas 400 a

500 personas entre hombres, mujeres, niños, personas de la tercera edad, trabajadores jóvenes y hasta universitarios, todos ellos con bajos recursos económicos. Dicho establecimiento viene funcionando más de 50 años, sin embargo, existe el peligro inminente de que dicho Centro sea cerrado definitivamente al estar por culminar la concesión por el local otorgada por el Ministerio de Salud a favor de la Beneficencia Pública de Arequipa el día 31 de diciembre de 2015.

Sobre el objeto de protección y naturaleza de los procesos de *habeas corpus* y amparo

3. El *habeas corpus* es el proceso que se promueve con el objeto de solicitar del órgano jurisdiccional la salvaguarda de la libertad corpórea, seguridad personal, integridad física, psíquica y moral, así como los demás derechos conexos. Pero también protege a la persona contra cualquier autoridad que, ejerciendo funciones jurisdiccionales, adopta resoluciones violando la tutela procesal efectiva y, consecuentemente, lesiona la libertad individual. Asimismo, el proceso de *habeas corpus* responde a dos características esenciales: brevedad y eficacia. En ese sentido, lo que se pretende con este remedio procesal es que se restituya el derecho y cese la amenaza o violación en el menor tiempo posible, debido a la naturaleza fundamental del derecho a la libertad individual.

4. El proceso de amparo se configura como un proceso autónomo que tiene como finalidad esencial la protección de los derechos fundamentales frente a violaciones actuales o a amenazas (ciertas e inminentes) de su transgresión y que no son objeto de protección mediante los procesos de *habeas corpus* u *habeas data*. De esta forma, convierte el alto significado de los derechos fundamentales en algo efectivo de hecho, abriendo la puerta para una protección formal y material de estos, permitiendo al Tribunal Constitucional cumplir con la función de supremo intérprete de los derechos fundamentales.

La reconversión del proceso de *habeas corpus* a amparo

5. Al respecto, cabe mencionar que uno de los principios que sustentan la excepcional figura de la reconversión es el de adecuación de las formalidades al logro de los fines de los procesos constitucionales. En concreto, 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.

6. 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 al derecho a la alimentación adecuada, derecho reconocido por el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ratificado por el Perú mediante el Decreto Ley 22129. Por lo tanto, estamos ante una pretensión que, en puridad, debería abordarse mediante el proceso de amparo, siempre y cuando cumpla con las reglas establecidas por el mismo Tribunal para la reconversión de procesos.

7. Conforme este Tribunal Constitucional lo ha establecido en la sentencia recaída en el Expediente 05761-2009-PHC/TC, fundamento 27, 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; y) 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.

8. 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 29 de diciembre de 2015. En lo concerniente al requisito de la observancia del plazo de prescripción, en tanto en el caso *sub examine* la afectación consiste en una amenaza, ella se proyecta en el tiempo y, por tanto, no corresponde aplicar el plazo de prescripción de la demanda. De otro lado, en la medida en que la demanda ha sido interpuesta por el propio accionante, tampoco existe cuestionamiento respecto de su legitimidad para obrar. De igual modo, no existe variación del petitorio o fundamentación fáctica del caso.

9. En cuanto a la irreparabilidad del derecho o a la urgencia del caso, cabe precisar que en el caso concreto se cumplen estas dos condiciones. En efecto, la afectación al derecho a la alimentación adecuada de las personas beneficiarias del Centro de Apoyo Nutricional de Arequipa sería irreparable de privárseles de los medios mínimos para acceder a una alimentación que les permita mínimamente garantizar su subsistencia. Asimismo, la tutela es apremiante, pues, de resultar cierta la afectación alegada por los recurrentes, se estaría generando un daño irreparable a los beneficiarios del Centro de Apoyo Nutricional de Arequipa.

10. En lo referente a la preservación del derecho de defensa de los demandados, en el cuaderno del Tribunal Constitucional aparecen documentos que dan cuenta de los argumentos de defensa de los emplazados.

11. En el caso concreto, entonces, existen razones suficientes que justifican la reconversión del proceso de *habeas corpus* a uno de amparo, pues se han cumplido las condiciones antes señaladas, lo que habilita a este Tribunal a entrar al fondo del asunto para verificar si existe una amenaza o violación del derecho a la alimentación adecuada.

El derecho fundamental a la alimentación como parte del derecho interno peruano

12. Este Tribunal Constitucional considera que el derecho a una alimentación adecuada es un derecho que no solamente tiene reconocimiento a nivel de los tratados internacionales sobre derechos humanos, sino que además tiene reconocimiento y vigencia en el ordenamiento jurídico peruano en tanto los tratados que los reconocen han sido aprobados e incorporados como derecho interno. En efecto, el artículo 25 inciso 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en 1948, aprobada por el Perú mediante Resolución Legislativa 13282 en 1959, establece lo siguiente:

> Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

13. La República del Perú también es parte del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado en el marco de la Organización de Naciones Unidas (ONU) en 1966, y aprobado por el Perú mediante Decreto Ley 22129 en 1978, cuyo documento de adhesión de fecha 12 de abril de 1978 fue aceptado como ratificación por las Naciones Unidas por ser el Perú signatario. Dicho Pacto en su artículo 11, inciso 1, establece:

> Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado, para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua en las condiciones de existencia. Los Estados partes tomarán medidas apropiadas para

importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.

14. Por su parte, nuestra Constitución establece en su artículo 55 que los tratados celebrados por Perú "forman parte del derecho nacional". Asimismo, en su cuarta disposición final y transitoria, la Constitución estipula que las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú. Por tanto, es la propia Constitución, entonces, la que establece que los tratados internacionales son fuente de derecho en el ordenamiento jurídico peruano y criterios válidos para interpretarla (cfr. sentencia emitida en el Expediente 00047- 2004-AI/TC, fundamento 21).

15. El derecho a la alimentación es, como se desprende de los anteriores considerandos, un derecho existente en ordenamiento jurídico peruano, siendo necesario que este Tribunal Constitucional proceda a identificar su estructura como derecho social, así como delinear el contenido constitucionalmente protegido de este.

Los derechos sociales como derechos fundamentales

La doble dimensión y el doble carácter de los derechos fundamentales

16. Los derechos fundamentales tienen una doble dimensión, en el sentido de poseer tanto una dimensión subjetiva o referida a los sujetos titulares de estos, así como una dimensión objetiva o referida a los bienes o institutos jurídicos constitucionales que constituyen su contenido con independencia de sujetos titulares. En ese sentido, "lo subjetivo" hace referencia al "sujeto" titular, mientras que "lo objetivo" hace referencia al "objeto" de protección. Con ello, los derechos fundamentales son, al mismo tiempo, garantías subjetivas y garantías institucionales. Los derechos fundamentales, como garantías subjetivas, protegen posiciones jurídicas de derecho subjetivo, es decir, protegen al titular de determinadas situaciones jurídicas reconocidas por la Constitución; así, por ejemplo, el derecho a la libertad de expresión, el derecho a la libertad de cátedra, etc. Los derechos fundamentales, corno garantías institucionales, protegen determinados contenidos objetivos reconocidos en la Constitución, los que constituyen elementos básicos del modelo de Estado de derecho, excluyéndolos del ámbito de disposición del legislador y de otros poderes públicos; así, por ejemplo, la libertad de cátedra, la libertad como instituto, etc.

Derechos a acciones positivas por parte del Estado

17. Los derechos fundamentales, en su dimensión subjetiva, son situaciones jurídicas de derecho subjetivo que tienen por objeto la garantía de bienes jurídicos constitucionales derivados de la dignidad humana. En ese sentido, los derechos fundamentales, como derechos subjetivos, son derechos a algo. Ese "algo" puede ser un dar, un hacer o un no hacer. Tradicionalmente se ha definido a los derechos fundamentales como prerrogativas de las personas ante el Estado a fin de que este no interfiera en sus esferas de libertad individual. Esta posición es defendida por la teoría liberal de los derechos fundamentales[1]. Sin embargo, al tener los derechos fundamentales una estructura de derechos subjetivos, no solamente podríamos hablar de derechos a omisiones o abstenciones, sino que además es posible hablar de derechos a acciones positivas. En ese sentido, los derechos fundamentales, además de poseer una doble dimensión, tienen un doble carácter, ya que no solo se limitan a derechos de abstención, sino que además abarcan, estructuralmente, a los derechos a acciones positivas[2].

18. Ahora bien, la pregunta que surge en este extremo consiste en ¿quién es el destinatario de los derechos fundamentales a acciones positivas? En primera línea el destinatario de dichas acciones es el Estado. Al ser este quien reconoce tiene como finalidad suprema la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad. En efecto, la gran mayoría de Constituciones reconoce a la dignidad humana como el fin supremo y concepto legitimador del Estado, por lo que es este quien en primera línea debe garantizar su protección y desarrollo. Ciertamente, la sociedad en su conjunto también es destinataria de las acciones y abstenciones que los derechos fundamentales instituyen, por lo que es siempre posible hablar del respeto intersubjetivo de espacios de libertad y deberes intersubjetivos de solidaridad social. En este caso se verificará el deber del Estado a realizar prestaciones positivas a favor de los titulares de derechos fundamentales.

19. Los derechos a acciones positivas por parte del Estado consisten precisamente en realizar acciones fácticas o normativas a efectos de dar cumplimiento a la obligación correlativa derivada del derecho subjetivo que ostentan los particulares. Dichas acciones positivas responden a tres tipos de derechos: derecho a protec-

1 Cfr., Carl Schmitt, Teoría de la Constitución, lra. ed., Alianza, Madrid 1982, pág. 169 y s; Ernst Forsthoff, El Estado de la sociedad industrial, IEP, Madrid 1975, pág. 249 y ss.

2 Cfr., Victor Abramovich y Christian Courtis, Los derechos sociales como derechos exigibles, Trotta, Madrid 2002, págs. 21 y ss; Rodolfo Arango, El concepto de los derechos sociales fundamentales, 1 ra. ed., Legis, Bogotá 2005, págs. 37 y ss.

ción, derecho a la organización y procedimiento y derecho a acciones positivas en sentido estricto o derechos sociales fundamentales[3].

a) ***Derecho a protección***

Son derechos que ostentan los privados ante el Estado a fin de de que este les proteja de la intervención de terceros. El Estado, en ese sentido, está obligado a desarrollar políticas fácticas y normativas para impedir o minimizar la afectación de los ámbitos de libertad de las personas por parte de otros particulares. Ello justifica, por ejemplo, la necesidad de que el Estado emita normas en materia penal, civil, tributaria, administrativa, etc., así como cree entes reguladores de servicios públicos.

A nivel de su interpretación, los derechos de protección se enfrentan al problema de su inevitable colisión con otras posiciones jurídicas. En efecto, mientras que, por ejemplo, el Estado protege al consumidor respecto a algunas prácticas de las empresas, de otro lado se está afectando el derecho a la libertad de empresa. La solución interpretativa a dicha relación de tensión radica en la determinación de un punto de equilibrio entre ambas situaciones jurídicas por medio del principio de proporcionalidad en sentido amplio.

b) ***Derecho a la organización y procedimiento***

Derechos que buscan, mediante la organización de un sistema y la implementación de un procedimiento, efectivizar los derechos fundamentales. El Estado debe poner a disposición de los titulares de derechos fundamentales una organización que permita atender sus requerimientos de acción estatal (fáctica o jurídica), así como un procedimiento para hacer efectivos dichos requerimientos. El titular del deber correlativo a este derecho es el legislador, quien deberá estructurar organizaciones a efectos de brindar realizar la obligación de dar o hacer del Estado, así como el procedimiento que los titulares del derecho deben cumplir para acceder a dichas prestaciones. Se refiere entonces "al aseguramiento de los derechos fundamentales por medio de la organización y el procedimiento".[4] Este tipo de derechos a acciones positivas del Estado es entendido en la doctrina corno un *status activus processualis,* pues confiere a su titular la capacidad de exigir al Es-

3 Robert Alexy, Teoría de los derechos fundamentales, CEPC, Madrid 2007, págs. 391 y ss.

4 Konrad Hesse, Bestand und Bedeutung der Grundrechte-sicherung durch Organization und Verfahren", en: NJW (1982), pág. 2.

tado instituya organismos y procedimientos para hacer valer sus derechos fundamentales.[5]

c) ***Derecho a acciones positivas en sentido estricto o derechos sociales fundamentales***

Son posiciones jurídicas subjetivas de derecho fundamental que confieren a su titular la capacidad de exigir al Estado una prestación positiva (fáctica o jurídica) en su favor. En ese sentido, el titular tiene la capacidad de exigir judicialmente la efectivización de dicha prestación positiva. Por ejemplo, el titular del derecho a la pensión tiene la capacidad de exigir al Estado, una vez cumplidos los requisitos formales de ley, le provea de una asignación dineraria; correlativamente el Estado tiene la obligación jurídica de brindar dicho derecho.

Los derechos sociales fundamentales pueden ser entendidos como derechos explícitamente reconocidos por el ordenamiento positivo o como derechos adscritos a la Constitución interpretativamente. El reconocimiento positivo de los derechos sociales implica el haber incorporado en el catalogo de derechos fundamentales reconocidos a los derechos sociales, o haber suscrito pactos internacionales sobre derechos económicos y sociales que justifiquen su incorporación al ordenamiento positivo interno. El reconocimiento interpretativo de los derechos sociales ocurre cuando estos no han sido reconocidos explícitamente en el ordenamiento positivo y no pueden ser válidamente deducidos a partir de los tratados internacionales suscritos por el Estado. En ese sentido, son los órganos de interpretación constitucional los que deben construir interpretativamente a partir de la dignidad humana y las condiciones fácticas de la realidad social nuevos derechos.

20. Los derechos sociales fundamentales tienen una estructura normativa de derecho subjetivo, en ese sentido contienen una relación de correspondencia entre un titular y un destinatario respecto a una determinada acción. En ese sentido, los derechos sociales fundamentales facultan a su titular a exigir una determinada prestación por parte del destinatario del mandato, correlativamente, el destinatario del mandato tiene una obligación jurídica de cumplir con la prestación.

21. Reconstruir una estructura de derecho subjetivo para los derechos sociales fundamentales y justificar su vinculatoriedad ya sea como prerrogativas o como

5 Peter Häberle, Grundrechte im Leistungsstaat, en: VVDStRL 30 (1972), pág. 43-141 (86).

obligaciones jurídicas no es complicado, los problemas centrales de los derechos sociales se encuentran a nivel de su efectivización por parte del destinatario de estos. En efecto, la realización del mandato de deber ser de estos derechos está sujeto a cuestiones presupuestales y de política pública. Sin embargo, ¿es posible a partir de estas circunstancias fácticas justificar la no concretización de los derechos sociales fundamentales?

La efectivización de los derechos sociales fundamentales

Los derechos sociales fundamentales como obligaciones concretas del Estado

22. Los derechos sociales fundamentales, en tanto posiciones jurídicas subjetivas a acciones positivas por parte del Estado, representan obligaciones concretas para este respecto a los titulares de estos. En ese sentido, la problemática respecto a los derechos sociales fundamentales no gira en torno a si estos son derechos fundamentales vinculantes, sino respecto a la forma en que estos han de ser cumplidos por el Estado.

23. En efecto, tal y como este Tribunal Constitucional ha expresado en la sentencia recaída en el Expediente 0008-2003-A1/TC, fundamento 12, "el Estado peruano, definido por la Constitución de 1993, presenta las características básicas de un Estado social y democrático de derecho, y en cuya configuración adquieren relieve dos aspectos básicos: la existencia de condiciones materiales mínimas para alcanzar sus presupuestos, y la identificación del Estado con los fines de su contenido social". Asimismo, ha dejado sentado que estas condiciones materiales mínimas, "buscan garantizar la igualdad de oportunidades en todo nivel social, así como neutralizar las situaciones discriminatorias y violatorias de la dignidad del hombre; por ello, el logro de estas condiciones materiales mínimas de existencia requiere la intervención del Estado y de la sociedad en conjunto" (sentencias emitida en los Expedientes 02945-2003-AA/TC, fundamento 9 y 02016-2004-AA/TC, fundamento 8).

24. En ese sentido, los derechos sociales fundamentales no son meras normas programáticas de *eficacia mediata,* como tradicionalmente se ha señalado para diferenciarlos de los denominados derechos civiles y políticos de *eficacia inmediata,* pues justamente su mínima satisfacción representa una garantía indispensable para el goce de los derechos civiles y políticos (sentencias emitidas en los Expedientes 02945-2003-AA/TC, fundamento 11 y 02016-2004-AA/TC, fundamento 10).

La realización o cumplimiento de los derechos sociales

25. Si bien es cierto que la realización o cumplimiento de los derechos sociales fundamentales implica que el Estado implemente políticas públicas que representan el gasto de recursos públicos, ello no es un argumento suficiente como para hacer depender la realización de los derechos fundamentales de cuestiones presupuestales. En efecto, tal dependencia desnaturalizaría el mandato de deber ser de los derechos sociales fundamentales, reduciéndolos nuevamente a meros ideales programáticos sin fuerza vinculante para el Estado.

26. Sin embargo, es innegable que la ejecución inmediata y total de los mandatos prescritos por los derechos sociales fundamentales tornaría impracticable todo tipo de política de ejecución y planeamiento presupuestal para el Estado. Por tanto, es necesario tener en cuenta tanto el carácter vinculante de los derechos sociales, así como el carácter progresivo estos, a fin de no caer ni en la idealización de un cumplimiento absoluto ni en la trivialización pragmática de su mandato de deber ser.

27. Cumplir tanto con el carácter vinculante de los derechos sociales fundamentales, así corno con las restricciones pragmáticas que su implementación implica, es necesario diseñar una estructura de cumplimiento progresivo o escalonado que parta desde una obligación mínima vinculante para el Estado hacia distintos umbrales de cumplimiento progresivo sujetos a las condiciones presupuestales del Estado. Garantizar niveles mínimos de cumplimiento en materia social permite asegurar las precondiciones necesarias para el desarrollo de los individuos en condiciones de igualdad. Así, se ha sostenido que "los derechos [sociales] surgen de la exigencia de que una sociedad basada en el derecho debe tratar con igual importancia las vidas de cada ser individual"[6]. Esta estructura se ordena en función de umbrales de realización o cumplimiento del mandato de deber ser de los derechos sociales fundamentales para el Estado.

Primer umbral: la obligación esencial mínima del Estado

Este primer umbral de realización o cumplimiento corporiza una obligación del Estado ante los ciudadanos respecto a garantizar la realización mínima del contenido de los derechos sociales fundamentales. Ciertamente,

6 David Bilchitz, Poverty and Fundamental Rights. The Justification and Enforcement of Socio-Economic Rights, Oxford University Press, Oxford 2007, pág. 4. Dicho autor ha desarrollado un esquema de efectivización progresiva de dos umbrales para los derechos económico-sociales basado en el grado de urgencia de las prestaciones que el Estado está obligado a brindar a los ciudadanos. Cfr., ibídem, págs. 183 y ss.

dicha obligación ha sido reconocida por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU en la observación General N° 3 del año 1990 como una de las obligaciones a ser cumplidas por los Estados parte en el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Para el Comité, una obligación esencial mínima es aquella que garantiza "la satisfacción de, cuando menos, niveles esenciales mínimos de cada uno de los derechos, es de incumbencia de los Estados parte"[7]. La satisfacción de tal obligación esencial mínima representa, por tanto, el contenido vinculante que el Estado solo en circunstancias especialmente justificadas está en posición de incumplir. En efecto, el propio comité prevé esta situación cuando afirma que "a fin de que un Estado parte sea capaz de justificar su fallo en satisfacer sus obligaciones mínimas esenciales con base en la falta de recursos a disposición, se debe demostrar que cada esfuerzo que ha sido hecho ha estado dirigido a usar todos los recursos que están a su disposición a fin de satisfacer, como una cuestión de prioridad, dichas obligaciones mínimas"[8]. Por lo tanto, la obligación esencial mínima viene a ser la razón justificante del reconocimiento de los derechos sociales fundamentales como razones vinculantes para los Estado parte del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "si el Pacto ha de ser leído de tal manera que no establezca tal obligación mínima esencial, estaría ampliamente privado de una razón de ser"[9].

Segundo umbral: políticas programáticas de desarrollo en materia social

El segundo umbral de realización o cumplimiento de los derechos sociales fundamentales se refiere los medios orientados a complementar y desarrollar la exigencia mínima esencial de dichos derechos. El Estado está obligado a realizar, de manera progresiva, políticas programáticas orientadas a incrementar el nivel de bienestar social de los individuos, así como también a justificar las medidas que ha ido realizando en este sentido. "El segundo umbral implica un interés importante en poseer los recursos generales y capacidades necesarias para tener y realizar un amplio espectro de propósitos"[10]. La condición necesaria para el cumplimiento de este umbral lo representa la satisfacción de las obligaciones incondicionales mínimas comprendidas en el primer umbral.

7 Observación General N° 3, pág. 10.
8 Ibídem.
9 Ibídem.
10 David Bilchitz, Poverty and Fundamental Rights, op. cit., pág. 7.

Tercer umbral: Satisfacción de finalidades individuales

El tercer umbral de realización o cumplimiento está conformado por las condiciones que los individuos en forma individual o colectiva requieren para alcanzar diversos propósitos específicos de su interés derivados del derecho social fundamental tutelado. En ese sentido, el Estado podrá cumplir discrecionalmente con este umbral de necesidades en función las restricciones presupuestales que su concretización impliquen. Por tanto, el Estado es libre de valorar la prioridad en la realización de los mismos en tanto su nivel de urgencia y necesidad no demande el cumplimiento incondicionado o condicionado del primer o segundo nivel respectivamente.

Los derechos sociales fundamentales, por definición, pueden ser desarrollados de manera progresiva. Sin embargo, el aseguramiento de un primer umbral de cumplimiento incondicionado es requisito necesario para que dichos derechos no se vean reducidos a meros fines programáticos o simples buenas intenciones.

La progresividad de los derechos sociales y la obligación mínima esencial

28. La undécima disposición final y transitoria, que señala: "Las disposiciones de la Constitución que exijan nuevos y mayores gastos públicos se aplican progresivamente", debe observar el principio de legalidad presupuestaria del gasto público, por lo que el Estado no podría atender lo solicitado por el recurrente, ya que se trata de un gasto no presupuestado.

29. Al respecto, este Tribunal considera que, aun cuando el presupuesto de la República se sustenta en el principio de legalidad y que es inadmisible la ejecución de gastos no aprobados en la Ley de Presupuesto Anual, ello no resulta un alegato con fuerza suficiente frente a la amenaza o vulneración de derechos, pues es el caso que, sin involucrar mayores recursos de los ya presupuestados, estos puedan destinarse priorizando la atención de situaciones concretas de mayor gravedad o emergencia, como en el caso de autos.

    Por consiguiente, consideramos que la recaudación presupuestal no puede ser entendida literalmente como un objetivo en sí mismo, olvidando su condición de medio para conseguir el logro de objetivos estatales, con fines de lograr una máxima atención a la protección de los derechos de los ciudadanos.

30. Lo declarado en la undécima disposición final y transitoria de nuestra Constitución es concordante con el artículo 2.1 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que precisa que los Estados se comprometen a adoptar medidas hasta el máximo de recursos que se disponga para lograr, progresiva-

mente, la plena efectividad de los derechos reconocidos en el Pacto, entre ellos la salud. Es evidente que el Estado peruano no puede eximirse de esta obligación, ni tampoco asumirla como un ideal de gestión, pues se trata de una obligación perentoria a ser cumplida, si bien de manera progresiva, siempre en plazos razonables y acompañados de acciones concretas.

31. Así lo ha señalado este Tribunal en anteriores sentencias, indicando que los derechos económicos, sociales y culturales en cuya concreción reside la clave del bien común no deben aparecer como una mera declaración de buenas intenciones, sino como un compromiso con la sociedad dotado de metas claras y realistas. Es precisamente en este punto en que el modelo de los umbrales de cumplimiento o realización planteado líneas arriba cobra importancia en el sentido de delimitar los grados en que los derechos sociales han de ser cumplidos progresivamente a la vez que identifica una obligación mínima esencial vinculante que evita la reducción de dichos derechos a meras declaraciones de buenas intenciones.

32. En consecuencia, como jueces constitucionales, sin entrar a cuestionar la política alimentaria, *per se,* consideramos necesario analizar la actuación del Estado en el presente caso, a fin de determinar si se ha cumplido con satisfacer la obligación mínima esencial de garantizar las condiciones generales a los recurrentes para verse libres de amenazas a su supervivencia en el caso concreto. Si bien es cierto que en el caso de países en desarrollo, como el nuestro, resulta difícil exigir una atención y ejecución inmediata de las políticas sociales para la totalidad de la población, este Tribunal reitera que tal justificación es válida solo cuando se observen concretas acciones del Estado para el logro de resultados; de lo contrario, esta falta de atención devendría en situaciones de inconstitucionalidad por omisión.

La protección constitucional al derecho a la alimentación de subsistencia

Consideración previa: pobreza y vulnerabilidad

33. Para poder delimitar los alcances de los umbrales de realización o cumplimiento, es necesario relacionarlos con los enfoques o perspectivas con que se puede abordar las necesidades humanas. Ello permitirá identificar cuándo un individuo se encuentra en una situación que amerite la intervención del Estado en cumplimiento de su obligación mínima esencial y cuando el Estado puede someter las necesidades sociales de los individuos a consideraciones programáticas.

34. Podemos abordar la situación de necesidades humanas desde dos enfoques o perspectivas: la pobreza la vulnerabilidad. El enfoque o perspectiva de la pobreza está relacionada con la idea de su delimitación. Para delimitar la pobreza se em-

plean instrumentos estadísticos que permiten identificar una línea estadística de pobreza por encima de la cual se encuentran aquellas personas que no son considerados pobres y por debajo de la cual se encontraría las personas de situación de pobreza. Dicha línea permite cuantificar y gestionar su reducción por parte del Estado. De otro lado, el enfoque o perspectiva de la vulnerabilidad expresa la situación en que se encuentra un individuo que lo ubica en una relación de desventaja material y existencial respecto a otros individuos. La diferencia central entre la perspectiva de la pobreza y la de vulnerabilidad radica en que, mientras la perspectiva de la pobreza se basa en un criterio cuantitativo y estático, la perspectiva de la vulnerabilidad gira en torno a un criterio cualitativo y dinámico. En ese sentido, el concepto de vulnerabilidad es más amplio que el de pobreza, dado que se basa en la multidimensionalidad y la dinámica de la existencia del individuo o grupo en condiciones de precariedad, sin restringir dicha situación a un dato estadístico a ser determinado en función a estándares fijos, sino que incide en los múltiples aspectos a los cuales una persona se puede enfrentar en una situación de necesidad. Ambos enfoques o perspectivas no son divergentes, sino que se complementan, sin embargo, no puede abordarse la problemática de las necesidades sociales meramente desde un enfoque o perspectiva cuantitativa como la identificada con la pobreza.

35. La diferencia entre la perspectiva de la pobreza y la perspectiva de la vulnerabilidad para abordar las necesidades humanas se muestra en casos en que personas que no obstante no encontrarse formalmente en una situación de pobreza, sí se encuentran en situación de vulnerabilidad. Tales las necesidades de dichas personas serían difíciles de gestionar desde una perspectiva de pobreza, pues formalmente no se encuentran en tal situación, pero sí podrían ser abordadas si la perspectiva a emplearse es la de la vulnerabilidad que se orienta a las necesidades materiales y existenciales de los individuos.

El concepto de derecho a la alimentación

36. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU en su Comentario General 12 entiende que el derecho a la alimentación es inseparable de la dignidad humana y es una precondición necesaria para el disfrute de otros derechos humanos. Asimismo, define que el derecho a la alimentación adecuada "se ejerce cuando todo hombre, mujer o niño, ya sea sólo o en común con otros, tiene acceso físico y económico, en todo momento, a la alimentación adecuada o a medios para obtenerla. El *derecho a la alimentación adecuada* no debe interpretarse, por consiguiente, en forma estrecha o restrictiva asimilándolo a un conjunto de calorías, proteínas y otros elementos nutritivos concretos.

El *derecho a la alimentación adecuada* tendrá que alcanzarse progresivamente. No obstante, los Estados tienen la obligación básica de adoptar las medidas necesarias para mitigar y aliviar el hambre tal como se dispone en el párrafo 2 del artículo 11, incluso en caso de desastre natural o de otra índole".

37. El Comité considera que el contenido básico del derecho a la alimentación adecuada comprende los siguientes elementos:

    – la disponibilidad de alimentos en cantidad y calidad suficientes para satisfacer las necesidades alimentarias de los individuos, sin sustancias nocivas, y aceptables para una cultura determinada;

    – la accesibilidad de esos alimentos en formas que sean sostenibles y que no dificulten el goce de otros derechos humanos.

38. En ese sentido, el concepto de derecho a la alimentación, tal como lo entiende el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU en su Comentario General 12 se define por la sostenibilidad de la prestación alimentaria, la disponibilidad y la accesibilidad a los medios alimentarios, la adecuación de dichos medios para satisfacer las necesidades alimentarias de sus titulares, y la progresividad en el cumplimiento de la prestación por parte del Estado.

39. En función a la interpretación oficial del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, y con base en una interpretación desde la Constitución peruana, este Tribunal Constitucional entiende que el derecho a la alimentación es una posición jurídica de derecho subjetivo que faculta a su titular a obtener una prestación positiva por parte del Estado, a fin de que este le provea o le haga accesibles los medios suficientes y adecuados que satisfagan sus requerimientos alimenticios de manera sostenible, cuando su titular se encuentre en una situación de vulnerabilidad que le impida satisfacerlos por sí mismo. El Estado está obligado de satisfacer una alimentación de subsistencia que permita al titular del derecho verse libre de padecer hambre (sensación incómoda o dolorosa causada por la falta de comida) y mantener su funcionalidad corporal, siendo progresivo el desarrollo y complementación de dicho mínimo.

El derecho a la alimentación de subsistencia

40. En función al criterio de umbrales de realización o cumplimiento de los derechos sociales fundamentales y con base en la definición de derecho a la alimentación planteada líneas arriba, este Tribunal Constitucional está en posibilidad de delimitar el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la alimentación y la forma o grados en que puede ser cumplido progresivamente.

Primer umbral: la alimentación de subsistencia

El primer umbral de realización o cumplimiento del derecho social fundamental a la alimentación lo constituye el derecho a una alimentación de subsistencia. Dicho derecho viene a ser una obligación de cumplimiento incondicionado para el Estado, ya que representa el grado mínimo de provisión alimentaria que un ciudadano, que se encuentre en una situación de vulnerabilidad que le impida poder brindársela por sí mismo, debe tener garantizada para verse libre de padecer hambre y mantener sus funciones corporales. Sin tal nivel mínimo de provisión, los ciudadanos no podrían tener una existencia digna y no estarían en posibilidad de gozar sus demás derechos fundamentales. "[E]l primer paso en la realización de los derechos socio- económicos es garantizar aquellos que se encuentran en peor situación y sean los vulnerables en la sociedad suficiente alimentación para hacer posible que ellos se vean libres de amenazas a su supervivencia (inanición y hambre)"[11].

La alimentación de subsistencia no solo implica poner a disposición de las personas es estado de vulnerabilidad los alimentos que contengan el número de calorías, proteínas y demás nutrientes que les permitan mantener su funcionalidad corporal; sino que también implica hacer accesibles dichos alimentos a quienes los necesiten, garantizando la permanencia y sostenibilidad de las vías que así lo permitan.

Segundo umbral: políticas programáticas de complementación alimentaria

El segundo umbral de realización o cumplimiento del derecho a la alimentación gira en torno a las políticas programáticas que complementan a la alimentación de subsistencia garantizada en el primer umbral. Es a este nivel que el desarrollo y concretización de las políticas públicas en materia alimentaria son aplicadas de manera progresiva por parte del Estado. Dichas políticas deben estar orientadas a lograr seguridad alimentaria en la sociedad, es decir, asegurar el acceso permanente a medios de alimentación suficientes que permitan a los ciudadanos llevar una vida activa, saludable y sin necesidad de recurrir a los medios de alimentación de subsistencia garantizados en el primer umbral para poder satisfacer sus necesidades alimentarias. La obligación del Estado en este segundo umbral, si bien es cierto es progresiva y sujeta a cuestiones presupuestales, no por ello implica que se encuentre enteramente a su libre discrecionalidad. En efecto, la obligación en este segundo umbral radica en implementar políticas públicas en

11 David Bilchitz, Poverty and Fundamental Rights, op. cit., pág. 243.

materia alimentaria de manera progresiva, por lo que incumplir con tal implementación equivale a un incumplimiento de la obligación.

Tercer umbral: satisfacción de fines individuales en materia alimentaria

El tercer umbral de ealización o cumplimiento del derecho a la alimentación está conformado por las acciones estatales orientadas a satisfacer necesidades alimentarias de los ciudadanos basados en los especiales intereses o propósitos que estos tengan en su vida individual o colectiva. En este umbral, el grado de discrecionalidad con el cual el Estado puede operar es mayor que a nivel del segundo umbral, dado que su acción ahora está orientada a satisfacer intereses alimentarios específicos de determinados individuos o grupo de individuos y no en función a alcanzar el aseguramiento alimentario de toda la comunidad en su conjunto. En ese sentido, la satisfacción de este umbral será posible una vez se haya logrado satisfacer el primer y cumplido con desarrollar políticas alimentarias eficaces a nivel de segundo umbral.

41. En conclusión, la concretización del derecho social fundamental a la alimentación es progresiva en tanto se desarrolla en función a umbrales de satisfacción, a la vez reconoce una obligación incondicional mínima del Estado en asegurar la provisión y acceso a alimentos que evitan padecer hambre a sus titulares y garantizan la funcionalidad corporal de los mismos.

Análisis del caso concreto

42. En el caso concreto, el recurrente afirma en su demanda que existe el peligro inminente de que el Centro de Apoyo Nutricional de Arequipa sea cerrado definitivamente por culminar la concesión por el local otorgada por el Ministerio de Salud a favor de la Beneficencia Pública de Arequipa, perjudicando con ello a alrededor de 500 personas entre hombres, mujeres, niños, personas de la tercera edad, jubilados, desempleados, trabajadores jóvenes y universitarios; todos ellos con bajos recursos económicos y que diariamente podían adquirir sus alimentos en dicho Centro. Asimismo, el recurrente afirma que esta situación llevaría a los afectados a padecer hambre y a la inanición.

43. Del análisis del petitorio y los hechos descritos en la demanda, así como de la revisión de los argumentos esgrimidos en el Recurso de Agravio Constitucional este Tribunal Constitucional concluye que el derecho que se vería afectado en el caso concreto es el derecho social fundamental a la alimentación que asiste al recurrente y a los beneficiarios del Centro de Apoyo Nutricional de Arequipa. En efecto, el cierre de dicho centro, actualmente verificado, ha impedido el ac-

ceso de los beneficiarios a las prestaciones alimentarias que brindaba, lo cual les impide gozar de los demás derechos fundamentales que se alega se ven también vulnerados.

44. Corresponde entonces determinar si el cierre del Centro de Apoyo Nutricional de Arequipa es un hecho que afecte el contenido constitucionalmente protegido del derecho social fundamental a la alimentación en alguno de sus umbrales de realización o cumplimiento y si el Estado ha realizado acciones concretas orientadas a cumplir con las obligaciones que se derivan de dichos umbrales.

45. En el caso de autos se advierte que la afectación al derecho a la alimentación consiste en el cierre del Centro de Apoyo Nutricional de Arequipa. Dicha acción impide que los beneficiarios comensales de dicho Centro tengan acceso a alimentación de subsistencia. En efecto, de los documentos obrantes en autos se desprende que dicho centro expendía diariamente 570 raciones a personas de bajos recursos, con un menú que tiene el valor de S/ 1.50, el cual incluía alimentos saludables e idóneos que libran de padecer hambre a los beneficiarios y que mantienen su funcionalidad corporal.

46. Asimismo, se advierte que los beneficiarios del Centro de Apoyo Nutricional de Arequipa son personas que por sus bajos recursos económicos se encuentran en situación de vulnerabilidad y no pueden brindarse a sí mismos los medios alimentarios idóneos, sostenibles y suficientes para su subsistencia. Por tanto, nos encontramos ante necesidades que se encuentran comprendidas dentro del primer umbral de realización o cumplimiento del derecho social fundamental a la alimentación, es decir, el derecho a una alimentación de subsistencia. Las necesidades alimentarias ubicadas dentro de este umbral imponen al Estado una obligación incondicionada de actuar o bien proporcionando una prestación alimentaria directa a quienes lo requieran, o bien haciendo accesibles a ellos tales medios. En el caso de autos, el Centro de Apoyo Nutricional de Arequipa representa una vía de acceso a la alimentación para sus beneficiarios sin la cual no podrían tener acceso a una alimentación básica, siendo obligación del Estado mantener dicha accesibilidad.

47. Ante el pedido de información realizado por el Tribunal Constitucional, el Gobierno Regional de Arequipa, mediante Oficio 126-2018-GRA/GR, de fecha 13 de febrero de 2018, informó lo siguiente:

    a) Mediante Oficio 4907-2015-GRA/GRS/GR-RSAC-D, de fecha 29 de noviembre de 2015, la directora ejecutiva de la Red de Salud Arequipa Caylloma, de la Gerencia Regional de Salud del Gobierno Regional de

Arequipa, comunica al Responsable del Centro de Apoyo Nutricional que, en atención al "Acuerdo posterior a sentencia", suscrito entre la Sociedad de Beneficencia Pública de Arequipa y la Gerencia regional de Salud, se ha dispuesto que las actividades del Centro de Apoyo Nutricional culminan el 31 de diciembre de 2015.

b) Conforme aparece en dicho "Acuerdo posterior a sentencia", en el año 1995 la referida Beneficencia entregó a la Dirección Regional de Salud dos ambientes para el funcionamiento del denominado "Comedor Edmundo Escomel", y en el año 2006 la Beneficencia entregó a la Dirección Regional de Salud un ambiente que se utilizó como comedor por la Red Asistencial Arequipa Caylloma. Asimismo, en dicho acuerdo, la Gerencia Regional de Salud reconoce que la propiedad de dichos ambientes le corresponde a la Beneficencia Pública de Arequipa y que, atendiendo a decisiones judiciales previas, debe entregar dichos ambientes.

c) Mediante Oficio 0729-2016-GRA/GRS/GR-RSAC-D-OPPDI-D-S.S de fecha 18 de febrero de 2016, la directora ejecutiva de la Red de Salud Arequipa Caylloma, de la Gerencia Regional de Salud del Gobierno Regional de Arequipa, comunica a la Gobernadora Regional de Arequipa, entre otros temas, que al "no contar con local para el funcionamiento del Centro de Apoyo Nutricional", se dispuso la culminación de actividades el 31 de diciembre de 2015. Asimismo, en dicho oficio, ante el pedido de reactivación de dicho centro, se concluye en lo siguiente:

> [...] no resulta atendible: por cuanto en primer lugar no se cuenta con local para su funcionamiento, lo que obligó a su desactivación y consecuentemente por ésta **el presupuesto asignado al Centro de Apoyo Nutricional, ha sido redistribuido** a los Establecimientos de Salud y el personal ha sido reubicado en otros establecimientos de salud". [resaltado agregado]

48. De lo expuesto queda acreditado que: i) el Gobierno Regional de Arequipa era el órgano competente para administrar el denominado Centro de Apoyo Nutricional de Arequipa; ii) dicho centro funcionaba en un inmueble de la Beneficencia Pública de Arequipa, el cual le fue devuelto luego de un proceso judicial, de modo que el Centro de Apoyo Nutricional de Arequipa se quedó sin local en donde seguir operando; y, lo más importante, iii) el Centro de Apoyo Nutricional de Arequipa tiene desde muchos años atrás un presupuesto asignado para tal efecto, presupuesto que no se está utilizando para la finalidad de alimentación prevista, sino que ha sido redistribuido en establecimientos de salud.

49. En consecuencia, del análisis de los documentos obrantes en autos se advierte que el Gobierno Regional de Arequipa no ha cumplido con su obligación de garantizar una efectiva accesibilidad a los medios de alimentación a los beneficiarios del Centro de Apoyo Nutricional de Arequipa, pese a contar con el respectivo presupuesto. En efecto, el Gobierno Regional de Arequipa no ha realizado gestiones encaminadas a la identificación de un ambiente en el que funcione el citado Centro en las condiciones en que venía prestando el servicio social, habiendo optado irrazonablemente por la redistribución de dicho presupuesto.

50. Conforme lo hemos venido señalando a lo largo de esta sentencia, la realización progresiva de las obligaciones impuestas por los derechos sociales fundamentales al Estado está sujeta al respeto y aseguramiento de un nivel mínimo de prestación social representada por el primer umbral de realización o cumplimiento.

51. Es necesario, entonces, disponer acciones concretas por parte del Gobierno Regional de Arequipa para la satisfacción del derecho a la alimentación de subsistencia del recurrente y de las personas beneficiarias que acudían al Centro de Apoyo Nutricional de Arequipa a fin de asegurar el mantenimiento del servicio social prestado por dicho centro.

52. De este modo, este Tribunal concluye concediendo protección jurídica a un derecho social fundamental, como lo es el derecho a la alimentación de subsistencia, pues en este caso en particular se han presentado las condiciones que así lo ameritan. Además, debe establecerse un plazo perentorio de 30 días para que el Gobierno Regional de Arequipa identifique el respectivo ambiente para el funcionamiento del Centro de Apoyo Nutricional de Arequipa, bajo responsabilidad y con la obligación de informar a este Tribunal el cumplimiento del respectivo mandato.

    Este pronunciamiento a favor del recurrente y de los beneficiarios que acuden al Centro de Apoyo Nutricional de Arequipa se fundamenta no solo por la afectación del derecho social fundamental a la alimentación de subsistencia, sino por razones fundadas en la normatividad vinculante para el Estado peruano, en la medida en que los tratados internacionales que reconocen el derecho a la alimentación son vinculantes para el Perú y forman parte de su derecho interno.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, en uso de las atribuciones que le confieren la Constitución Política del Perú,

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda, entendida como una de amparo; y, en consecuencia, ordena que el Gobierno Regional de Arequipa, reinstaure en el plazo de 30 días, el servicio del Centro de Apoyo Nutricional de Arequipa, en el local que identifique para tal efecto, bajo responsabilidad.

2. Ordenar el Gobierno Regional de Arequipa, luego de dicho plazo, informe al Tribunal Constitucional el cumplimiento de lo dispuesto en la presente sentencia.

3. Ordenar el Gobierno Regional de Arequipa asuma el pago de los costos procesales a favor del demandante, cuya liquidación se hará en ejecución de sentencia.

SS.

BLUME FORTINI
MIRANDA CANALES
LEDESMA NARVÁEZ
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

EXP. N.º 01470-2016-PHC/TC
AREQUIPA
JAVIER VELÁSQUEZ RAMÍREZ

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI

Si bien me encuentro conforme con declarar **FUNDADA** la demanda, expreso mi discrepancia respecto de lo afirmado en el fundamento 19 de la sentencia, en tanto se señala que frente a la colisión de derechos "La solución interpretativa a dicha relación de tensión radica en la determinación de un punto de equilibrio entre ambas situaciones jurídicas por medio del principio de proporcionalidad en sentido amplio." Es decir, en la aplicación del denominado test de proporcionalidad, que, a mi modo de ver, ha sido utilizado innecesaria e indebidamente en diversas ocasiones por el Tribunal Constitucional para resolver las causas.

Considero que el denominado test de proporcionalidad encierra un análisis teórico que se asienta en preconceptos que no son de recibo como prioritarios ni condicionantes frente al análisis del caso que se controvierte; análisis que debe partir de la apreciación de la situación fáctica que genera la controversia (no de preconceptos teóricos, que se invocan cual si fueran apotegmas bíblicos o verdades absolutas) y, a partir de ahí, aplicar el Derecho que corresponde y las demás fuentes permitidas, dentro de una lógica que, sin tantas digresiones ni envolturas teóricas, permita al juez, aplicando su sano juicio y criterio común, apreciar si la autoridad ha actuado con razonabilidad y proporcionalidad, y no ha incurrido en una actitud arbitraria.

S.

BLUME FORTINI

EXP. N.º 01470-2016-PHC/TC
AREQUIPA
JAVIER VELÁSQUEZ RAMÍREZ

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Coincido con lo resuelto por mis colegas en la presente causa, pero considero necesario hacer las siguientes precisiones y observaciones:

1. La presente causa permite abordar una cuestión que ha sido insuficientemente tratada en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: me refiero a la cuestión de si existe o no de una teoría general de los derechos fundamentales que pueda desprenderse a partir de sus decisiones a lo largo de estos años, y, si fuera el caso, a cuál sería el contenido y los alcances de dicha teoría general.

2. Al respecto, lo primero que puedo constatar es que, pese a tratarse de una cuestión de la más elevada importancia jurídica y axiológica, y a incluir elementos cuya tutela además debe ser procurada con la mayor urgencia, corresponde aquí anotar que los derechos fundamentales, de manera inevitable, aluden a contenidos exigibles y protegidos cuyos contornos y alcances son ambiguos, indeterminados o inciertos.

3. Ciertamente, son varias las causas de esta indeterminación: (1) en primer lugar, se constata que las expresiones que reconocen los derechos son genéricas, abiertas o indeterminadas, y muchas veces aluden incluso a lo que se denomina "conceptos esencialmente controvertidos", para los cuales no existe un único significado o concepción (en el mejor de los casos, alguna noción apoyada por un mayor o menor consenso). En similar sentido, se afirma que los derechos tienen la estructura de principios, lo cual puede aludir, entre otras cosas, a su carácter eminentemente valorativo (tienen una "dimensión de peso"), a que no contienen mandatos claros o taxativos (como sí es el caso de las normas-reglas), e incluso a la "textura abierta" con la que aparecen formulados (indeterminación que muchas veces es o busca ser matizada por los jueces y las juezas, valiéndose para ello de su discrecionalidad).

4. (2) En segundo término, a los derechos fundamentales le subyacen diferentes tipos de justificaciones o de fundamentación, las que, a su vez, remiten a variadas doctrinas morales o teorías de la justicia, las cuales muchas veces son inconmensurables o incompatibles entre sí. Por otra parte, lo mismo ocurre, por ejemplo, respecto de fundamentaciones sobre los derechos que en nuestro medio son ampliamente aceptadas o extendidas, como es el caso, por ejemplo, de la que se basa en la existencia de una "dignidad humana" inherente a todas las personas. Al respecto, conviene anotar que si bien se trata de una afirmación muy aceptada en nuestra comunidad jurídica, existen concepciones muy diferentes entre sí sobre dicha noción, algunas de las cuales, de manera sorprendente, pueden ser consideradas incluso como restrictivas de algunos derechos fundamentales o humanos: ese es el caso, por ejemplo, del voto singular que aparece en esta misma sentencia. Recordemos como en ese voto singular se sostiene que el derecho a la alimentación de ningún modo puede ser deducido de la dignidad humana.

5. (3) Por otro lado, y además de lo propiamente relacionado con el ámbito de la justificación de lo ya señalado, la juridización de los derechos fundamentales responde a supuestos históricos y tradiciones culturales muy variados y diferentes entre sí. De esta manera, se verifica que existen distintas cosmovisiones, idiosincrasias o culturas dentro de las cuales se han discutido, adoptado e interpretado muy diferentes contenidos iusfundamentales, contenidos que no resultan de aplicación o extrapolación sin más a otros contextos culturales.

6. (4) Finalmente, necesario es anotar nos encontramos con sociedades en constante y vertiginosa evolución, las cuales diariamente plantean nuevos y complejos retos para los derechos fundamentales. Así, los desafíos del mundo contemporáneo cuestionan, de distinto modo, varios de los lugares comunes que conocíamos sobre los derechos fundamentales, y nos propone repensar los elementos conceptuales y dogmáticos con los que contamos hasta el momento. De esta forma, es necesario reflexionar, por ejemplo, en torno a los alcances de los derechos a la vida privada, a la protección de datos personales o a la libertad de expresión en el contexto de las actuales sociedades de la información; los riesgos de la experimentación médica para lograr cuotas de bienestar personal; o la protección que se requiere frente a formas exacerbadas de degradación ambiental y deterioro del patrimonio cultural de la humanidad, etc.

7. En ese contexto, desde luego, es dificil formular una justificación o fundamentación general para los derechos fundamentales, y posiblemente para algunos tampoco resulte necesario ni pertinente buscar cerrar o terminar el debate en torno a ello, con base en las consideraciones expuestas. Esto es más notorio cuando se

trata de asuntos resueltos por un Tribunal Constitucional: si bien las respuestas que brinda ese colegiado deben presuponer que exista coherencia y consistencia en lo que decide, de ello no necesariamente se desprende que el Tribunal pueda e incluso deba decantarse por una específica teoría en torno a la justificación o fundamentación de los derechos (como muchas veces se ha intentado establecer).

8. Ahora bien, y no obstante lo antes indicado, considero que sí es conveniente pasar a reconocer la existencia de algunas herramientas dogmáticas de uso generalizado en nuestra comunidad y en la jurisprudencia de este Tribunal, las cuales, sin duda, vienen coadyuvando a consolidar la utilización de una metodología más bien orientada a la interpretación y la solución de conflictos en materia de derechos fundamentales.

9. Conviene entonces aquí precisar que, antes de continuar con el análisis de los diversos criterios de interpretación ya existentes, cualquier teoría que busque dar una respuesta general sobre los Derechos fundamentales reconoce que dichos derechos cuentan con unos elementos centrales para su configuración. Aún cuando pueda no haber consenso en cuáles son, considero que todos los derechos fundamentales tienen como elementos que los conforman, aquellos que denominaremos su contenido, su estructura, sus dimensiones o funciones, su titularidad y sus límites.

10. De esta manera, en primer lugar, tenemos la discusión en torno al contenido de los derechos fundamentales. Al respecto, como ya he señalado en diversas ocasiones, y como también ha sido reconocido en jurisprudencia consolidada de este Tribunal Constitucional y en alguna disposición recogida en el Código Procesal Constitucional peruano, actualmente en el Perú se acoge la noción de "contenido constitucionalmente protegido" de los derechos fundamentales. De ese modo, se ha ido descartando el uso de la expresión "contenido esencial" de los derechos, así como la referencia a que existe algo así como "núcleos duros" determinables objetivamente e intangibles.

11. Como también he tenido ocasión de plantear (y siguiendo en este punto algunos planteamientos alexyanos), considero que la idea de contenido constitucionalmente protegido se refiere, básicamente, a las posiciones o estructuras de derecho fundamental que pueden adscribirse a las disposiciones que reconocen derechos fundamentales. Expresado con otras palabras, en sentido amplio, la expresión "posiciones de derecho fundamental" alude básicamente a las normas o los significados que válidamente pueden atribuirse a un texto que establece

un derecho en la Constitución, y también a sus específicas manifestaciones y concreciones.

12. De otro lado, fácilmente puede constarse que se ha dado una evolución sobre cómo se comprende la estructura de los derechos fundamentales, derechos que en un inicio fueron planteados como "Derechos Públicos Subjetivos", o, dicho con otras palabras, como posibilidades de no hacer básicamente exigibles por una persona individualmente considerada a la Administración Pública. Ello indudablemente ha cambiado, no solo porque cada derecho fundamental hoy exige acciones simultáneas de hacer y no hacer, sino porque su configuración particular (de tipo simple o complejo) no se asemeja a los subsistemas del ordenamiento jurídico, al no prever consecuencias jurídicas ni su efectividad.

13. Corresponde entonces señalar que, a partir del reconocimiento de la supremacía de la dignidad humana, actualmente se ha comprendido a los diferentes derechos fundamentales como elementos centrales dentro de un ordenamiento jurídico. Así pues, tendrán a partir de aquel momento un doble carácter, pues serán a la vez derechos subjetivos (su dimensión o función subjetiva), y elementos básicos para comprensión de todo el ordenamiento jurídico, cuyo respeto y cumplimiento debe ser ineludible (su dimensión o función objetiva). Esta nueva comprensión de los derechos también ha planteado en la dogmática algunos cambios significativos en torno al concepto de titularidad de los derechos. La titularidad hoy se entiende orientada más bien a una capacidad concreta, sobre la capacidad iusfundamental del reconocimiento o atribución de posiciones jurídicas específicas que pueden ser objeto de límites.

14. Por otra parte, y en cuanto a las pautas utilizadas para atribuirle significado a los derechos fundamentales, o para establecer sus alcances y límites, suele hacerse uso de los llamados parámetros o criterios "tópicos", cuyo uso generalizado precisamente se encuentra orientado a ello. Ahora bien, oportuno es anotar que, al tratarse de criterios cuyo uso depende de una comunidad jurídica o de especialistas, su contenido no es estático ni pretende, necesariamente, consistencia conceptual ni justificativa.

15. Entre estos criterios de interpretación podemos mencionar, por ejemplo, el criterio *pro persona* (también conocido como pro homine); el criterio de optimización y mayor eficacia de los derechos; el criterio *pro infante* (o de "interés superior del niño, la niña y los adolescentes"); o el criterio de interacción entre el ordenamiento nacional e internacional (lo cual es perfectamente explicable en el actual contexto donde, por lo menos en nuestros países, se reclama la existencia

de un ordenamiento constitucional convencionalizado, y donde incluso se habla de la consolidación del llamado *Ius Constitucionale Commune* latinoamericano).

16. En sentido complementario, también hay construcciones dogmáticas referidas, por ejemplo, a los límites o restricciones a los derechos (límites internos/externos, límites explícitos/implícitos, etc.); a las leyes de desarrollo iusfundamental y la garantía de reserva legal; a supuestos de concurrencia iusfundamental (que hace referencia al eventual concurso entre derechos fundamentales), etcétera.

17. Por otro lado, se han estructurado en la dogmatica y han sido de recibo en la jurisprudencia diversos criterios para resolver conflictos entre derechos constitucionales, o entre derechos y otros bienes de relevancia constitucional. Al respecto, el criterio más difundido, y ciertamente de utilizado preferentemente por nuestro Tribunal Constitucional, es el de la ponderación o proporcionalidad, conceptos a los cuales suele considerar como sinónimos, identificación para algunos en rigor discutible. A diferencia de lo que pudiera considerarse a muy simple vista, el uso de la ponderación y la proporcionalidad (uso, además, extendido hoy prácticamente a todos los confines del mundo) reclama no estar referido a la imposición de preconceptos teóricos innecesarios, ni a dogmas incuestionables, sino que ha devenido en el correlato necesario para concebir a los principios como auténticas normas jurídicas, así como para reconocer que estos pueden entrar en conflicto y aceptar que este tipo de conflictos deben ser resueltos racionalmente (y no desde pautas puramente discrecionales que incluso pueden convertirse en arbitrarias, y que, más bien aportan muy poco o incluso son contraproducentes, como es el caso del "sano juicio", el "criterio común", "leal saber y entender", etc.)

18. Ahora bien, y reconociendo la importancia de la técnica de la ponderación y el examen de proporcionalidad, la verdad es que, dependiendo también de los derechos involucrados y del contexto de los casos concretos, muchas veces se usan más bien versiones reformadas de este examen (como pueden ser el "test de igualdad", el llamado "test judicial estricto". La evaluación conocida como examen de proporcionalidad "frente a omisiones o acciones insuficientes"), o incluso son usados criterios diferentes a la proporcionalidad o la ponderación, como es, por citar varios ejemplos, el caso de los criterios que se utilizan para resolver conflictos entre las libertades de expresión e información con derechos como intimidad, honor o buena reputación; los supuestos de colisión entre la justicia comunitaria y la justicia común; o los casos en los que se encuentra involucrada la satisfacción de derechos sociales (con un fuerte componente de carácter prestacional), entre algunos supuestos emblemáticos.

19. Lo expuesto, por cierto, no debe llevar a soslayar como, si bien el ordenamiento jurídico peruano tiene una conformación de un sistema de derechos que no parece admitir la existencia de determinados Derechos Fundamentales que en abstracto tengan mayor relevancia que otros; sin embargo, puede constatarse como en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano ha estado muchas veces al parecer bastante cerca de lo contrario.

20. Y es que en algún momento no han faltado pronunciamientos como el emitido en el caso "Caja Rural de Ahorro y Crédito de San Martín" (Expediente 0905-2001-AA/TC), en donde se la ha reconocido a las libertades informativas una condición de libertades preferidas. Para sustentar esta afirmación aquella composición del Tribunal Constitucional peruano aclaraba que las libertades informativas no solamente constituyen una concreción del principio de dignidad del hombre y un complemento inescindible del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad. Señalaba también que se encuentran estrechamente vinculadas al principio democrático, en tanto y en cuanto mediante su ejercicio, se posibilita la formación, mantenimiento y garantía de una sociedad democrática, en la medida que permiten la formación libre y racional de la opinión pública, Todo ello le permitía añadir que las libertades informativas son, al tiempo que derechos subjetivos, garantías institucionales del sistema democrático constitucional, además de, repetimos, constituir libertades preferidas.

21. Esta consideración sobre las libertades informativas como libertades preferidas llevó en ese caso al Tribunal Constitucional peruano a señalar que, si bien estos Derechos Fundamentales —al igual que todos los demás— pueden admitir límites o restricciones en su ejercicio, deben también contar con un margen de optimización más intensa.

22. Se señalaba finalmente que esta alternativa no tiene como consecuencia que los derechos al honor o a la buena reputación queden desprotegidos o en un absoluto estado de indefensión, pues ya el mismo ordenamiento jurídico peruano contaría con mecanismos de control reparador para tutelarlos, aunque nunca se explica cuáles serían. Aun cuando se buscaba sustentar esta postura en la cita de algún pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cita cuya pertinencia era por lo menos discutible, lo cierto es que bien alguien podría decir que estamos ante la adopción de una jerarquización cuya compatibilidad con el diseño constitucional actualmente vigente en el Perú era y es, con todo respeto, insostenible.

23. De otro lado, importante es anotar como las diferentes observaciones planteadas a la objetividad y viabilidad de la ponderación, han llevado al surgimiento de

otra técnica interpretativa, conocida habitualmente como la teoría de la delimitación o de los límites internos y contenido propio de los Derechos Fundamentales.

24. Esta técnica, cuyos orígenes se encuentran en la dogmática alemana, ha sido defendida en España por constitucionalistas como Ignacio de Otto (y como consecuencia de ello, luego esa defensa ha sido sostenida por buena parte de sus discípulos de la Universidad de Oviedo, uno de los equipos constitucionalistas más importantes de su país) o Remedio Sánchez Férriz, así como penalistas como Tomás Vives Antón, además de ser recogida por algunos pronunciamientos del Tribunal Constitucional español al respecto, parte de un supuesto completamente distinto del de las otras posturas a las cuales aquí he hecho referencia, y por ello conviene abordarle con alguna mayor precisión pues, como veremos luego, bien podría señalarse que existe jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano que para muchos cabría ser entendida como un acercamiento a esta muy particular construcción doctrinaria.

25. Aquí se parte de la idea de que en principio el contenido de los Derechos Fundamentales se encuentra delimitado desde la propia Constitución. Por ello, en rigor no existen conflictos entre dos Derechos Fundamentales, cuyo ejercicio está aparentemente enfrentado, si no, salvo casos muy excepcionales, situaciones en las cuales por un lado se encuentra una persona (natural o jurídica) o grupo de personas que intenta indebidamente percibir un beneficio que no le corresponde; y de otro, alguna(s) persona(s) (natural(es) o jurídica(s)) quien(es) sí está(n) en el ejercicio regular de un derecho cuya titularidad le pertenece y quiere disfrutar plenamente.

26. Esta técnica, cuyos promotores le adjudican un menor grado de subjetividad en el juzgador a la hora de resolver, ha sido todavía poco estudiada en nuestro país. Sin embargo, podemos encontrar alguna jurisprudencia del Tribunal Constitucional que parece apuntar en esta línea de pensamiento, la cual por cierto, no recurre a formulaciones que puedan estar reñidas a nivel de la configuración de una relación jurídico procesal válida (la habitualmente denominada inconstitucionalidad por la forma) o en el plano del contenido de la pretensión alegada (la habitualmente denominada inconstitucionalidad por el fondo), con lo previsto en la Constitución peruana actualmente vigente. Dentro de estos casos quiero destacar especialmente el de "Fidel Diego Mamani Tejada contra la Asociación de Propietarios y Residentes de la Urbanización La Planicie", recogido en el Expediente 481-2000-AA/TC.

27. Conviene entonces tener presente como en este caso plantea la discusión en tomo a la tutela adecuada de un derecho social con un fuerte contenido prestacional, como es el caso del derecho a la alimentación. Ahora bien, al resolver la controversia, la ponencia entremezcla, indistintamente, elementos dogmáticos y justificativos distintos, pronunciándose asuntos que se encuentran en diferentes planos.

28. Es por ello que se hace referencia a los derechos sociales corno derechos de estructura prestacional, es decir, como derecho a acciones positivas cuya responsabilidad recae principalmente en el Estado. En este punto, si bien la ponencia únicamente reconoce derechos de "no hacer" y de "hacer" (cuando se puede aludir, asimismo, a derechos de igualdad, competencias e inmunidades), finalmente coincido en que, entre los distintos tipos de derechos prestacionales (como pueden ser también los derechos "de protección", y los "de organización y procedimiento"), destacan, sin duda, los derechos sociales fundamentales.

29. Ahora, y más allá de la estructura prestacional de los derechos sociales ("de hacer"), se hace referencia además a que estos tendrían una particular forma de eficacia, realización o cumplimiento, la cual se considera progresiva o escalonada. En ese marco, y para dotar a estos derechos de una real eficacia, la ponencia alude al cumplimiento prioritario de, cuando menos, una "obligación mínima vinculante", dirigida a asegurar "precondiciones necesarias para el desarrollo de los individuos en condiciones de igualdad", y más allá de ello se encontrarían otros "umbrales de cumplimiento progresivo sujetos a las condiciones presupuestales del Estado". Como desarrollo de ello, se plantea, asimismo, la existencia de tres "umbrales de realización o cumplimiento del mandato de deber ser de los derechos sociales fundamentales": el primero que contiene la "obligación esencial mínima del Estado" cuyo cumplimiento es incondicional, el segundo referido a "políticas programáticas de desarrollo en materia social" y el tercer umbral referido a la "satisfacción de finalidades individuales".

30. Como es evidente (y como aparece precisamente en el libro de David Bilchitz "Pobreza y derechos fundamentales", al cual se hace referencia en la ponencia en varios momentos), la existencia de semejantes umbrales requiere justificar la preferencia de que algunos contenidos o derechos sean satisfechas de manera prioritaria o más urgente frente a otros. En el presente caso, si bien estoy parcialmente de acuerdo con Bilchitz en las razones que aporta para preferir los contenidos mínimos relacionados con el "primer umbral", ello inevitablemente requiere que nos pongamos de acuerdo en las razones de fondo que fundamentan tales prioridades.

31. Por otra parte, debo mencionar que establecer los mínimos exigibles, como si se tratase de descubrir algo preestablecido o evidente, incurre en los mismos problemas que generaría encontrar algo así como la "esencia" de los derechos, a los que a veces alude la expresión "contenido esencial". Adicionalmente, considero que lo mejor en casos como este sería apostar respuestas dialógicas para resolver la cuestión controvertida, sin imponer dicho contenido de manera vertical (más aun, cuando es claro que la estructuración de políticas públicas es ajena a las competencias que en principio corresponde a la judicatura constitucional, y donde la actuación de estos jueces y juezas sobre la configuración de esas políticas es excepcional). Su vinculación con esta labor de configuración en las denominadas sentencias estructurales es, repito, excepcional y dentro de ciertas determinadas y acotadas situaciones.

32. Frente a ello, y sin perjuicio de que en el futuro nos podamos poner de acuerdo en diversas cuestiones referidas a la fundamentación de los derechos, lo cierto es que este Tribunal ya tiene establecido a nivel dogmático o metodológico el test *deferente o mínimo para el control constitucional de las políticas públicas,* perfilado incluso desde antes de la actual composición del colegiado constitucional, y que en resumida cuentas plantea que se analicen básicamente algunos déficits: déficit de existencia; déficit de ejecución; déficit de consideración suficiente; déficit de respeto suficiente; y déficit de confrontación de problemas estructurales, que contiene, a su vez, los déficits de participación política, de transparencia, de control y de evaluación de impacto (cfr. STC Exp. n.° 03228-2012-PAJTC, f. j. 39). Conforme a este examen, valga precisar, puede también exigirse al Estado que cumpla de manera efectiva (y no solo formal) con las prestaciones relacionadas con el llamado "primer umbral".

33. Señalado lo anterior, reitero que, en el caso concreto materia de análisis, estoy de acuerdo con declarar fundada la demanda, en atención a que estamos ante un tema que, ciertamente merece protección urgente, ya que existe el riesgo de que se genere un daño grave e irreparable en las personas que pudieren ver sus derechos vulnerados o amenazados.

34. No obstante ello, debe señalar que el Tribunal Constitucional siempre debe ser muy juicioso y escrupuloso al momento de analizar las afectaciones iusfundamentales que se invocan (pues debe distinguir si estamos ante una afectación admisible, o si nos encontramos ante una vulneración o una amenaza de vulneración) y de establecer los mandatos que deben ser cumplidos en nombre de la tutela de derechos. En el presente caso, por ejemplo, del hecho que haya llegado a término la concesión del local en el que funciona el Centro de Apoyo Nutri-

cional de Arequipa no se desprende que el programa de ayuda alimentaria deba dejar de existir.

35. Asimismo, es claro que la forma adecuada de entender si se está protegiendo realmente el "umbral mínimo" del derecho invocado no debe basarse en la mera especulación, sino que sería necesario hacer un esfuerzo adecuado por conocer, por ejemplo, los problemas alimentarios existentes en la localidad *y* si las medidas que han sido implementadas ayudan efectivamente a alcanzar el piso mínimo que se haya determinado ("déficit de consideración suficiente" y "déficit de confrontación de problemas estructurales" ,y más específicamente "déficit de control" y "déficit de evaluación de impacto"). Esto, desde luego, requiere de un conjunto de información específica y técnica que no aparece en la sentencia, pero a la cual podría haberse accedido —entre otras posibilidades— a través de modos dialógicos de resolver este tipo de conflictos, modos que, además, valga precisar, coadyuvan a que las sentencias puedan ser finalmente cumplidas por sus destinatarios.

36. En este sentido, y a efectos de precisar e intentar superar las insuficiencias y deficiencias de las políticas públicas, permite proporcionar mayor ayuda, a la vez que es más respetuoso de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el test *deferente o mínimo para el control constitucional de las políticas públicas.*

37. Además, corresponde tener presente que si bien podemos tener ya una noción sobre —si cabe la expresión— qué es lo que hace fundamental a un Derecho Fundamental en el ordenamiento jurídico peruano, la misma redacción del artículo tercero del texto de 1993, la denominada cláusula de derechos implícitos, no nos permite apreciar con indiscutible claridad cuál es el camino que nos lleva al reconocimiento de realmente un nuevo derecho, y no solamente a la consagración de otros (nuevos) alcances de derechos ya expresamente reconocidos (o viejos derechos).

38. Por otro lado, el reconocimiento de un derecho como fundamental (ya sea en mérito a que así lo señala directamente un precepto constitucional o en función a que puede inferirse esa consideración de la denominada cláusula de derechos implícitos) no necesariamente nos precisa el ámbito de acción en el cual el ordenamiento jurídico peruano admitirá la exigibilidad de estos. Estamos pues ante dos puntos donde, como veremos a continuación, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional nos trae algunas luces, pero se encuentra lejos de despejar ciertas sombras.

39. El Tribunal Constitucional peruano, siguiendo el derrotero que le marcaba el texto de 1993, ha establecido en muchos casos encontrarse ante derechos fun-

damentales no explícitamente reconocidos en la Constitución vigente pero que de todas maneras demandan los mismos niveles de tutela exigibles a todo otro derecho fundamental. Ahora bien, y ya sin entrar a distinguir si asume como sinónimos las denominaciones "derechos innominados" y "derechos implícitos", el alto Tribunal desafortunadamente no siempre ha sido claro para explicar qué le permite establecer que estamos ante un "nuevo" derecho fundamental, o frente a otras expresiones de derechos ya reconocidos como tales.

40. Como sueles ocurrir en estos temas, habitualmente lo señalado se entiende mejor si nos valemos de algún ejemplo para hacer notar sus alcances y repercusiones con mayor detalle: se ha entonces señalado la existencia de un derecho a la verdad, el cual no solamente derivaría "[...] de las obligaciones internacionales contraídas por el Estado peruano, sino también de la propia Constitución Política, la cual, en su artículo 44 establece la obligación estatal de cautelar todos los derechos y, especialmente, aquellos que vulneran o amenazan con vulnerar la dignidad del hombre. A ello añadiría que si bien hay derechos como el derecho a la verdad que no cuenta con un reconocimiento expreso en el texto de 1993, estamos ante un derecho plenamente pasible de tutela, y que

> "[...] en una medida razonablemente posible y en casos especiales y novísimos, deben desarrollarse los hechos constitucionales implícitos, permitiendo así una mejor garantía y respeto a los derechos del hombre, pues ello contribuirá a fortalecer la democracia y el Estado, tal como lo ordena la Constitución vigente". Añadiéndose finalmente sobre el derecho a la verdad que "[...] este tiene una configuración autónoma, una textura propia, que lo distingue de otros derechos fundamentales a los cuales se encuentra vinculado, debido tanto al objeto protegido, como al telos que con su reconocimiento se persigue alcanzar".

41. Como bien se puede apreciar, en este caso, el cual desafortunadamente no es el único sobre el particular, no es fácil determinar en qué se sustenta una decisión tan importante como la de considerar que estamos ante un nuevo derecho fundamental, y no ante la nueva expresión de, si cabe la expresión, "un viejo derecho".

42. A nuestra anterior aseveración hay que añadir como en otros supuestos el Tribunal Constitucional peruano ha puesto más bien énfasis en resaltar que estamos ante un contenido implícito de un derecho al cual la Carta de 1993 expresamente le reconoce la condición de Derecho Fundamental. Esto es lo predicable, por ejemplo, de los derechos de acceso a la justicia y a la ejecución de sentencias,

a los cuales se asume como expresiones del derecho a la tutela jurisdiccional; o frente a los derechos a la prueba en el procedimiento y de la libertad de ejercicio de la profesión, considerados como contenido implícito de los derechos a un debido proceso y a la libertad de trabajo, respectivamente. Sin embargo, revisando esos casos veremos cómo se llega a conclusiones cuyos fundamentos desafortunadamente no están explícitamente consignados.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

EXP. N.º 01470-2016-PHC/TC
AREQUIPA
JAVIER VELÁSQUEZ RAMÍREZ

VOTO SINGULAR DE LOS MAGISTRADOS SARDÓN DE TABOADA Y FERRERO COSTA

Discrepamos de la sentencia en mayoría porque la Constitución no reconoce explícita ni tácitamente el derecho a la alimentación. En nuestra opinión, este derecho no puede ser deducido de "la dignidad del hombre" a la que se refiere el artículo 3, ya que esta no depende de que se tenga acceso a ningún bien o servicio, por más necesario que sea.

La dignidad es una característica inherente a la persona humana y deriva de su capacidad de actuar libre y responsablemente, a pesar de estar constreñido por las circunstancias. La persona humana siempre tiene un margen en el cual puede elegir su curso de acción y por el cual debe luego responder. En ello está su dignidad.

La sentencia en mayoría deduce de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 25.1) y del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 11.1) que el Estado tiene el deber de proveer alimentación a los necesitados.

Sin embargo, en tanto escasos, los alimentos son bienes económicos. Así, dado que el artículo 58 de la Constitución establece que nuestro régimen económico es la economía social de mercado, su provisión debe ser atendida por la libre iniciativa privada en un entorno de competencia.

Por ello, con base en la Constitución, no se puede exigir que el Gobierno Regional de Arequipa reabra un centro de apoyo nutricional como el que funcionaba en el local de la Beneficencia Pública de Arequipa.

Por supuesto, esta conclusión no implica negar el valor humano de la solidaridad. Ciertamente, la solidaridad es un valor humano, y es deseable que sea ampliamente cultivado. Pero la Constitución no permite que nadie —ni siquiera una mayoría de magistrados del Tribunal Constitucional— obligue a otra persona a ser solidaria.

Por tanto, en aplicación del artículo 5, inciso 1, del Código Procesal Constitucional, la demanda de autos es **IMPROCEDENTE.**

SS.

SARDÓN DE TABOADA
FERRERO COSTA

EXP. N.º 01470-2016-PHC/TC
AREQUIPA
JAVIER VELÁSQUEZ RAMÍREZ

VOTO DEL MAGISTRADO RAMOS NÚÑEZ

Emito el presente voto, con fecha posterior, a fin de precisar que coincido con la posición mayoritaria según la cual debe declararse **FUNDADA** la demanda, entendida como una de amparo, al haberse vulnerado el derecho a la alimentación. Por ello, considero que lo que corresponde ordenar es, como se ha indicado en la sentencia, que el Gobierno Regional de Arequipa reinstaure en el plazo de treinta (30) días el servicio del Centro de Apoyo Nutricional de Arequipa, en el local que identifique para tal efecto, bajo responsabilidad. De igual forma, corresponde ordenar que el referido gobierno regional informe a este Tribunal, luego del aludido plazo de treinta (30) días, sobre el cumplimiento de lo dispuesto en la sentencia y, como consecuencia de todo lo expuesto, que asuma el pago de los costos del proceso a favor del demandante.

S.

RAMOS NÚÑEZ

EXP. N.º 03607-2018-PHC/TC
LIMA
ALEJANDRO TOLEDO MANRIQUE, REPRESENTADO POR HERIBERTO MANUEL BENITEZ RIVAS

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 27 días del mes de agosto de 2019, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Miranda Canales, Ramos Núñez, Sardón de Taboada, Ledesma Narváez, Espinosa-Saldaña Barrera y Ferrero Costa, pronuncia la siguiente sentencia, con la abstención del magistrado Blume Fortini, aprobada en sesión de Pleno de 15 de agosto de 2019 y el fundamento de voto del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Heriberto Manuel Benitez Rivas contra la resolución de fojas 455, de fecha 15 de junio de 2018, expedida por la Tercera Sala Penal de Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró improcedente la demanda de *habeas corpus* de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 23 de marzo de 2018, don Heriberto Manuel Benitez Rivas interpone demanda de *habeas corpus* a favor de don Alejandro Toledo Manrique y la dirige contra el presidente de la República, don Pedro Pablo Kuczynski Godard, contra el ministro de Justicia y Derechos Humanos, Enrique Javier Mendoza Ramírez, y contra la ministra de Relaciones Exteriores, doña Cayetana Aljovín Gazzani. El recurrente solicita que se declare nula y sin efectos jurídicos la Resolución Suprema 054-2018-JUS, de fecha 21 de marzo de 2018. Se alega amenaza a la libertad personal y vulneración del derecho de defensa.

El recurrente refiere que, mediante Resolución Suprema 054-2018-JUS, de fecha 21 de marzo de 2018, se accede a la extradición activa de don Alejandro Toledo Manrique, formulada por el Primer Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional de la Sala Pe-

nal Nacional por la presunta comisión de los delitos de tráfico de influencias, colusión y lavado de activos. Dicha decisión, arguye el accionante, se tomó sin respetar el derecho de defensa del favorecido, puesto que, con la debida anticipación, se remitieron dos cartas notariales a la presidencia del Consejo de Ministros y al Ministro de Justicia y Derechos Humanos, a fin de que se le permita el uso de la palabra para realizar un informe *in voce* en la sesión del Consejo de Ministros, con el fin de explicar las razones por las que correspondía suspender el proceso de extradición y devolver los actuados al Poder Judicial. Sin embargo, dichos pedidos no fueron atendidos y ni se mencionan en la cuestionada resolución suprema que aprobó de forma rápida la solicitud de extradición, toda vez que existe una persecución política en contra del favorecido.

El accionante añade que con ese informe se demostrarían las vulneraciones al debido proceso que se han suscitado durante el trámite del proceso de extradición en el Poder Judicial como son las arbitrarias prisiones preventivas que han generado órdenes de captura en contra del favorecido a nivel nacional e internacional; que, en el caso del delito de tráfico de influencias, el pedido fue gestionado por un juez de primera instancia cuando correspondía que lo realice un magistrado supremo; que la declaración de Josef Maiman como colaborador eficaz no ha sido corroborada y fue obtenida por coacción; que la Sala Penal Nacional ya no tiene competencia para ver los supuestos delitos materia de investigación relacionados al caso Odebrecht, por lo que las carpetas debieron ser remitidas al Sistema Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios; y se avaló la incorporación de actuados del expediente relacionado al caso Ecoteva, a pesar de que el propio juez rechazó la acumulación de dicha causa con el expediente del caso Odebrecht; entre otras alegaciones.

Finalmente, el recurrente manifiesta que el Poder Ejecutivo no ha considerado la Resolución 1/18 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos referida a "Corrupción y Derechos Humanos" que fue aprobada el 2 de marzo de 2018, en la que se enfatiza que la lucha contra la corrupción debe realizarse con pleno respeto a los derechos humanos, en especial, las garantías judiciales y el debido proceso.

A fojas 48 y 91, 53 y 96 y 82 de autos, el procurador público de la Presidencia del Consejo de Ministros, el procurador público del Ministerio de Relaciones Exteriores y la procuradora adjunta del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos se apersonan al proceso respectivamente.

Mediante escrito de fecha 5 de junio de 2018, don Pedro Pablo Kuczynski Godard se apersona al proceso y solicita el uso de la palabra (folio 107).

Mediante escrito de fecha 13 de junio de 2018, la defensa de doña Cayetana Aljovín, entonces ministra de Relaciones Exteriores, presenta conclusiones en las que indica

que la audiencia previa se realiza en el procedimiento de debate judicial ante la Corte Suprema de Justicia de la República en los casos de extradición, al que la defensa del favorecido reconoce haber concurrido. La expedición de la resolución suprema por parte del Poder Ejecutivo se realiza sin audiencia previa conforme al artículo 526, numeral 4, del nuevo Código Procesal Penal. Además, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha declarado especialmente en el caso Wong Ho Wing (sentencia de fecha 30 de junio de 2015) que la denegación de la audiencia en la llamada "fase política" del procedimiento de extradición no constituye violación a los derechos establecidos en la Convención (folio 452).

El procurador público adjunto del Ministerio de Relaciones Exteriores, mediante escrito de fecha 12 de junio de 2018, solicita que se confirme la apelada con el argumento de que ni las normas del nuevo Código Procesal Penal, ni el Decreto Supremo 016-2006 establecen la intervención del *extraditurus* ni de su defensa técnica al momento de la calificación política que se efectúa al interior del Consejo de Ministros, solo se prevé la participación del Ministro de Justicia y Derechos Humanos. Añade que la Comisión Oficial de Extradiciones y Traslado de personas condenadas emitió su informe el 15 de marzo de 2018 y la resolución suprema materia de la demanda se emitió el 21 de marzo de 2018, sin quebrantar procedimiento ni plazo alguno. De otro lado, señala que el Poder Ejecutivo se encarga de la llamada conveniencia política de la extradición con base en los grandes lineamientos del Estado, como parte de la comunidad internacional, pero no tiene facultad de revisión de las resoluciones emitidas por el Poder Judicial, que realiza el examen técnico-jurídico de la extradición. La facultad del presidente de la República para conceder o denegar la extradición es un acto legítimo por ser el gobernante del Estado al cual se le peticiona la autorización (folio 375).

El Octavo Juzgado Penal con Reos Libres de Lima, con fecha 2 de abril de 2018, declaró infundada la demanda por considerar que la extradición del favorecido ha tenido su propio cause legal procesal dentro de un proceso penal regular en el que se han respetado las garantías del debido proceso y la resolución suprema dictada por el Poder Ejecutivo en el ejercicio de sus funciones y prerrogativas, previstos por el artículo 37 de la Constitución Política del Perú, leyes especiales y tratados internacionales; específicamente, conforme a lo previsto en la Ley 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo que faculta conceder la extradición, con aprobación del Consejo de Ministros, previo informe de la Corte Suprema de la República (Expediente 21-2018).

La Tercera Sala Penal de Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima revocó la apelada, la reformó y la declaró improcedente, por estimar que los procesos de extradición tienen dos momentos, uno ante el Poder Judicial y el otro ante el Poder

Ejecutivo. El Poder Ejecutivo analiza las cuestiones de carácter político que son las que nacen de sus relaciones con los demás Estados y organismos internacionales; en ese sentido, la alegada no concesión del "uso de la palabra" en sesión del Consejo de Ministros carece de sustento legal, más aún cuando de la sentencia de fecha 30 de junio de 2015, caso Wong Ho Wing vs. Perú, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos se desprende que el derecho a ser oído se ejerce en la etapa judicial y no en la etapa política de la extradición.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. El objeto de la demanda es que se declare nula y sin efectos jurídicos la Resolución Suprema 054-2018-JUS, de fecha 21 de marzo de 2018, mediante la cual se accede a la solicitud de extradición activa de don Alejandro Toledo Manrique. Se alega amenaza a la libertad personal y vulneración del derecho de defensa.

Consideraciones preliminares

2. El Octavo Juzgado Penal con Reos Libres de Lima declaró infundada la demanda y la Tercera Sala Penal de Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima revocó la apelada, la reformó y la declaró improcedente. Al respecto, este Tribunal Constitucional aprecia que dichos pronunciamientos fueron emitidos sin haber admitido a trámite la demanda. Sin embargo, en atención a los principios de celeridad y economía procesal, este Tribunal considera pertinente emitir pronunciamiento de fondo, toda vez que en autos aparecen los elementos necesarios para ello. Además, según se advierte de los actuados, los procuradores públicos de la Presidencia del Consejo de Ministros, del Ministerio de Relaciones Exteriores y del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos se apersonaron al proceso.

Análisis del caso materia de controversia constitucional

3. En la sentencia recaída en el Expediente 3966-2004-HC/TC, el Tribunal Constitucional, respecto al marco teórico de la extradición, señaló lo siguiente:

> […] la extradición debe ser entendida como un procedimiento mediante el cual un Estado es requerido para que haga entrega de un individuo que se encuentra dentro de su territorio y que tiene la condición de procesado o condenado por un delito común, por otro Estado requiriente o solicitante, en virtud de un Tratado, o, a falta de este, por aplicación del principio de reciprocidad, para que sea puesto a disposición de la autoridad judicial

> competente y se le enjuicie penalmente o para que cumpla y se ejecute la pena impuesta, si se hubiera producido previamente el proceso penal correspondiente [fundamento 9].
>
> […]
>
> Según Gonzalo Quintero Olivares [Manual de Derecho Penal, Parte General. Pamplona. Ed. Aranzadi, 1999, p. 190], la extradición también tiene una naturaleza política, ya que se entronca con el interés político. En dicho contexto, le corresponde al Estado requerido valorar si la extradición es, además de jurídicamente posible, políticamente conveniente [fundamento 12].
>
> Vicente Gimeno Sendra, Cándido Conde – Pumpido Tourón y José Garberí lobregat [Los Procesos Penales, Tomo 6, Barcelona. Ed. Bosh, 2000, p. 834], consideran a la extradición como una institución mixta, con una connotación jurídica y otra política, la cual, a su vez, en el plano estrictamente jurídico, también es híbrida, al pertenecer y estar influida por tres disciplinas jurídicas distintas: el Derecho Internacional, el Derecho Penal y el Derecho Procesal. Es por eso, desde el punto de vista internacional, un acto de relación entre dos Estados que genera derechos y obligaciones mutuas. Procesalmente se trata de un elemental acto de asistencia judicial. Penalmente, no es más que el reconocimiento de la extraterritorialidad de la ley de un país en el ejercicio legítimo de su *ius puniendi* [fundamento 13].

4. En función de los sujetos participantes en el procedimiento, la extradición puede ser clasificada como sigue: a) extradición activa, que es aquella en donde un Estado es el sujeto requiriente, es decir, aquél en cuya jurisdicción recae la investigación y represión del delito imputado al individuo extraditable o *extraditurus*; y b) extradición pasiva aquella en donde un Estado es el requerido (Expediente 3966-2004-HC/TC).

5. En el presente caso, se cuestiona que, en el trámite del proceso de extradición activa de don Alejandro Toledo Manrique, no se le haya permitido hacer el uso de la palabra ante el Consejo de Ministros conforme a lo solicitado en las cartas notariales de fecha 15 y 19 de marzo de 2018, lo que habría afectado su derecho de defensa (folio 13 y 16).

6. El artículo 37 de la Constitución Política del Perú establece que la extradición solo se concede por el Poder Ejecutivo previo informe de la Corte Suprema de Justicia en cumplimiento de la ley y de los tratados, y según el principio de reciprocidad. De ello se desprende que la extradición se desarrolla bajo un sistema

mixto, en donde el Poder Ejecutivo es el que determina la concesión del pedido de extradición del requerido, previo pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la República (Expediente 8053-2013-PHC/TC).

7. En efecto, el proceso de extradición se desarrolla en un sistema mixto y, como se indica en el fundamento 5 *supra*, el cuestionamiento que realiza el recurrente se refiere a la fase del proceso de extradición que corresponde al Poder Ejecutivo. Al respecto, el artículo 8, literal "r", de la Ley 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, se establece como una de las funciones del presidente de la República en su condición de jefe de Estado "[…] Conceder la extradición, con aprobación del Consejo de Ministros, previo informe de la Corte Suprema de Justicia de la República".

8. El artículo 526, numeral 3, del nuevo Código Procesal Penal establece que el Poder Ejecutivo se pronuncia mediante resolución suprema aprobada en Consejos de Ministros, previo informe de la Comisión Oficial de Extradiciones y Traslado de Personas Condenadas. A su vez, el artículo 30 del Decreto Supremo 016-2006-JUS determina que el ministro de Justicia expondrá ante el Consejo de Ministros, teniendo en consideración el cuaderno formado por el Poder Judicial y el informe elevado por la Comisión de Extradiciones y Traslado de Condenados. De dicha normativa se desprende que, en esta etapa del proceso de extradición, no se encuentra prevista el uso de la palabra por parte de la defensa de la persona sujeta a dicho proceso.

9. En la sentencia recaída en el Expediente 8053-2013-PHC/TC, se señaló que el artículo 139, inciso 3, de la Constitución establece los principios y derechos de la función jurisdiccional y la observancia del debido proceso y de la tutela jurisdiccional; en consecuencia, cuando el órgano jurisdiccional imparte justicia, está obligado a observar los principios, derechos y garantías que la Norma Suprema establece como límites del ejercicio de las funciones asignadas; entre estos, el derecho de defensa.

10. El Tribunal Constitucional ha señalado en reiterada jurisprudencia que el contenido esencial del derecho de defensa, establecido en el artículo 139, inciso 14, de la Constitución Política del Perú, queda afectado cuando, en el seno de un proceso judicial, cualquiera de las partes resulta impedida, por actos concretos de los órganos judiciales, de ejercer los medios necesarios, suficientes y eficaces para defender sus derechos e intereses legítimos.

11. Este Tribunal considera que, como el proceso de extradición se desarrolla bajo un sistema mixto, se debe garantizar el derecho de defensa durante la etapa que

se desarrolla en el Poder Judicial, en atención de que el análisis técnico-jurídico de la extradición lo realiza una Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de la República, mientras que al Poder Ejecutivo, sobre la opinión favorable de la Sala Penal Suprema, le corresponde el análisis político en función de las relaciones de cooperación internacional que existen entre los Estados.

12. Cabe señalar que, si bien la Sala Penal Suprema puede acceder a la extradición mediante una resolución consultiva, ello no obliga que el Gobierno peruano adopte la misma decisión. Situación diferente se presenta si la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia opinara que la extradición solicitada no procede, dicha decisión sí vincula al Gobierno peruano, toda vez que es al Poder Judicial a quien le corresponde el análisis técnico-jurídico de la aludida solicitud (artículo 515 del nuevo Código Procesal Penal).

13. Es importante resaltar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Wong Ho Wing vs. Perú, sentencia de fecha 30 de junio de 2015, numeral 227, hace mención a que el proceso de extradición en el Perú tiene una fase judicial y una fase política; y, en el numeral 230, se indica que, en la fase política del procedimiento, el extraditable no forma parte de este. Cabe precisar que el caso Wong Ho Wing fue un tipo de extradición pasiva, a diferencia del presente caso que trata de una extradición activa.

14. Por lo expuesto, este Tribunal aprecia que el que no se haya previsto el uso de la palabra ante el Consejo de Ministros no vulnera algún derecho del favorecido.

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
RAMOS NÚÑEZ
SARDÓN DE TABOADA
LEDESMA NARVÁEZ
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA
FERRERO COSTA

EXP. N.º 03607-2018-PHC/TC
LIMA
ALEJANDRO TOLEDO MANRIQUE, REPRESENTADO POR HERIBERTO MANUEL BENITEZ RIVAS

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

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

Sobre el contenido de la pretensión alegada:

1. En primer lugar, y como puede apreciarse en la presente sentencia, la demanda es declarada infundada, debido a que no se acreditó la vulneración de los derechos fundamentales a la libertad personal y al debido proceso, en su manifestación del derecho de defensa.

2. Sin perjuicio de encontrarme de acuerdo con el sentido de dicho fallo, considero pertinente referirme al presunto estado de indefensión que alega el actor que se encontraba, al no habérsele permitido hacer uso de la palabra para realizar un informe *in voce* en la sesión del Consejo de Ministros, con el fin de explicar las razones por las que correspondía suspender el proceso de extradición y devolver los actuados al Poder Judicial.

3. Al respecto, y en reiterada jurisprudencia, este Tribunal ha señalado que el derecho a la defensa comporta en estricto el derecho a no quedar en estado de indefensión en algún estado del proceso. Este derecho 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 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 (cfr. Sentencia 06260-2005-HC/TC).

4. De igual manera, este Tribunal Constitucional en constante jurisprudencia ha precisado que el derecho a no quedar en estado de indefensión se conculca cuando los titulares de los derechos e intereses legítimos se ven impedidos de ejercer los medios legales suficientes para su defensa. Ahora bien, *no* cualquier imposibilidad de ejercer esos medios produce un estado de indefensión que atenta contra el contenido constitucionalmente protegido del derecho, sino que es constitucionalmente relevante cuando, por ejemplo, se genera una indebida y arbitraria actuación del órgano que investiga o juzga al individuo. Tal hecho se produce cuando el justiciable es impedido, de modo injustificado, de argumentar a favor de sus derechos e intereses legítimos (Sentencias 00582-2006-PA/TC; 05175-2007-HC/TC, entre otras).

5. Ahora bien, en el presente caso tenemos que si bien el demandante no pudo exponer oralmente las razones por las que consideraba que debía suspenderse el proceso de extradición en su contra, ello *per se* no constituye una vulneración de su derecho de defensa pues resulta claro que no ha quedado, a la luz de los hechos del caso, en un estado de indefensión.

6. Y es que el recurrente no estuvo impedido, en momento alguno, de hacer los descargos que estimaba pertinente por escrito. Esta vía hubiera garantizado que el Poder Ejecutivo evaluara sus argumentos para la decisión que eventualmente tomaría, sin mayor inconveniente.

7. De hecho, la propia parte demandante, en la audiencia de vista de la causa del presente caso, alega que no presentó los descargos por escrito como una estrategia de defensa. Si es así, y sin perjuicio de que el actor está en todo su derecho de plantear la estrategia legal que estime pertinente, no se puede responsabilizar a la parte demandada y alegar una supuesta indefensión por una omisión voluntaria del demandante para ejercer un medio legalmente permitido para argumentar sus razones.

8. Siendo así, no se configura en la presente controversia actuar arbitrario alguno de la parte demandada al no haberse configurado un estado de indefensión para el demandante y, por tanto, no existió vulneración de su derecho fundamental al debido proceso, en su manifestación del derecho de defensa.

Sobre los términos "afectación" y "vulneración" de derechos fundamentales:

9. Nuestra responsabilidad como jueces y juezas constitucionales del Tribunal Constitucional peruano incluye pronunciarse con resoluciones comprensibles, y a la vez, rigurosas técnicamente. Si no se toma en cuenta ello, el Tribunal

Constitucional falta a su responsabilidad institucional de concretización de la Constitución, pues debe hacerse entender a cabalidad en la compresión del ordenamiento jurídico conforme a los principios, valores y demás preceptos de esta misma Constitución.

10. En ese sentido, encuentro que en la presente sentencia se hace alusiones tanto a afectaciones como vulneraciones.

11. En rigor conceptual, ambas nociones son diferentes. Por una parte, se hace referencia a "intervenciones" o "afectaciones" iusfundamentales cuando, de manera genérica, existe alguna forma de incidencia o injerencia en el contenido constitucionalmente protegido de un derecho, la cual podría ser tanto una acción como una omisión, podría tener o no una connotación negativa, y podría tratarse de una injerencia desproporcionada o no. Así visto, a modo de ejemplo, los supuestos de restricción o limitación de derechos fundamentales, así como muchos casos de delimitación del contenido de estos derechos, pueden ser considerados *prima facie*, es decir, antes de analizar su legitimidad constitucional, como formas de afectación o de intervención iusfundamental.

12. Por otra parte, se alude a supuestos de "vulneración", "violación" o "lesión" al contenido de un derecho fundamental cuando estamos ante intervenciones o afectaciones iusfundamentales negativas, directas, concretas y sin una justificación razonable.

Sobre la expresión "principios y derechos de la función jurisdiccional" que se reproduce en el fundamento jurídico noveno:

13. Ahora bien, de otro lado, y respecto a la expresión "principios y derechos de la función jurisdiccional" que se reproduce en el fundamento 9 de la ponencia, es preciso indicar que tal expresión viene recogida en el artículo 139 de la propia Constitución. Allí, como bien se recordará, se enumeran cuestiones completamente diferentes entre sí, pudiéndose anotar además que varias de ellas no tienen relación con la expresión señalada. Como voy a explicar a continuación de manera sucinta, siendo nuestra labor central la tutela de los derechos fundamentales, corresponde aquí, tal como este Tribunal lo ha hecho en otra ocasiones, apuntalar una comprensión del precepto constitucional para que, muy a despecho de su lectura literal, pueda permitirnos cumplir a cabalidad la labor garantista que se nos ha encomendado.

14. En efecto, lo primero que debemos advertir es que en dicha disposición se alude a unos supuestos "derechos (…) de la función jurisdiccional". Al respecto, a ni-

vel conceptual es completamente claro que ninguna "función" del Estado puede ser titular de derechos constitucionales. Asimismo, si la referencia más bien alude a alguna institución o ente del Estado, también ha quedado suficientemente explicado a nivel teórico, como en la jurisprudencia de este mismo Tribunal, que el Estado y sus diferentes reparticiones pueden reclamar principios como pautas que orientan a su labor o garantías como mecanismos para la protección del cumplimiento de sus decisiones, más no la titularidad de derechos fundamentales, siempre y cuando estas reparticiones actúen con *ius imperium*.

15. De otro lado, el ya mencionado artículo 139 de la Carta de 1993 tiene redundancias e imprecisiones diversas, tanto gramaticales (por ejemplo la contenida en los incisos 14 y 15, con respecto a que "toda persona debe ser informada, inmediatamente y por escrito, de las causas o razones de su detención"), como conceptuales. Un ejemplo de esto último se da cuando en el inciso 3 se reconoce el derecho al "debido proceso y a la tutela jurisdiccional", y a la vez, en distintos incisos, se señalan derechos que, precisamente, forman parte del derecho al debido proceso. Me quedo en lo reseñado y no hago aquí notar en detalle la existencia de expresiones que pueden llamar a confusión, tales como la que se encuentra en el inciso 20: "Son principios y derechos de la función jurisdiccional (…) El principio del derecho de toda persona a…".

16. Por último, en dicho listado figuran cuestiones completamente distintas entre sí, y que merecerían no solo una mejor redacción sino también un trato diferenciado. Por ejemplo, aparecen allí, entremezclados, derechos constitucionales de las partes procesales en general; derechos que, de manera más específica, forman parte del derecho al debido proceso; o a garantías en favor de los jueces y el sistema de justicia.

17. En la línea de lo explicado entonces, a pesar de las imprecisiones en las cuales puede incurrir el constituyente, considero que este Tribunal Constitucional, en aras a la claridad conceptual que debe distinguir a los jueces constitucionales, debe evitar hacer mención a la expresión "principios y derechos de la función jurisdiccional", para más bien hacer referencias más específicas y técnicamente precisas, conforme a lo que se quiera indicar en cada caso concreto.

Sobre el término "contenido esencial" que se reproduce en el fundamento jurídico décimo:

18. De otro lado, en la sentencia se utiliza la noción de "contenido esencial" para hacer referencia a una porción de cada derecho fundamental que "merece protección a través del proceso de amparo", a diferencia de otros ámbitos que, si

bien forman parte del derecho, no están incluidos su "contenido esencial" y, por ende, no merecerían tutela a través del proceso de amparo, por tratarse de contenidos tienen origen más bien en la ley (los llamados contenido "no esencial" o "adicional").

19. Al respecto, conviene además tener presente que en la jurisprudencia de este Tribunal se encuentra que la expresión "contenido esencial" se ha usado de distinto modo. En especial, ha sido entendida como límite infranqueable, determinado *ab initio*, para el legislador de los derechos fundamentales; 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.

20. En lo que concierne al uso que se le da en esta sentencia, dicha comprensión ha requerido que este órgano colegiado establezca "listas" de contenidos iusfundamentales, a través de las cuales el Tribunal instituye cuáles ámbitos del derecho considera como parte del contenido esencial y cuáles quedan fuera. Esta operación, qué duda cabe, es sumamente discrecional, y por ello, corre el riesgo de devenir en arbitraria, máxime si nos encontramos ante derechos de configuración legal como el derecho a la pensión. Además de ello, su consecuencia es que se presentan casos en lo que algunos contenidos, los cuales realmente forman parte del derecho, y por ende merecerían protección a través del amparo, han quedado excluidos de esta posibilidad de tutela urgente pues no fueron incluidos en la decisión del Tribunal Constitucional. Esto ha pasado, por ejemplo, con respecto de algunas personas de edad avanzada, a quienes este Tribunal ha tutelado su derecho a acceder a una pensión, pese a no encontrarse dentro de los supuestos considerados como "contenido esencial" del derecho a la pensión. Por el contrario, sigue excluyendo de tutela aquellos casos en los que se demanda acceder a pensiones mayores de 415 nuevos soles, a pesar de que el "mínimo vital" que en su momento justificó establecer la mencionada cifra, ha variado notoriamente.

21. Al respecto, y como hemos explicado en otras oportunidades, consideramos que esta noción de "contenido esencial" suele generar confusión y no aporta mucho más que la noción de "contenido de los derechos", a secas. Téngase presente que, finalmente, la expresión utilizada por el Código Procesal Constitucional es la de "contenido constitucionalmente protegido" de los derechos.

22. En este sentido, consideramos que casos como el presente podrían analizarse a partir del *análisis sobre la relevancia constitucional del caso*, fórmula establecida

en la STC 02988-2013-AA, tomando en consideración reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Allí se recordó que tanto el artículo 5, inciso 1, como el artículo 38 del Código Procesal Constitucional prescriben la improcedencia de la demanda si esta no está dirigida a la defensa de ámbitos protegidos por derechos constitucionales. Con más detalle, se indicó que su determinación requiere, básicamente[1]:

(1) Verificar que existe una *norma de derecho constitucional* pertinente para el caso (es decir, una interpretación válida de disposiciones que reconocen derechos constitucionales). Esto exige encontrar, primero, una disposición (enunciado normativo) que reconozca el derecho fundamental invocado, que puede ubicarse tanto en la Constitución, como en los tratados de derechos humanos, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional o en la jurisprudencia supranacional vinculante para el Estado peruano. Seguidamente, será necesario establecer las normas (interpretaciones, significados) que se desprendan válidamente de las disposiciones que reconocen derechos, de tal forma que pueda reconocerse qué protege realmente el derecho invocado.

Ahora bien, esto de ninguna forma descarta la posibilidad de que se tutelen derechos constitucionales no reconocidos de modo expreso (derechos implícitos o no enumerados); sin embargo, en tal caso será necesario vincular interpretativamente el derecho invocado en la demanda con lo dispuesto en la cláusula constitucional que reconoce los derechos fundamentales no enumerados (artículo 3 de la Constitución[2]).

Asimismo, de lo anterior no se desprende que los derechos constitucionales de desarrollo legal queden desprotegidos; al respecto, debe tenerse en cuenta que, en general, los derechos constitucionales siempre son desarrollados, concretados o actualizados por los jueces y el poder político (legislativo y administrativo), sin que ello contradiga o disminuya su naturaleza iusfundamental. Solo en caso que la legislación de desarrollo rebalse el ámbito constitucionalmente protegido de un derecho, que se trate de derechos de origen legal, o si el contenido del derecho merece protección en otra vía (lo que corresponderá ser

1 Con matices, cfr. STC Exp. N° 00665-2007-PA/TC, f. j. 5.a y b, STC Exp. N° 06218-2007-HC/TC, f. j. 10.

2 Constitución Política del Perú

"Artículo 3.- La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno."

analizado a partir de otra causal de improcedencia) se declarará improcedente la demanda[3].

(2) Constatar que el demandante se beneficie de la posición jurídica amparada por la norma iusfundamental encontrada. Es decir, luego de analizado el ámbito protegido del derecho, debe determinarse si lo alegado en la demanda (en la pretensión, en los hechos descritos) son subsumibles en el ámbito normativo del derecho, describiéndose a estos efectos quién es el titular del derecho (sujeto activo), el obligado (sujeto pasivo) y la concreta obligación iusfundamental. En otras palabras, es necesario acreditar la titularidad del derecho, más aun, la existencia de una "relación jurídica de derecho fundamental"[4].

(3) Finalmente, debe verificarse que la afectación o restricción cuestionada incida en el ámbito protegido por el derecho invocado, cuando menos de modo preliminar o *prima facie*, es decir, sin necesidad de ingresar a analizar el fondo del caso. En efecto, a través de esta causal de improcedencia no se trata de demostrar la existencia de una intervención justificada o ilegítima (lo que solo se conocerá con certeza al finalizar el proceso constitucional), sino de descartar que estemos ante un caso de "afectación aparente", en la medida que la lesión o amenaza, si bien perturba de alguna forma intereses del actor, finalmente no incide en ningún contenido constitucionalmente relevante.

23. Además de ello, debe tenerse en cuenta que en algunos casos excepcionales este análisis de relevancia iusfundamental puede ser insuficiente; por ejemplo: cuando la Constitución prevé excepciones al ejercicio del referido derecho; cuando la interpretación que se hace de la disposición que reconoce el derecho es irrazonable o absurda; cuando la demanda reivindica un contenido manifiestamente ilícito y tal ilicitud no es puesta en duda; cuando la titularidad del derecho requiere, de modo necesario, condiciones adicionales de aplicación; cuando se busca tutelar un ámbito aparentemente protegido, pero que el Tribunal Constitucional ha excluido expresamente en su jurisprudencia de observancia obligatoria, entre situaciones que casuísticamente puedan presentarse. En este supuesto, atendiendo al caso concreto, será necesario tener en cuenta consideraciones adicionales al examen de tres pasos señalado *supra*, para determinar si lo alegado hace referencia al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado, y con ello resolver la procedencia de la demanda.

---

3 Cfr. STC Exp. N° 03227-2007-PA/TC, f. j. 3; RTC Exp. N° 9096-2006-PA/TC, f. j. 2.

4 Cfr., *mutatis mutandis*, RTC Exp. N° 01581-2010-PHD/TC, f. j. 6, STC Exp. N° 01417-2005-AA/TC, f. j. 25-27.

24. Consideramos que a partir de este análisis puede determinarse, de manera ordenada y con coherencia conceptual, si la afectación o la amenaza alegada en una demanda incide realmente en el contenido protegido por el derecho fundamental invocado y, en ese sentido, si *prima facie* merece tutela a través de un proceso constitucional; prescindiéndose, pues, de nociones equívocas como la de "contenido esencial".

25. Esto, desde luego, sin perjuicio de que casos auténticamente referidos al contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales que se invocan finalmente puedan ser declarados improcedentes, en atención a las otras causales de improcedencia contenidas también en el Código Procesal Constitucional.

S.

ESPINOSA SALDAÑA BARRERA

EXP. N.º 02933-2019-PHC/TC
LIMA
ALFREDO VÍCTOR CRESPO BRAGAYRAC, a favor de ABIMAEL GUZMÁN REINOSO Y ELENA YPARRAGUIRRE REVOREDO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 27 días del mes de agosto de 2019, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Blume Fortini, Miranda Canales, Ramos Núñez, Sardón de Taboada, Ledesma Narváez, Espinosa-Saldaña Barrera y Ferrero Costa, pronuncia la siguiente sentencia.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Alfredo Víctor Crespo Bragayrac, contra la resolución de fojas 77, de fecha 27 de mayo de 2019, expedida por la Cuarta Sala especializada en lo penal para procesos con reos en cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, que confirmó la resolución que declaró improcedente la demanda de *habeas corpus* de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 29 de noviembre de 2018, don Alfredo Víctor Crespo Bragayrac interpone demanda de *habeas corpus* en favor de Abimael Guzmán Reinoso y Elena Yparraguirre Revoredo, y la dirige contra el señor Carlos Antonio Romero Rivera en su condición de Presidente del Instituto Nacional Penitenciario (INPE). Solicita que cese la violación del derecho la vida familiar de los agraviados y, en consecuencia, se disponga el traslado de Elena Yparraguirre Revoredo al Penal Militar de la Base Naval para que pueda visitar a su esposo Abimael Guzmán Reinoso. Se alega la vulneración de los derechos a la dignidad e integridad moral, psíquica, a la igualdad a la ley, a no ser discriminado, y a no ser objeto de un tratamiento carente de razonabilidad y proporcionalidad respecto de la forma y condiciones en que viene cumpliendo la pena impuesta.

Sostiene que sus patrocinados se encuentran en penales distintos en la localidad de Lima y tienen la condición de cónyuges. A pesar de ello, señala que el demandado

viene negando desde hace más de un año el derecho al encuentro familiar de los agraviados.

La jueza del Cuadragésimo Sexto Juzgado Penal de Lima declara improcedente la demanda de hábeas corpus. Considera que existen vías procedimentales especificas para la protección de los derechos alegados y que el hábeas corpus se está utilizando para discutir aspectos propios de la jurisdicción ordinaria.

La Cuarta Sala Especializada en lo penal para procesos con reos en cárcel confirma la declaración de improcedencia en razón de que no se habría agotado la vía previa dado que en el artículo 52 del Código de Ejecución Penal se tiene prevista la formulación de peticiones, quejas o denuncias sobre aspectos que considere afecten sus derechos.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. Solicita que cese la violación del derecho la vida familiar de los agraviados y, en consecuencia, se disponga el traslado de Elena Yparraguirre Revoredo al Penal Militar de la Base Naval para que pueda visitar a su esposo Abimael Guzmán Reinoso. Se alega la vulneración de los derechos a la dignidad e integridad moral, psíquica, a la igualdad a la ley, a no ser discriminado, y a no ser objeto de un tratamiento carente de razonabilidad y proporcionalidad respecto de la forma y condiciones en que viene cumpliendo la pena impuesta.

Consideraciones procesales

2. En el presente caso, se ha discutido extensamente, tanto en el juzgado como en la sala superior, la necesidad de que el recurrente haya solicitado la revisión de sus condiciones de privación de libertad ante la autoridad administrativa correspondiente, en lo que configuraría una vía previa al hábeas corpus.

3. Lo cierto es que dicha consideración no corresponde a lo previsto en el inciso 4, del artículo 5 del Código Procesal Constitucional, donde se señala que no es exigible el agotamiento de vías previas en el proceso de hábeas corpus. Es por ello que aun cuando existe la posibilidad de reclamar sobre las condiciones en las que se cumple la pena en la vía administrativa, el proceso de hábeas corpus se encuentra habilitado, conforme señala el inciso 17 del artículo 25 del Código Procesal Constitucional (derecho del detenido o recluso a no ser objeto de un tratamiento carente de razonabilidad y proporcionalidad, respecto de la forma y condiciones en que cumple el mandato de detención o la pena).

4. De igual manera, la consideración sobre la existencia de una vía igualmente satisfactoria al proceso de hábeas corpus debe descartarse, toda vez que, aun cuando existe la posibilidad de cuestionar lo que pretende el recurrente por vías distintas al hábeas corpus, las características de este proceso constitucional lo hacen idóneo para evaluar las supuestas restricciones de las que sería objeto la parte demandada. Así se ha entendido también en la jurisprudencia de este Tribunal, cuando se ha dicho que el hábeas corpus correctivo tiene como fin "(…) resguardar a la persona de tratamientos carentes de razonabilidad y proporcionalidad, cuando se ha determinado cumplir un mandato de detención o de pena." (STC 02663-2002-PHC, f. 6. C); asimismo, y de forma más específica se ha señalado que es "(…) admisible la presentación de esta modalidad en los casos de arbitraria restricción del derecho de visita familiar a los reclusos (…)" (criterio sostenido en STC 02663-2002-PHC, 03019-2015-PHC/TC; 01711-2014-PHC, entre otras).

Análisis del caso

5. El cumplimiento de condiciones adecuadas de prisión es un tema recurrente en el Estado Constitucional, el cual ha asumido la rehabilitación del reo como uno de los principios del régimen penitenciario (STC 00803-2003-PHC/TC). La plena vigencia de los derechos humanos requiere, por tanto, desechar cualquier finalidad de la privación de la libertad personal reñida con la dignidad humana.

6. En ese sentido, la evaluación de las condiciones en las que una persona cumple condena ha sido susceptibles de evaluación por parte de este Tribunal Constitucional, en el marco de lo previsto desde sus primeros pronunciamientos, en lo que se ha conocido como el *hábeas corpus correctivo*. La arbitrariedad, es decir el trato carente de razonabilidad y proporcionalidad que menciona el Código, se verifica en cada caso concreto, a partir de los elementos particulares del mismo, como pueden ser la peligrosidad de la persona recluida, el delito involucrado o las posibilidades de fuga, aspectos que han sido evaluados en la jurisprudencia constitucional.

7. En este caso concreto, el demandante señala que se vulnera el derecho al encuentro familiar de los beneficiarios Abimael Guzmán Reinoso y Elena Yparraguirre Revoredo, ambos condenados a cadena perpetua y que cumplen condena en el Centro de la Base Naval del Callao (CEREC) y el Establecimiento Penal Ancón II (Piedras Gordas II). Identifica, para tal efecto, como el acto lesivo a los derechos de los beneficiarios la "negatoria sistemática desde hace más de un año el derecho al encuentro familiar (sic)"

8. La parte demandada, por su lado, ha expuesto que resulta un criterio uniforme en la jurisprudencia de este Tribunal la consideración de que la Base Naval se constituye como un centro de reclusión que, en principio, en sí mismo no configura una restricción irrazonable a la libertad personal (00774-2005-PHC/TC; 02700-2006-PHC/TC; 06116-2005-PHC/TC; entre otros).

9. De allí no se desprende necesariamente que no pueda existir arbitrariedad en el establecimiento penitenciario o en las condiciones de la condena. En todo caso, exige que los demandantes precisen cómo es que se daría el trato irrazonable que mencionan, más allá de un mero comentario no acompañado de documento alguno que permita acreditar lo afirmado.

10. Ahora bien, debe anotarse que existe un proceso similar de hábeas corpus, iniciado por Elena Yparraguirre Revoredo, ante el 37 Juzgado Penal – Reos Libres, días después de presentada la demanda en el presente proceso de hábeas corpus. Se ha puesto en conocimiento de este Tribunal, que, una vez iniciados ambos procesos, se ha producido una visita familiar entre ambos beneficiarios el día 6 de diciembre de 2018 (f. 74), hecho a su vez confirmado por el recurrente Alfredo Víctor Crespo Breagayrac en la audiencia del Pleno del Tribunal Constitucional del 21 de agosto de 2019.

11. Por ende, se ha producido la sustracción de la materia al haberse cumplido con el petitorio del presente hábeas corpus, el cual consistía en que se realice una visita familiar entre Abimael Guzmán Reinoso y Elena Yparraguirre Revoredo.

12. A mayor abundamiento, cabe señalar que el demandante no ha adjuntado prueba de la supuesta decisión del Presidente del Instituto Nacional Penitenciario que causa agravio a los beneficiarios del hábeas corpus. Por el contrario, ha dedicado sus alegatos a reiterar lo argumentado en la demanda sin aportar elemento alguno que sirva para fortalecer su posición o establecer la supuesta respuesta negativa a su solicitud.

13. En cualquier caso, y al ya haberse producido la sustracción de la materia, la demanda debe ser declarada improcedente.

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

HA RESUELTO

Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda.

Publíquese y notifíquese.

SS.

BLUME FORTINI
MIRANDA CANALES
RAMOS NÚÑEZ
SARDÓN DE TABOADA
LEDESMA NARVÁEZ
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA
FERRERO COSTA

EXP. N.º 02534-2019-PHC/TC
LIMA
KEIKO SOFÍA FUJIMORI HIGUCHI, representada
por SACHIE MARCELA FUJIMORI HIGUCHI DE KOENIG

RAZÓN DE RELATORÍA

Lima, 28 de noviembre de 2019

En el Expediente 02534-2019-PHC/TC se ha emitido la sentencia de fecha 25 de noviembre de 2019, suscrita por los magistrados Blume Fortini, Sardón de Taboada y Ferrero Costa, el voto singular emitido del magistrado Ramos Núñez y el voto singular conjunto emitido de los magistrados Miranda Canales, Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera. Al voto singular conjunto de los magistrados Miranda Canales y Espinosa-Saldaña Barrera se adjuntan, respectivamente, sus fundamentos adicionales y complementarios.

El resultado de la votación realizada en la presente causa es el siguiente:

1. Los magistrados Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada y Ferrero Costa, por mayoría, resolvieron "Declarar **FUNDADA** la demanda por haberse vulnerado el derecho a la libertad personal de la favorecida Keiko Sofía Fujimori Higuchi; y, en consecuencia, declarar NULA la Resolución 7, de fecha 31 de octubre de 2018, expedida por el juez del Primer Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional; NULA la Resolución 26, de fecha 3 de enero de 2019, expedida por la Sala Penal de Apelaciones Nacional; y NULA la ejecutoria del 9 de agosto de 2019, expedida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República; y, retrotrayendo las cosas al estado anterior a la emisión de las resoluciones anuladas, DISPONER la inmediata libertad de la favorecida, Keiko Sofía Fujimori Higuchi, oficiándose para tal fin a la autoridad competente".

   Los magistrados Miranda Canales, Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera, en minoría, consideran que debe declararse improcedente el recurso de agravio constitucional.

2. Los magistrados Blume Fortini, Sardón de Taboada y Ferrero Costa, en minoría, también consideraron lo siguiente:

> Declarar adicionalmente FUNDADA la demanda por haberse vulnerado los derechos a la presunción de inocencia, el debido proceso, la debida motivación de las resoluciones judiciales y a la defensa de la favorecida Keiko Sofia Fujimori Higuchi, así como el principio de razonabilidad.
>
> DISPONER que, en lo sucesivo, el juez Richard Augusto Concepción Carhuancho ciña su accionar a un escrupuloso respeto de los derechos fundamentales de los procesados, garantizando específicamente los derechos antes mencionados, así como los principios que informan una tramitación constitucionalizada y convencionalizada de los requerimientos de prisión preventiva y otras medidas cautelares que le formule el Ministerio Público".
>
> Notificar la presente resolución al Órgano de Control de la Magistratura a fin de que investigue la conducta del juez Richard Augusto Concepción Carhuancho en su actuación desplegada durante el trámite del requerimiento de prisión preventiva de la favorecida, que corrió ante su despacho.

> Estos extremos de la parte resolutiva de la ponencia han sido desestimados, por mayoría, por los magistrados Miranda Canales, Ramos Núñez, Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera, por las razones que expresan en su respectivos votos y fundamentos adicionales y complementarios.

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator

EXP. N.º 02534-2019-PHC/TC
LIMA
KEIKO SOFÍA FUJIMORI HIGUCHI, representada
por SACHIE MARCELA FUJIMORI HIGUCHI DE KOENIG

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 25 días del mes de noviembre de 2019, el Pleno del Tribunal Constitucional integrado por los magistrados Blume Fortini, Miranda Canales, Ramos Núñez, Sardón de Taboada, Ledesma Narváez, Espinosa-Saldaña Barrera y Ferrero Costa, pronuncia la siguiente sentencia, con el voto singular en parte del magistrado Ramos Núñez y los votos singulares de los magistrados Miranda Canales, Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera, que se agregan.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Sachie Marcela Fujimori Higuchi de Koenig, a favor de doña Keiko Sofía Fujimori Higuchi, contra la resolución de fojas 849, de fecha 11 de junio de 2019, expedida por la Segunda Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró improcedente la demanda de *habeas corpus* de autos.

Antecedentes

La recurrente, con fecha 8 de marzo de 2019, interpuso demanda de habeas corpus a favor de doña Keiko Sofia Fujimori Higuchi, y contra el juez del Primer Juzgado de Investigación Preparatoria y los jueces superiores de la Segunda Sala Penal de Apelaciones Nacional en adición a sus funciones de Sala Penal Especializada en delitos aduaneros, tributarios, de mercado y ambientales, solicitando la nulidad de la Resolución 7, del 31 de octubre de 2018, y la Resolución 26, del 3 de enero de 2019, emitidas en el expediente 299-2017-36, mediante las que, en doble instancia, le han impuesto 36 meses de prisión preventiva, vulnerando los derechos fundamentales a la libertad individual, al debido proceso, a la motivación de las resoluciones judiciales, a la defensa, el principio de legalidad y la presunción de inocencia de la favorecida.

Sostiene que, con fecha 31 de octubre de 2018, el juez emplazado dictó prisión preventiva en contra de la favorecida, pese a que el requerimiento de la fiscalía había sido efectuado contra 7 personas. El referido hecho fue cuestionado por la defensa de la favorecida, dado que estaba pendiente el debate respecto de las otras 6 personas, y, por lo tanto, debía esperar a culminar el debate de todos los investigados. Sin embargo, el juez emplazado continuó la lectura de la resolución impugnada y declaró fundado el citado requerimiento. Contra dicha decisión, la defensa de la favorecida interpuso recurso de apelación con fecha 6 de noviembre de 2018; no obstante ello, el juez emplazado luego de 30 días de interpuesto dicho recurso recién elevó el expediente a la instancia superior en contravención de lo dispuesto por el artículo 278.1 del Código Procesal Penal, que indica que dicho trámite debe cumplirse en 24 horas.

Agrega que el 14 de noviembre de 2018, el juez emplazado concedió el recurso de apelación interpuesto por la favorecida y por el señor Vicente Silva Checa, señalando en su considerando cinco, reservar la elevación del recurso hasta la culminación de la transcripción de la resolución 7 y 8 por los especialistas de audiencias, dentro de 48 horas. Con fecha 23 de noviembre de 2018, durante la lectura de la decisión de prisión preventiva contra Jaime Yoshiyama, el juez emplazado señaló lo siguiente *"está pendiente la última decisión, y solamente espera el tiempo de apelación de los demás investigados y una vez listo se elevará al superior jerárquico lo que corresponda"*. Hasta dicho momento, aun no se había elevado el recurso interpuesto por la favorecida Keiko Fujimori.

El 30 de noviembre de 2018, el juez emplazado elevó el incidente de apelación de prisión preventiva incompleto, razón por la cual, el 5 de diciembre, es decir, luego de 1 mes de haberse impugnado la decisión, el juez emplazado completó y remitió el incidente a la segunda instancia. El 15 de diciembre de 2018, la Sala emplazada realizó la audiencia de apelación y con fecha 3 de enero de 2019, confirmó la cuestionada medida.

Alega que se han lesionado los derechos invocados por cuanto la doctrina y la jurisprudencia nacional e internacional, tienen como regla general que el investigado afronte el proceso en libertad, siendo la prisión preventiva una excepción. Señala que las resoluciones impugnadas no han sido motivadas de forma cualificada, pues pese a que se le acusa del delito de lavado de activos y pertenecer a una organización criminal, no se ha efectuado una descripción suficiente de los hechos y de los elementos de convicción que los darían por acreditados, así como la necesidad para dictar tal medida. Agrega que las resoluciones cuestionadas presentan defectos de motivación (motivación insuficiente), por cuanto no explican de manera razonada ni suficiente, cómo es que Keiko Fujimori es presuntamente la autora o partícipe del delito que se le imputa; así como no motiva cómo es que se cumplen los alegatos fundados y graves elementos de convic-

ción, cuando las declaraciones de los funcionarios de Odebrecht no han identificado a la favorecida como solicitante o receptora del dinero de las donaciones electorales; más aún cuando el testigo protegido 3 ha efectuado declaraciones contradictorias.

Refiere que las declaraciones de Liz Document Manrique, Liulith Sánchez Bardales y Pedro Abel Velayarse han coincidido en que no se ha realizado aporte económico a Fuerza 2011, siendo que fue Rolando Reategui quien les pidió aparecer como aportantes; pese a que se señala que los presuntos actos ilícitos se realizaron a favor del Partido Fuerza Popular, no se cita ningún elemento de convicción que evidencie que Keiko Fujimori, como lideresa de dicho partido, conocía de tales actos. Asimismo, las resoluciones cuestionadas no motivan de manera cualificada, razonada y suficiente cómo es que la favorecida pertenecía a una organización criminal, ni que conocía o debía presumir el origen ilícito de los activos o fondos de Odebrecht. Agrega que la Sala incorporó el Oficio 67-2018-ADP (fundamento 18.c, página 20), sin que este hubiera sido utilizado por el fiscal en la audiencia, ni valorado como elemento de cargo por el juez de primera instancia y menos debatido en segunda instancia, lesionándose el derecho de defensa. Además, sostiene que no se ha motivado la existencia del peligro de obstaculización de averiguación de la verdad por parte de la favorecida más allá de suposiciones y que la medida adoptada resulta desproporcionada porque el hecho de que otras personas se hayan fugado, no justifica dictar una medida tan arbitraria.

Con relación a la afectación del derecho de defensa, sostiene que el juez emplazado otorgó 24 horas, entre la notificación del requerimiento primigenio y su audiencia, a la favorecida y su abogada para estudiar y preparar su defensa en base a un requerimiento de 598 páginas y 310 elementos de convicción. Durante dicha audiencia del domingo 21 de octubre de 2018, se hizo presente que los elementos de convicción presentados por la fiscalía fueron notificados incompletos, hecho por el que se suspendió tal audiencia hasta el 24 de octubre de 2018, oportunidad en la que se agregaron 49 elementos de convicción adicionales, que fueron admitidos por el juez sin tener en cuenta que la abogada de la favorecida no tuvo acceso a estos y por lo tanto desconocía de su naturaleza, por lo que no tuvo tiempo para preparar la defensa respectiva. Sobre este aspecto, la Sala emplazada pese a que señaló en vía de integración que excluiría del acervo probatorio los enunciados de hecho que modificaron la base fáctica del requerimiento fiscal y los elementos de convicción agregados, igualmente los valoraron y usaron para acreditar un supuesto circuito del dinero, sin tomar en cuenta que los funcionarios de Odebrecht negaron conocer a la favorecida.

Respecto de la variación de los hechos imputados, refiere que en la subsanación del requerimiento de la prisión preventiva efectuado por la fiscalía, se modificó la parte fáctica de la imputación efectuada en la formalización de la investigación preparato-

ria, hecho por el cual el juez emplazado dejó en claro que solo analizaría los hechos imputados en tal formalización; pese a ello, en su decisión terminó analizando también dicha modificación efectuada en la subsanación del mencionado requerimiento. La Sala emplazada en la resolución cuestionada hace visible tal situación de desborde ejecutada por el fiscal en el cumplimiento de mandato de subsanación ordenado por el juez de primer grado, pero, pese a ello, resolvió considerando esta situación como no gravitante, sin tener en cuenta que refuta y desvirtúa con claridad el primer presupuesto de la prisión preventiva.

Sobre el principio de legalidad penal acusa a los emplazados haber relajado los cánones constitucionales de este principio, al no haber hecho la más mínima labor de subsunción de los hechos en el tipo penal imputado. Señala que la recepción de activos a sabiendas de su origen delictivo no estaba tipificada como delito de lavado de activos, y que es incorporada a la legislación penal recién con la dación del Decreto Legislativo 1249, del 26 de noviembre de 2016. Sostiene que tampoco resulta constitucional que las resoluciones judiciales señalen que es aplicable la Ley 27765 –vigente al momento de los hechos imputados–, que establece al lavado de activos como un delito de resultado y no mencionen tal resultado típico como propuesta jurídica. Agrega que los emplazados han construido argumentos basados en suposiciones para señalar la existencia de una organización criminal al interior del partido político Fuerza 2011, destinada a capturar el poder para luego beneficiar a la empresa Odebrecht, lo cual carece de coherencia lógica, pues se basan en hechos inexistentes en tiempo y espacio.

Finalmente, sobre la presunción de inocencia alega que la forma de las intervenciones del fiscal y el juez convirtieron indebidamente una instancia judicial en un escenario de reproche político coyuntural con demandas e invocaciones a cierto sector social con el único objetivo de generar presión en las instancias judiciales a través de juicios paralelos en contra de una líder política, lo cual lesiona la presunción invocada. Un contexto de continuos titulares, filtraciones de la actuación fiscal, opiniones, debates políticos, encuestas, marchas sociales conllevaron a que se presentara como culpable pública y socialmente a quien aun no tenía un proceso penal abierto en su contra. En tal sentido acusa que la repercusión social, mediática y política generada influyó en la decisión de los jueces para dictar la prisión preventiva en contra de la favorecida. Agrega que las resoluciones cuestionadas contravienen el criterio del Tribunal Constitucional respecto a la naturaleza cautelar y no punitiva de la prisión preventiva, pues establecen a lo largo de su argumentación, juicios conclusivos sobre hechos no probados. El referido criterio también es parte de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el informe sobre el uso de la prisión preventiva emitido en el año 2013, por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Tal es el caso

de la parcialización del juez emplazado que fue apartado del proceso por la Sala Penal tras haber hecho declaraciones en ese sentido.

El Procurador Público Adjunto encargado de los asuntos judiciales del Poder Judicial contestó la demanda y manifestó que esta debe ser declarada improcedente, por haber sido presentada de manera prematura, dado que la defensa técnica de la favorecida ha interpuesto un recurso de casación contra la resolución de segunda instancia cuestionada en este proceso, por lo que esta carece de la firmeza exigida por el artículo 4 del Código Procesal Constitucional. Adicionalmente, señala que no se ha dado la firmeza sobrevenida pues tal recurso se viene tramitando dentro de sus plazos. Afirma que de presentarse la firmeza sobrevenida, esta solo decaería sobre la resolución de segunda instancia, mas no sobre la resolución de primer grado dado el parámetro establecido por el Tribunal Constitucional en el caso Giuliana Llamoja, por lo que la resolución de primera instancia no es susceptible de control constitucional.

El procurador sostiene que las resoluciones cuestionadas se encuentran debidamente motivadas por cuanto el auto de vista sí describe la participación de la favorecida como autora mediata en su fundamento 32. Al respecto, señala que la determinación del grado de participación de la imputada es un asunto propio del juez penal, por lo que no corresponde ser cuestionado dicho aspecto en la vía constitucional. Agrega que la prisión preventiva dictada contra la recurrente se ha fundado en la confirmación de los elementos de convicción postulados en el requerimiento efectuado por la fiscalía y no sobre nuevos elementos de convicción presentados en la subsanación de tal requerimiento. Refiere que el auto de vista se encuentra sustentado en los documentos que acreditan la imputación fiscal, habiéndose motivado de forma suficiente tal medida. Asimismo, señala que sí se ha motivado razonada, suficiente y cualificadamente la existencia de la presunta organización criminal al interior del partido político Fuerza 2011, dejándose en claro en el fundamento 17 del auto de vista, que no se ha denominado como organización criminal al partido político, sino a un pequeño grupo de personas que se habría enquistado en el partido. Agrega que en los fundamentos 17 a 26 del auto de vista, se detalla pormenorizadamente los elementos de convicción que señalan que la favorecida conocía del origen ilícito de los activos, del rol de los captadores de los activos ilícitos, Clemente Jaime Yoshiyama Tanaka y Augusto Bedoya Camere; del ingreso del dinero al partido Fuerza 2011: Región San Martín (actas de administración, cartas que contiene información sobre los ingresos de la campaña electoral del 2011, el coctel fujimorista), documentos que tendrían conexión para la probanza de la existencia con alto grado de probabilidad (y no de certeza) del presunto delito de lavado de activos, con el agravante de organización criminal liderada por la beneficiaria.

Asimismo, refiere que de los fundamentos 61 a 71 del auto de vista se aprecia que la prisión preventiva dictada en contra de la favorecida se encuentra debidamente motivada, pues incluso los jueces superiores desechan la motivación incongruente del juez de primer grado, y justifican porqué la declaración del TP2017-55-3 tiene eficacia para valorar como elemento de convicción y determinar la presunta existencia del delito imputado, pues se ha verificado la existencia de nuevos aportantes, la entrega del dinero con montos detallados, que se han corroborado con comprobantes de depósito, entre otros detalles que sustentan la prisión preventiva.

Sobre los hechos específicos de obstaculización de la justicia, señala el procurador que los jueces superiores emplazados han considerado que estos consistirían en la búsqueda de presuntos aportantes en la región San Martín, así como la presión y amenazas contra los presuntos aportantes para que mantengan su primigenia declaración, las que han sido corroboradas con las declaraciones de Liz Documet Manrique y Liulith Sánchez Bardales, así como el pago a dichos supuestos aportantes para que se corrobore la versión del TP2017-55-3. Tales declaraciones sumadas a la efectuada por Ytalo Ulises Pachas Quiñones, quien admitió haber realizado ofrecimientos y haber pagado a los presuntos aportantes, cadena de actos de obstrucción que inicia la creación de una apariencia de aportes que no se condice con la realidad, que según el TP2017-55-3 fueron ordenados por la favorecida.

Con relación a la afectación del principio de proporcionalidad, señala que el auto de vista ha justificado de manera suficiente la imposición de la medida, dado que se pretende evitar el riesgo razonable de obstaculización de averiguación de la verdad, siendo la prisión preventiva el único medio para evitar tal riesgo, no siendo pertinentes otras medidas restrictivas como la comparecencia con restricciones, arresto domiciliario, entre otros. La medida impuesta resulta ponderada por cuanto se pretende evitar el riesgo de la obstrucción de la verdad para cumplir con la finalidad del proceso que es averiguar la verdad. Respecto de la resolución de primera instancia, el procurador señala que esta se encuentra suficientemente motivada bajo los estándares establecidos por el Tribunal Constitucional.

Sobre la afectación del derecho de defensa por no haberse concedido el tiempo suficiente a la abogada de la favorecida para efectuar su defensa técnica, señala que, al no haberse cuestionado esta situación en la vía ordinaria, se ha dejado consentir, por lo que este extremo de la demanda debe desestimarse. Similar situación ha sucedido con relación al cuestionamiento del tiempo para la presentación de medios de prueba. Respecto del uso de argumentos no expuestos en la audiencia (sobre los testigos protegidos no utilizados por la fiscalía y la primera instancia), precisa que su incorporación y posterior valoración como elemento de convicción, válida o no, no varía en nada la

situación jurídica de la beneficiaria respecto de los hechos que se le imputan. Agrega que al no haberse cuestionado al TP 02 por la defensa técnica en la vía ordinaria, se ha dejado consentir dicho extremo.

En cuanto a la consignación de 310 elementos de convicción sin individualización, a los que se agregaron 47 en forma general y 2 de forma individualizada para la favorecida, sostiene el procurador que los jueces superiores emplazados excluyeron los nuevos elementos de convicción presentados en la subsanación del requerimiento, valorando únicamente los presentados en el requerimiento original. Con relación a la modificación de la base fáctica del requerimiento fiscal, señala que los jueces superiores emplazados también procedieron a excluir los enunciados de hecho sobre tal situación, subsistiendo solo aquellos presentados en el requerimiento original, por lo que no se lesionó el derecho de defensa invocado. Sobre la afectación del principio de legalidad, alude que al no haber sido cuestionado por la defensa técnica en su recurso de apelación de fecha 6 de noviembre de 2018, tal agravio ha sido consentido, por lo que no es susceptible de control constitucional. Finalmente, sobre la presunción de inocencia, refiere que en el auto de vista no se ha declarado la responsabilidad penal de la favorecida, sino, se ha dictado una medida coercitiva de carácter personal en base a la alta probabilidad de la presunta comisión del lavado de activos con agravante de organización criminal, por lo que no se ha vulnerado tal presunción.

La juez supernumeraria del vigésimo Juzgado Especializado en lo Penal de Lima, con fecha 25 de abril de 2019, declaró improcedente la demanda por considerar que la demanda de habeas corpus ha sido presentada de manera prematura puesto que la resolución cuestionada no tiene el carácter de firme, como lo exige el artículo 4 del Código Procesal Constitucional.

La Sala superior competente confirmó la apelada por similar argumento.

FUNDAMENTOS

A. § Delimitación del petitorio

1. La recurrente cuestiona la medida de prisión preventiva impuesta a la favorecida en el marco del proceso seguido en su contra por el delito de lavado de activos agravado (Expediente 00299-2017-36-5001-JR-PE-01), tras considerar que con la misma se han vulnerado los derechos fundamentales a la libertad individual, al debido proceso, a la motivación de las resoluciones judiciales, a la defensa, el principio de legalidad y la presunción de inocencia de la favorecida.

B. § Cuestión previa

2. El caso de autos ha sido desestimado en doble instancia debido a que había sido presentada la demanda de manera prematura, ya que se encontraba en curso la decisión de la Corte Suprema de Justicia de la República respecto del recurso de casación interpuesto por la defensa técnica de la favorecida en el proceso penal subyacente, por lo que resultaba de aplicación el artículo 4 del Código Procesal Constitucional.

3. En efecto, este Tribunal en su jurisprudencia ha establecido que las demandas de hábeas corpus resultan improcedentes, en tanto aún se encuentre pendiente de resolver el medio impugnatorio interpuesto en la vía ordinaria, contra la resolución materia de cuestionamiento en los procesos constitucionales.

4. Sin embargo, tal regla cuenta con una excepción denominada en la jurisprudencia constitucional como firmeza sobrevenida (Cfr. Sentencia 4780-2017-PHC/TC), la cual permite al juez constitucional resolver sobre el fondo antes de rechazar la demanda por requisitos de procedibilidad, en atención al principio *pro actione* y en correspondencia con el derecho fundamental de acceso a la jurisdicción como manifestación de una tutela jurisdiccional efectiva (artículo 139, inciso 3, de la Constitución Política), debiendo precisarse que el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, establece que cuando en un proceso constitucional se presente una duda razonable respecto de si el proceso debe declararse concluido, deberá optarse por su continuación, en orden a los fines de los procesos constitucionales consistentes en garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales.

5. En tal sentido, y siendo de público conocimiento que con fecha 12 de setiembre de 2019, se ha resuelto la discordia en la Corte Suprema de Justicia de la República respecto de la casación interpuesta por la defensa de la favorecida, por 4 votos contra 3, manteniéndose los efectos de la prisión preventiva dictada en contra de la favorecida y solo reduciéndose el plazo de su cumplimiento de 36 a 18 meses, este Tribunal considera que cuenta con la competencia suficiente para evaluar la pretensión demandada en el presente proceso.

C. § Consideraciones del Tribunal Constitucional sobre la materia controvertida

Sobre la libertad individual y la prisión preventiva como *última ratio*

6. El derecho a la libertad individual como derecho fundamental materia de protección del habeas corpus por mandato del artículo 200, inciso 1, de la Consti-

tución, se constituye como un derecho fundamental que pertenece al núcleo del Estado Constitucional y un derecho continente, que engloba una serie de derechos de primer orden, que son los enumerados enunciativamente en el artículo 25 del Código Procesal Constitucional, entre los que se encuentra la libertad personal.

7. Como todo derecho fundamental, la libertad individual y los derechos que comprende no son ilimitados, pues se encuentran sujetos a la posibilidad de limitaciones, restricciones o intervenciones constitucionalmente admitidas en función a la necesidad de tutelar otros bienes jurídicos constitucionalmente relevantes en el Estado Constitucional, como los son otros derechos, así como los principios y valores constitucionales.

8. En el caso de la libertad personal, como derecho contenido de la libertad individual, reconocido en el artículo 2, inciso 24, de la Constitución, tiene un doble carácter a saber: "En tanto que atributo subjetivo, ninguna persona puede sufrir una limitación o restricción a su libertad física o ambulatoria, ya sea mediante detenciones, internamientos o condenas arbitrarias. Como atributo objetivo cumple una función institucional en la medida en que es un elemento vital para el funcionamiento del Estado social y democrático de derecho, pues no sólo es una manifestación concreta del valor libertad implícitamente reconocido en la Constitución, sino que es un presupuesto necesario para el ejercicio de otros derechos fundamentales (Cfr. Expediente 1091-2002-HC/TC), en virtud de lo cual se derivan los límites a su ejercicio, lo que no puede atentar contra otros bienes o valores constitucionales […]" (Sentencia 07624-2005-PHC/TC, fundamento 2).

9. En esa misma línea de razonamiento, el artículo 9.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 7.2 de la Convención Interamericana sobre Derecho Humanos reconocen a la libertad personal como un derecho de tutela internacional sujeto a restricciones excepcionales debidamente establecidas en la ley y con arreglo al procedimiento preestablecido en ella.

10. El Tribunal Constitucional encuentra importante recordar que, tal como ha establecido en su jurisprudencia, el fundamento material del constitucionalismo moderno, presidido por los derechos fundamentales de la persona, y que, desde luego, es el mismo que sirve de base dogmática a la Constitución de 1993 "está cifrado, ante todo, en la libertad del ser humano, sobre la cual tiene derecho a construir un proyecto de vida en ejercicio de su autonomía moral, cuyo reconocimiento, respeto y promoción debe ser el principio articulador de las compe-

tencias y atribuciones de los poderes del Estado" (Sentencia 0032-2010-PI/TC, fundamento 17).

11. En efecto, si el fin supremo de nuestra sociedad y nuestro Estado es la defensa de la dignidad humana (artículo 1 de la Constitución Política), y solo se es plenamente digno en la medida de que se tenga oportunidad de construir autónomamente un proyecto de vida, respetando los derechos de los demás, entonces la libertad ocupa un lugar primordial en nuestro sistema de valores.

12. De ella deriva de modo directo el derecho fundamental a la libertad personal (artículo 2, inciso 24, de la Constitución). Es decir, la libertad física, sin cuyo ejercicio se restringe una gama importante de otros tantos derechos fundamentales como el derecho de reunión, al trabajo, a la vida en familia, etc. Cuando una persona es privada de la libertad personal se produce, pues, un fenómeno extraordinariamente perturbador en buena parte del sistema de derechos. Es por tal razón que es la sanción más grave que puede imponerse en un sistema democrático (con excepción, claro está, de la pena de muerte, allí donde aún es aplicada).

13. Por ello, el Tribunal Constitucional en consolidada jurisprudencia ha sido particularmente enfático en sostener que la prisión preventiva es una regla de *última ratio*. Así, desde la naciente jurisprudencia constitucional en materia de restricción de la libertad personal, se ha considerado que la prisión preventiva es "… una medida que restringe la libertad locomotora, dictada pese a que, mientras no exista sentencia condenatoria firme, al procesado le asiste el derecho a que se presuma su inocencia; cualquier restricción de ella siempre debe considerarse la *última ratio* a la que el juzgador debe apelar, esto es, susceptible de dictarse solo en circunstancias verdaderamente excepcionales y no como regla general (Sentencia 01091-2002-HC/TC, fundamento 7, criterio reiterado en: Sentencia 01014-2011-PHC/TC, fundamento 2; Sentencia 03567-2012-PHC/TC, fundamento 12; Sentencia 00872-2007-PHC/TC fundamento 2; Sentencia 5100-2006-PHC/TC, fundamento 3; Sentencia 09809-2006-PHC/TC, fundamento 2; Sentencia 03567-2012-PHC/TC, fundamento 12; Sentencia 02357-2008-PHC/TC, fundamento 3; entre otras)

14. Ese, pues, es el propósito del artículo 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, según el cual "la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general" que nuestra jurisprudencia reconoce (Cfr. Sentencia 03567-2012-PHC/TC, fundamento 12, Sentencia 02934-2004-HC/TC, fundamento 2; Sentencia 01091-2002-HC/TC, fundamento 10; Sentencia 00033-2004-HC/TC, fundamento 2; Sentencia 02915-2004-

HC/TC, fundamento 9; Sentencia 00967-2004-HC/TC, fundamento 2, entre otras).

15. En efecto, el dictado de la prisión preventiva, en el marco del Estado Constitucional, incide de forma particularmente grave en el derecho a la libertad personal, por lo que implica el deber del órgano jurisdiccional de motivar adecuadamente sus decisiones; más aun si se toma en cuenta que las mismas tendrán repercusión en la situación jurídica de una persona que aun no cuenta con una sentencia que reconozca y declare su culpabilidad.

16. En reiterada jurisprudencia se ha precisado que la prisión preventiva se justifica siempre y cuando existan motivos razonables y proporcionales para su dictado (Sentencia 04163-2014-PHC/TC, fundamento 8, Sentencia 02386-2014-PHC/TC, fundamento 8, Sentencia 06099-2014-PHC/TC, fundamento 5. Este criterio ha sido reiterado en Auto 02163-2014-PHC/TC, considerando 3, Auto 02240-2014-PHC/TC, considerando 4, entre otras). En ese sentido, la resolución judicial firme que decreta la prisión preventiva debe cumplir con la exigencia de la debida motivación de las resoluciones judiciales, en la que se pueda verificar en forma clara y fundándose en evidencias sólidas cuáles son las razones que llevaron a su dictado (Cfr. Sentencia 01951-2010-PHC/TC, fundamento 5; y, Sentencia 01680-2009-HC, fundamento 21).

17. Así, también se ha señalado que en el caso de la prisión preventiva, "la exigencia de la motivación en la adopción o el mantenimiento de la medida debe ser más estricta, pues solo de esa manera es posible despejar la ausencia de arbitrariedad en la decisión judicial, a la vez que permite evaluar si el juez penal ha obrado de conformidad con la naturaleza excepcional, subsidiaria y proporcional de [dicha medida]" (Sentencia 00038-2015-PHC/TC, fundamento 4; Sentencia 06099-2014-PHC/TC, fundamento 4; Sentencia 05314-2013-PHC/TC, fundamento 8; entre otras).

18. En esta línea de razonamiento, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que la aplicación de la prisión preventiva "debe tener carácter excepcional, limitado por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, de acuerdo con lo que es estrictamente necesario en una sociedad democrática" (Corte IDH. Caso Tibi *v.* Ecuador, Sentencia de 7 de septiembre de 2004, párr. 106; Caso Acosta Calderón *v.* Ecuador, Sentencia de 24 de junio de 2005, párr. 74; Caso García Asto y Ramírez Rojas *v.* Perú, Sentencia de 25 de noviembre de 2005, párr. 106; Caso López Álvarez *v.* Honduras, Sentencia de 1 de febrero de 2006, párr. 67; Caso Servellón García y otros *v.* Honduras, Sentencia de 21 de septiembre de 2006, párr. 88; Caso Yvon

Neptune *v.* Haití, Sentencia de 6 de mayo de 2008, párr. 107; Caso Bayarri *v.* Argentina, Sentencia de 30 de octubre de 2008, párr. 69; Caso Barreto Leiva *v.* Venezuela, Sentencia de 17 de noviembre de 2009, párr. 121). En la misma inteligencia, las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos establecen que "[e]n el procedimiento penal sólo se recurrirá a la prisión preventiva como último recurso" (Regla 6.1).

19. De ahí que toda resolución judicial que ordene una prisión preventiva requiera de una especial motivación que demuestre de modo razonado y suficiente que ella no solo es legal, sino proporcionada y, por consiguiente, estrictamente necesaria para la consecución de fines que resultan medulares para el adecuado desarrollo del proceso.

20. Por ello, cuando se trata de resoluciones judiciales que limitan la libertad personal, ellas requieren una "motivación cualificada" (Cfr. Sentencia 0728-2008-PHC/TC, fundamento 7.f). En palabras de la Corte Interamericana:

> "…no es suficiente que toda causa de privación o restricción al derecho a la libertad esté consagrada en la ley, sino que es necesario que esa ley y su aplicación respeten los requisitos que a continuación se detallan, a efectos de que dicha medida no sea arbitraria: i) que la finalidad de las medidas que priven o restrinjan la libertad sea compatible con la Convención. Valga señalar que este Tribunal ha reconocido como fines legítimos el asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia; ii) que las medidas adoptadas sean las idóneas para cumplir con el fin perseguido; iii) que sean necesarias, en el sentido de que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto. Por esta razón el Tribunal ha señalado que el derecho a la libertad personal supone que toda limitación a éste deba ser excepcional, y iv) que sean medidas que resulten estrictamente proporcionales, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida. Cualquier restricción a la libertad que no contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas será arbitraria" (Cfr. Corte IDH, Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez *v.* Ecuador, Sentencia de 21 de noviembre de 2007, párr. 93).

21. En este punto, es importante resaltar el denominado "*Informe Sobre el Uso de la Prisión Preventiva en las Américas*" de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, emitido en el año 2013, en el que, luego de comprobar el uso excesivo de la prisión preventiva en los países de la región, se emitieron las siguientes importantes conclusiones:

> "317. El uso no excepcional de la prisión preventiva es uno de los problemas más graves y extendidos que enfrentan los Estados miembros de la OEA en cuanto al respeto y garantía de los derechos de las personas privadas de libertad. El uso excesivo o abusivo de esta medida es uno de los signos más evidentes del fracaso del sistema de administración de justicia, y es una situación inadmisible en una sociedad democrática, en la que se respete el derecho de todo ciudadano a la presunción de inocencia.
>
> 318. El sistema procesal penal en una sociedad democrática se funda en la primacía de la dignidad de la persona humana y en los derechos fundamentales que le son inherentes, entre los cuales se encuentran la garantía de la libertad personal, el derecho al debido proceso y la presunción de inocencia, lo que se traduce en el derecho de toda persona a permanecer en libertad durante el proceso penal.
>
> 319. La prisión preventiva tiene un carácter estrictamente excepcional, y su aplicación se debe adecuar a los principios de legalidad, presunción de inocencia, razonabilidad, necesidad y proporcionalidad. Esta medida procede única y exclusivamente en los casos y conforme a los requisitos expresamente previstos por la Ley, y sólo es admisible cuando se dirige a cumplir sus fines legítimos, que conforme al artículo 7.5 de la Convención Americana son los siguientes: (a) prevenir el riesgo de que el imputado eluda la acción de la justicia, para lo cual se podrá tener en cuenta su nivel de arraigo en la comunidad, su conducta durante el proceso, la gravedad de la imputación y la eventual condena; o (b) evitar que obstruya el normal desarrollo de las investigaciones o el proceso, para lo cual podrá valorarse la capacidad del acusado de alterar gravemente las pruebas, influir en los testigos o inducir a terceras personas a cometer estos actos.
>
> 320. Es una garantía básica del debido proceso y de la presunción de inocencia que el imputado cuente con un recurso judicial efectivo ante una autoridad judicial independiente que le permita contro-

vertir la decisión de mantenerlo en custodia durante el proceso. De forma tal que se garantice a plenitud el derecho de defensa del imputado, y que se atribuya a la autoridad judicial competente el deber de realizar un análisis integral de todos los aspectos procesales y sustantivos que sirvieron de fundamento a la decisión recurrida y que no se limite a una simple revisión formal.

321. De igual forma, en vista que el periodo de detención preventiva durante el que se mantiene a un imputado no debe exceder un plazo razonable, el Estado tiene el deber de revisar periódicamente la vigencia de las circunstancias que motivaron su aplicación inicial. En este sentido, el juzgador deberá evaluar periódicamente si la detención preventiva de una persona sigue siendo razonable y necesaria para el cumplimiento de sus fines legítimos.

322. De acuerdo con el derecho internacional de los derechos humanos la detención de una persona previa a la emisión de una sentencia definitiva debe ser la excepción y no la regla, precisamente en función del derecho a la presunción de inocencia. Por eso, es una distorsión del estado de derecho y del sistema de justicia penal el que se utilice la prisión preventiva como una suerte de pena anticipada o como una vía de justicia expedita previa a una sentencia emitida de conformidad con las normas del debido proceso. El hacer ver que una mayor utilización de la prisión preventiva es una vía de solución al delito y la violencia es una falacia comúnmente esgrimida desde el poder político, sin embargo no hay evidencia empírica alguna de que esto sea así. Además es una actitud políticamente irresponsable, entre otros motivos, porque evade la responsabilidad de adoptar medidas preventivas y sociales mucho más profundas.

323. El uso no excepcional de la prisión preventiva como estrategia de política criminal, no sólo constituye una grave violación de los derechos humanos consagrados en la Convención y en otros instrumentos internacionales, sino que es una de las principales causas de la grave crisis de muchos de los sistemas penitenciarios de la región.

324. Así, la CIDH reitera que los Estados de la región deben adoptar políticas públicas integrales dirigidas al sistema de justicia penal y la gestión penitenciaria, que incluyan, tanto medidas de adopción inmediata, como planes, programas y proyectos a largo plazo. Y

que sean asumidas como una prioridad que comprometa a todas las ramas del poder público, y que no dependa del mayor o menor interés que coyunturalmente puedan darle los gobiernos de turno, ni de los avatares de la opinión pública.

325. Estas políticas públicas deberán tener las siguientes características esenciales: (i) continuidad: ser asumidas como un asunto de Estado, y que su ejecución no se vea afectada por los sucesivos cambios de gobierno; (ii) marco jurídico adecuado: es preciso que exista un marco legal apropiado, debidamente reglamentado; (iii) presupuesto suficiente: que se disponga una asignación presupuestal suficiente, que sea incrementada progresivamente con el transcurso del tiempo; e (iv) integración institucional: lo que implica un esfuerzo serio y coordinado de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, tanto en la formulación, como en la implementación de estas políticas. Además, y como presupuesto esencial para la implementación de las mismas es preciso que se adopten las medidas conducentes a estabilizar el crecimiento de la población penitenciaria." (*Informe Sobre el Uso de la Prisión Preventiva en las Américas*", Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2013, pp. 119-120)

22. En atención al análisis y las conclusiones presentadas en su informe, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos formuló, entre otras, las siguientes recomendaciones a los Estados miembros de la OEA:

"1. Los Estados deben adoptar las medidas judiciales, legislativas, administrativas y de otra índole requeridas para corregir la excesiva aplicación de la prisión preventiva, garantizando que esta medida sea de carácter excepcional y se encuentre limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad; evitando así su uso arbitrario, innecesario y desproporcionado. Estos principios deberán guiar siempre la actuación de las autoridades judiciales, con independencia del modelo de sistema penal adoptado por el Estado.

2. Intensificar esfuerzos y asumir la voluntad política necesaria para erradicar el uso de la prisión preventiva como herramienta de control social o como forma de pena anticipada; y para asegurar que su uso sea realmente excepcional. En este sentido, es esencial que se envíe desde los niveles más altos del Estado y la administración de justicia un mensaje institucional de respaldo al uso racional de la prisión preventiva y al respeto del derecho presunción de inocencia.

3. La CIDH exhorta a las autoridades a aplicar la prisión preventiva con un criterio eminentemente excepcional, haciendo uso de otras medidas cautelares no privativas de la libertad. En este sentido, se exhorta a los Estados a elaborar planes estratégicos de capacitación y sensibilización de las autoridades judiciales y de aquellas encargadas de las investigaciones penales acerca de la excepcionalidad de prisión preventiva, el uso de medidas cautelares no privativas de la libertad, y otros estándares internacionales y constitucionales aplicables a la materia. Pero sobre todo, insta a los Estados a promover un verdadero cambio de paradigma en la concepción de la procedencia y necesidad de la prisión preventiva en la cultura y práctica judicial. (…)" (*Informe Sobre el Uso de la Prisión Preventiva en las Américas*", Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2013, p. 121)

23. Asimismo, la Comisión Interamericana, a través de su informe denominado *Medidas para Reducir la Prisión Preventiva*, aprobado el 3 de julio de 2017, ha comprobado con preocupación, tiempo después, que el uso no excepcional de la prisión preventiva continúa siendo un problema grave en las Américas. Por tanto, concluye lo siguiente:

"224. A más de tres años de la emisión del Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas, la Comisión Interamericana reconoce y valora que los esfuerzos adoptados por los Estados –y asumidos desde los tres niveles de gobierno– con objeto de reducir el uso de la prisión preventiva en la región, resultan diversos y numerosos, y reflejan el compromiso y entendimiento respecto a la importancia de utilizar este régimen de conformidad con estándares internacionales en la materia. A pesar de lo anterior –y en atención a las consideraciones presentadas a lo largo de este informe–la Comisión concluye, tal como lo hizo en su informe de 2013– que el uso no excepcional de la prisión preventiva continúa constituyendo uno de los problemas más graves y extendidos que enfrentan los Estados de la OEA en cuanto al respeto y garantía de los derechos de las personas privadas de libertad. Esta situación constituye un problema estructural en las Américas, y que ha sido identificado también por los distintos mecanismos de monitoreo de las Naciones Unidas cuyo mandato se relaciona con la privación de libertad.

225. Por su parte, la Comisión advierte que la prevalencia del uso de la prisión preventiva en contraposición con los estándares en la ma-

teria, responde principalmente a los siguientes enfoques de política y desafíos: a) políticas criminales que proponen mayores niveles de encarcelamiento como solución a la inseguridad ciudadana, que se traducen en la existencia de legislación que privilegia la aplicación de la prisión preventiva y que restringe la posibilidad de aplicación de medidas alternativas; b) preponderancia de la política de mano dura en los discursos de altas autoridades para poner fin a la inseguridad ciudadana mediante la privación de libertad, y la consecuente presión de los medios de comunicación y la opinión pública en este sentido; c) utilización de mecanismos de control disciplinario como medio de presión o castigo contra las autoridades judiciales que determinan la aplicación de las medidas alternativas; d) inadecuada defensa pública, y e) falta de coordinación interinstitucional entre actores del sistema de administración de justicia

226. Las reformas legales que proponen mayores niveles de encarcelamiento como solución a los problemas de seguridad ciudadana, vienen acompañadas de un fuerte mensaje mediático y político que cuentan con un gran respaldo de la opinión pública, obstaculizando con ello, iniciativas tendientes a racionalizar el uso de la prisión preventiva. Estas reformas se traducen principalmente en el incremento de la duración de la prisión preventiva y de los términos procesales para la terminación de esta medida; la ampliación de procedencia de la prisión preventiva más allá de su lógica cautelar; y la inclusión de un catálogo de delitos no excarcelables. (…)

227. Por otra parte, la CIDH valora los esfuerzos realizados por diversos Estados para atender la problemática relacionada con el uso excesivo de la prisión preventiva mediante la utilización de los procesos abreviados o inmediatos, que se caracterizan por la disminución de los plazos procesales, confirmación de sentencias en un menor lapso de tiempo, y ofrecimiento de oralidad. Sin embargo, la CIDH manifiesta su preocupación por las diversas afectaciones al debido proceso que los caracterizarían, y que ocasionarían, que a fin de reducir el uso excesivo de la prisión preventiva, se condenara a personas imputadas de manera "arbitraria", con base en procesos sumarios, sin garantías suficientes, y que afectarían el derecho a una defensa adecuada.

228. Con base en el análisis presentado en este informe, la Comisión enfatiza la importancia de que a fin de racionalizar el uso de la prisión preventiva –y por consiguiente, de hacer frente al hacinamiento– los Estados regulen, implementen, supervisen y promuevan la aplicación de las medidas alternativas a la prisión preventiva. La Comisión sostiene que la aplicación de estas medidas, constituye una de las acciones más eficaces que pueden adoptar los Estados para: a) evitar la desintegración y estigmatización comunitaria derivada de las consecuencias que genera la prisión preventiva; b) disminuir las tasas de reincidencia, y c) utilizar de manera más eficiente los recursos públicos. Además, la CIDH destaca que la aplicación de estas medidas resulta esencial para garantizar los derechos de las personas privadas de libertad, considerando principalmente que aquéllas que se encuentran en prisión preventiva tienen menos posibilidad de ser absueltas respecto de las que mantienen su libertad antes del juicio.

229. Por otra parte, la Comisión advierte con preocupación, la situación especial de vulnerabilidad que enfrentan en prisión preventiva, las mujeres y otras personas pertenecientes a grupos en situación especial de riesgo (…) Las políticas en materia de prisión preventiva respecto a las mujeres, y otras personas pertenecientes a grupos en situación especial de riesgo, deben estar orientadas a garantizar su seguridad de forma plena cuando se encuentren bajo este régimen, y a reducir el sometimiento a prisión preventiva mediante la utilización prioritaria de la aplicación de medidas alternativas.

230. En suma, la Comisión reitera que los Estados de la región deben adoptar las medidas judiciales, legislativas, administrativas y de otra índole, que se requieran a fin de corregir la excesiva aplicación de la prisión preventiva; destacando entre estas medidas, la aplicación de las medidas alternativas a la prisión preventiva. En este sentido, los Estados tienen la obligación de garantizar que la prisión preventiva sea de carácter excepcional y se encuentre limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad. Además, en el diseño de las políticas respectivas, la CIDH recomienda a los Estados involucrar a la sociedad civil, y a las mismas personas destinatarias de dichas políticas es-

> tatales, a fin de asegurar que su implementación resulte integral, participativa, e inclusiva. (…)" (*Medidas para Reducir la Prisión Preventiva*, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 3 de julio de 2017, pp. 153-155)

Finalmente, es importante también advertir que la Comisión Interamericana viene efectuando seguimiento respecto de la situación de la prisión preventiva en el Perú, señalando en su informe su preocupación respecto del cambio legislativo que ha sufrido nuestro sistema jurídico con relación al plazo de esta medida. Así, ha señalado lo siguiente:

> … la CIDH manifiesta su preocupación por el incremento en la duración de la prisión preventiva, contemplada en el Decreto Legislativo N°. 1307 de enero de 2017, que modifica el Código Procesal Penal "para dotar de medidas de eficacia a la persecución y sanción de los delitos de corrupción de funcionarios y de criminalidad organizada". En particular, con dicha modificación, el plazo límite de la prisión preventiva para los "procesos de criminalidad organizada", se extiende a 36 meses la prisión preventiva, prorrogable hasta por 12 meses. La referida modificación se diferencia de lo estipulado anteriormente en el Código Procesal Penal, que únicamente establecía un plazo máximo de 18 meses en casos de "procesos complejos", que podía ser prolongado por un plazo adicional de 18 meses. Sobre dicha prolongación, organizaciones de la sociedad civil y la Defensoría del Pueblo del Estado peruano han manifestado su oposición; en particular, la Defensoría refirió que este incremento en la prisión preventiva que resulta "excesivo", y únicamente traslada a la persona imputada, "los problemas de investigación del poder judicial y de la fiscalía". Por su parte, la Comisión considera que esta modificación resulta contraria a aquellas acciones que buscan racionalizar el uso de la prisión preventiva de conformidad con estándares internacionales en la materia, y como parte de un abordaje comprehensivo de los aspectos técnicos de la problemática delictiva y de la aplicación eficaz del sistema criminal. (párrafo 51)

24. En ese sentido, el Tribunal Constitucional hace notar que es un deber ineludible de todos los jueces de la República que, en el ejercicio constitucional de sus funciones y, principalmente, en la revisión de peticiones fiscales en procesos penales tendientes a restringir el derecho a la libertad individual, resguarden debidamente el derecho a la presunción de inocencia –y las demás garantías constitucionales que toda persona en juicio merece– a través de la emisión de decisiones lo suficientemente motivadas, razonadas y proporcionadas con re-

lación a la teoría del caso y los medios probatorios que el Ministerio Público presente, pues en el caso de identificar no solo falencias en tal requerimiento, sino alguna duda no absuelta por dicha entidad respecto de estas, corresponderá al juez que tutele la libertad del imputado, esto con la finalidad de evitar errores judiciales tendientes únicamente a perjudicar el desarrollo natural del proceso y la verdad judicial.

D. § Análisis de la controversia

d.1. Sobre el trámite del recurso de apelación de la Resolución 7, de fecha 31 de octubre de 2018

25. La parte demandante ha cuestionado la actuación del juez emplazado con relación a la demora en el trámite del recurso de apelación de la favorecida, dado que no cumplió con elevar tal medio impugnatorio en el plazo de 24 horas, tal y como se encuentra establecido en el artículo 278.1 del Código Procesal Penal.

26. Sobre tal cuestionamiento, la procuraduría pública no ha expresado defensa alguna. Asimismo, respecto de este cuestionamiento, el juez emplazado en su declaración explicativa de fecha 1 de abril de 2019, (f. 777), no ha efectuado alegato alguno.

27. Si bien resulta cierto que en la actualidad, tal actuación ha cesado por parte del juez de primera instancia emplazado, este Tribunal considera que, en atención a lo dispuesto por el artículo 1 del Código Procesal Constitucional, corresponde emitir un pronunciamiento sobre la misma por tratarse de una actuación injustificada del juez, no apegada al procedimiento ni a los derechos fundamentales involucrados con relación a este trámite.

28. El artículo 278.1 del Código Procesal Penal señala lo siguiente:

> "Contra el auto de prisión preventiva procede recurso de apelación. El plazo para la apelación es de tres días. El Juez de la Investigación Preparatoria elevará los actuados dentro de las veinticuatro horas, bajo responsabilidad. La apelación se concede con efecto devolutivo".

29. Como es de verse, la legislación procesal ha establecido un procedimiento recursivo escueto y célere a cumplir frente a los recursos de apelación del auto que ha impuesto la prisión preventiva, sustentado en la gravedad de la medida impuesta sobre el derecho a la libertad individual y el derecho a la doble instancia de la parte sometida a tal medida. En tal sentido, se comprende que tal procedimiento recursivo no implica solamente cumplir un prurito formal, sino que está destinado a garantizar los derechos fundamentales antes mencionados.

30. Por ello, la actuación del juez en el trámite de este particular recurso de apelación, exige no solo garantizar el debido proceso, sino también atender a la eficacia que suponen los derechos fundamentales involucrados. Así, el derecho a la pluralidad de instancia según este particular procedimiento reglado, sea cual fuere el procesado, tipo de delito o complejidad del proceso, debe ser garantizado con una actuación objetiva y razonable, dado que, una vez ejercido tal derecho, el juez de dicha instancia pierde competencia para seguir conociendo la causa, por lo que únicamente le corresponderá cumplir en estricto, tal procedimiento, para que sea la instancia siguiente quien revise su decisión.

31. En el presente caso, la parte demandante ha precisado como fecha de presentación del recurso de apelación de la resolución de primer grado, el 6 de noviembre de 2018, hecho que se tiene por cierto, dada la amplia cobertura que los medios de prensa[1] le dieron.

32. En declaraciones brindadas por el juez emplazado el 23 de noviembre de 2018 a los medios de prensa[2], al terminar la audiencia de prisión preventiva de Jaime Yoshiyama Tanaka y de comparecencia restringida de Augusto Bedoya Camere, señaló que no estaba retrasando la apelación de la favorecida y que daría trámite lo más pronto posible, destacando que estaba esperando que todos los involucrados presenten las apelaciones respectivas de las medidas que había impuesto.

33. Tal situación de demora, propició la intervención de la Defensoría del Pueblo a pedido del esposo de la favorecida Mark Vito Villanela, generándose así el oficio 437-2018-DP/ADHPD-PAPP, del 26 de noviembre de 2018, remitido al Juez Richard Concepción Carhuancho, también difundido por la prensa[3]. De tal

---

1 https://rpp.pe/politica/judiciales/giuliana-loza-presento-apelacion-para-liberar-a-keiko-fujimori-de-la-prision-preventiva-noticia-1161490, https://diariocorreo.pe/politica/giuliana-loza-apelacion-liberar-keiko-fujimori-presentara-hoy-852163/, https://gestion.pe/peru/politica/keiko-fujimori-presentan-apelacion-liberarla-36-meses-prision-preventiva-249216-noticia/, https://elcomercio.pe/politica/keiko-fujimori-presentaron-fundamentos-apelacion-prision-preventiva-nndc-noticia-574821, https://canaln.pe/actualidad/abogada-keiko-fujimori-apelacion-ya-esta-lista-n345857, entre otros medios de prensa.

2 https://larepublica.pe/politica/1363296-keiko-fujimori-juez-richard-concepcion-carhuancho-nego-retrasando-apelacion-presentada-keiko-fuerza-popular-odebrecht/, https://elcomercio.pe/politica/caso-fuerza-2011-juez-niega-retrasando-apelacion-keiko-fujimori-noticia-580790.

3 https://laley.pe/art/6642/defensoria-del-pueblo-solicita-a-concepcion-carhuancho-elevar-apelacion-de-keiko-fujimori, https://gestion.pe/peru/politica/defensoria-pueblo-pide-juez-concepcion-elevar-apelacion-keiko-fujimori-nndc-251021-noticia/, https://elcomercio.pe/politica/defensoria-envia-oficio-juez-concepcion-pedido-mark-vito-villanella-noticia-nndc-581549, https://larepublica.pe/politica/1364735-keiko-fujimori-defensoria-pueblo-envia-oficio-juez-concepcion-pedido-mark-vito-fuerza-popular/, https://peru21.pe/politica/defensoria-pueblo-pide-juez-concepcion-

documento, se aprecia que la actuación de demora del trámite del recurso de apelación de la favorecida, se debió básicamente a que el emplazado dispuso su no elevación hasta que terminara de resolver los pedidos de prisión preventiva requeridos por la fiscalía en contra de los demás procesados.

34. Con fecha 30 de noviembre de 2018, el juez emplazado elevó el recurso de apelación de la favorecida.

35. Sin embargo, con fecha 4 de noviembre de 2018, la Sala Penal Nacional emitió la Resolución 18, devolviendo el incidente al juzgado de origen, dado que este fue remitido sin la transcripción de las resoluciones impugnadas, razón por la cual dicha instancia no podía revisar los agravios respectivos. Este hecho, fue informado a la opinión pública mediante el *twitter* de la abogada de la favorecida y repetido en medios de prensa[4].

36. Con fecha 5 de diciembre de 2018, el juez emplazado recién cumplió con remitir el incidente de apelación completo.

37. Como es de verse, la actuación del juez emplazado no garantizó razonablemente el trámite que correspondía efectuarse ante el recurso de apelación de la favorecida, conforme lo dispone el artículo 278.1 del Código Procesal Penal, los derechos a la libertad individual y a la pluralidad de instancia, y el principio de razonabilidad. En efecto, de los hechos acaecidos en dicho trámite, se aprecia que el juez emplazado mantuvo en su despacho durante 24 días dicho incidente, sin justificar razonablemente el porqué de ello. Si bien es cierto que el proceso que se sigue a la favorecida cuenta con varios imputados y puede resultar complejo, ello no justifica tal demora en el trámite de ese específico incidente, pues fue el propio juez emplazado quien decidió imponer la medida de prisión preventiva en un acto individual a la favorecida con relación a los demás imputados. Por lo tanto, su decisión judicial ya estaba tomada y correspondía ser revisada por el superior respectivo, sin mayor demora a la que suponía la transcripción oportuna, diligente e inmediata de su resolución.

carhuancho-elevar-apelacion-keiko-fujimori-nndc-442949-noticia/, entre otros medios de prensa.

4 https://elcomercio.pe/politica/sala-devolvio-concepcion-apelacion-keiko-fujimori-prision-preventiva-noticia-584385, https://laley.pe/art/6698/sala-de-apelaciones-devuelve-a-concepcion-carhuancho-apelacion-de-keiko-fujimori-por-estar-incompleta, https://peru21.pe/politica/keiko-fujimori-devuelven-expediente-apelacion-incompleto-nndc-444729-noticia/, https://rpp.pe/peru/actualidad/keiko-fujimori-sala-devuelve-expediente-de-apelacion-contra-prision-preventiva-noticia-1167439, entre otros medios de prensa.

38. En tal sentido, la justificación que el despacho del emplazado expresó a la Defensoría del Pueblo o las otorgadas en medios de prensa, sumada a su falta de prolijidad en el envió incompleto de este incidente el 4 de diciembre de 2018 a la Sala Superior, pese a haber tenido 24 días para no cometer tal yerro, resultan lesivas de los derechos fundamentales invocados y, por lo tanto, la demanda debe ser estimada en este aspecto, con la finalidad de disponer que el juez Richard Augusto Concepción Carhuancho en lo sucesivo adopte las medidas respectivas idóneas para garantizar oportunamente los derechos fundamentales de los procesados. Asimismo, corresponde notificar la presente resolución al Órgano de Control Interno de la Magistratura para que efectúe la investigación correspondiente respecto de la conducta del emplazado en el trámite antes referido.

d. 2. Sobre la afectación del derecho a la defensa: el tiempo para preparar la defensa de la favorecida y para presentar pruebas

39. Otro de los agravios que denuncia la recurrente está referido al corto plazo que se le otorgó a la abogada de la favorecida para el estudio de la formalización de la investigación preparatoria y el requerimiento de prisión preventiva, que constaba, según indica en su demanda, de 598 páginas y 310 elementos de convicción. Aduce que el documento primigenio le fue notificado el sábado 20 de octubre de 2018 a las 9:56 am, mientras que la audiencia fue programada para el día domingo 21 de octubre de 2018, a las 10:00 am, es decir, se le otorgó menos de 24 horas para preparar su defensa. Refiere que tal situación y ante el reclamo de la falta de notificación de todos los elementos de convicción, se procedió a suspender dicha audiencia para el 24 de octubre de 2018, oportunidad en la que se agregaron 49 elementos de convicción adicionales, que fueron admitidos por el juez sin tener en cuenta que la abogada de la favorecida no tuvo acceso a estos y por lo tanto desconocía de su naturaleza, por lo que no tuvo tiempo para preparar la defensa respectiva.

40. Al respecto, la Procuraduría ha manifestado que la favorecida no impugnó dicha situación al interior del proceso.

41. Con relación a ello, se aprecia que el Nuevo Código Procesal Penal no establece un procedimiento para impugnar actuaciones judiciales como las descritas por la parte demandante. Al respecto, la parte demandada no ha precisado cuál sería tal procedimiento recursivo. En tal sentido, al no existir regulación específica respecto de este tipo de actuaciones, corresponde proseguir el análisis de la conducta cuestionada en atención a lo dispuesto por los principios *pro actione* y *pro homine* establecidos en el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

42. Con relación a este agravio, corresponde recordar que el Tribunal Constitucional en la sentencia emitida en los expedientes acumulados 4780-2017-PHC/TC y 502-2018-PHC/TC, precisó lo siguiente:

> "La audiencia de prisión preventiva, que se desarrolla bajo los principios de oralidad, inmediación, contradicción y publicidad, es un espacio de singular importancia para el ejercicio del derecho a probar de las partes, y para el ejercicio del derecho de defensa del acusado en particular. En la Casación 626-2013, fundamentos 15 al 24, se han establecido reglas importantes para su adecuado desarrollo que deben ser debidamente atendidas por la judicatura.
>
> No obstante, en los últimos tiempos la población ha sido testigo de audiencias de esta naturaleza que han sido programadas casi de modo inmediato luego de la presentación de la solicitud de prisión preventiva, o dándoseles continuidad o reprogramación a altas horas de la noche, e incluso, en algunos casos, de la madrugada.
>
> El Tribunal Constitucional comprende que se requiere una tramitación célere en estos casos, pero ello no puede darse a costa de comprometer el debido ejercicio de la defensa técnica por parte de los acusados, menos aún si de por medio está la posible expedición de una medida de prisión preventiva. De hecho, este Colegiado ya ha tenido ocasión de establecer que la duración razonable de un proceso no solo se ve afectada por ser excesiva, sino también, a veces, por ser demasiado breve: "un proceso concebido con una duración extremadamente sumaria o apresurada, cuyo propósito no sea el de alcanzar que la *litis* se satisfaga en términos justos, sino ofrecer un ritual formal de sustanciación 'de cualquier acusación penal', vulnera el derecho a un proceso 'con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable'" (Cfr. Sentencia 0010-2002-PI, fundamento 167).
>
> En efecto, tanto el Tribunal Constitucional como la Corte Interamericana de Derechos Humanos han afirmado que la constitucionalidad del plazo no solo se evalúa por el tiempo fijado en la ley. No se trata solo de un problema de legalidad, sino más bien de un derecho fundamental que puede verse seriamente afectado incluso antes del cumplimiento del plazo establecido en la ley. Por consiguiente, el plazo razonable también se vulnera si las actuaciones procesales tienen lugar sin la debida diligencia, en tiempos excesivamente cortos que no permiten a las partes hacer valer sus derechos, ponderar las pruebas o impugnarlas, etc.

> El nuevo modelo oralizado del proceso penal si bien apunta a la efectividad del proceso en un tiempo corto, su desarrollo no puede dar lugar a poner en riesgo el efectivo ejercicio de los derechos fundamentales. Por ello, es importante que el juez penal que conozca de una solicitud de prisión preventiva siempre observe las reglas del debido proceso. De ahí que deba brindar al imputado y su defensa un tiempo corto, pero razonable para preparar su contradicción, y deba ajustar la celebración de la audiencia a tiempos y horarios que permitan llevar a cabo con efectividad el derecho de defensa" (fundamentos 131 a 135).

43. El referido criterio vinculado con el ejercicio del derecho de defensa y el derecho al plazo razonable, indica entonces la necesidad del juez de cuidar no solo el debido proceso, sino también de garantizar oportunamente, en un plazo prudente o razonable los derechos de las partes del proceso, esto con la finalidad de llevar a cabo un trámite prolijo de la causa que tiene a su cargo y de la cual es responsable en su regularidad.

44. Solo de esa manera, su actuación judicial coadyuvará con la justicia que se pretende imponer en el trámite de todo proceso judicial. En tal sentido, actuaciones que se alejen de lo razonable, pueden, eventualmente, terminar lesionando derechos fundamentales y perjudicando la secuela natural del proceso.

45. Sobre este aspecto, la Sala emplazada señaló lo siguiente:

> …este Colegiado aprecia que no existe identidad entre la imputación descrita en el requerimiento original y el requerimiento reformado, pues se agregan enunciados de hecho –párrafos reseñados en negrita–, igualmente, contrastando los elementos de convicción ofrecidos en el requerimiento original –fs. 582 a 598– y en la absolución de observaciones –fs. 9800 a 9815–, se concluye que en el primero se ofrecieron trescientos diez elementos de convicción mientras que en el segundo, trescientos cincuenta y seis. En consecuencia, el Fiscal desbordó el mandato del JIPN al **a)** haber agregado enunciados de hecho y **b)** incorporado nuevos elementos de convicción con relación al requerimiento original; en esta instancia, el Fiscal Superior ha señalado que la resolución del JIPN cumple con todos los estándares de constitucionalidad.
>
> En ese contexto corresponde preguntarse ¿estas dos modificaciones detectadas tienen entidad para nulificar todo lo resuelto por JIPN? Para absolver esta interrogante el Colegiado establece las siguientes premisas: **i)** el Tribunal Constitucional en el Expediente 197-2005-PA/TC ha señalado:

> *"la nulidad de los actos procesales no se justifica en la simple voluntad de la ley. No admite una consideración de la nulidad por la simple nulidad, porque así se expresa o porque o es voluntad de la ley, sino porque en el establecimiento de determinadas formalidades que se observen en dichos actos procesales, subyacen bienes constitucionalmente protegidos"* (fundamento 7 in fine); **ii)** corresponde verificar si los defectos mencionados son idóneos para producir una indefensión material concreta en la investigada, pues como sostiene autorizada doctrina:
>
> *No toda vulneración de normas procesales importa indefensión. Se requiere lo siguiente: **1.** Que se haya infringido una norma procesal. **2.** Que exista privación o limitación de oportunidades de defensa, entendiendo por tales las consistentes en realizar alegaciones o en proponer y practicar pruebas. **3.** Que la indefensión no sea imputable al que la sufre, de modo que la prueba de la indefensión corre a cargo de éste: asimismo, debe determinarse en cada caso el grado de diligencia exigible al justiciable o a su abogado. **4.** Que la privación o limitación de la defensa no haya quedado posteriormente sanada. **5.** Que se ponga de manifiesto no sólo la limitación o privación, sino además el contenido que hubiera tenido lo preterido, esto es, que se demuestre la indefensión material. **6.** Que la privación o limitación haya tenido incidencia efectiva en el fallo".*
>
> El Colegiado precisa que los defectos anotados, no han sido gravitantes para la adopción de la medida cautelar por el JIPN, más precisamente, la modificación de la base fáctica y la incorporación de nuevos elementos de convicción –no controlada por el juez de garantías–, no fueron trascendentes en el razonamiento que sustenta la imposición de la prisión preventiva, en ese sentido esta Sala en vía de integración excluirá del acervo probatorio: **a)** los enunciados de hecho que modificaron la base fáctica del requerimiento fiscal de prisión preventiva, **b)** los elementos de convicción que se agregaron al requerimiento fiscal original. Solo de esa manera la nulidad no provoca estado de indefensión efectivo a la investigada recurrente y se priva de efectos trascendentes a la perniciosa nulidad. El agravio no puede ser amparado en función a lo fundamentado por esta Sala Superior. (fundamento 7 a 9 de la Resolución 26, fs. 615 a 617)

46. Al respecto, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en su decisión en discordia, únicamente señaló que la resolución de segundo grado motivó suficientemente las razones de porqué se desestimó tal agravio formulado por la abogada defensora de la favorecida, conforme se desprende del fundamento trigésimo sexto.

47. La jurisprudencia constitucional sobre el derecho a la defensa señala lo siguiente

> La Constitución, en su artículo 139º, inciso 14, reconoce el derecho a la defensa; en virtud de dicho derecho se garantiza que los justiciables, en la protección de sus derechos y obligaciones, cualquiera sea su naturaleza (civil, mercantil, penal, laboral, etc.), no queden en estado de indefensión. El contenido esencial del derecho de defensa queda afectado cuando, en el seno de un proceso judicial, cualquiera de las partes resulta impedida, por actos concretos de los órganos judiciales, de ejercer los medios necesarios, suficientes y eficaces para defender sus derechos e intereses legítimos (Sentencia emitida en el expediente 6648-2006-HC/TC, fundamento 4).
>
> El derecho de defensa a nivel procesal se constituye como una garantía que permite el correcto desenvolvimiento del proceso; por ello, el ejercicio del mismo al interior de cualquier procedimiento se constituye como un requisito de validez del propio proceso (Sentencia emitida en el expediente 00005-2006-PA/TC, fundamento 27).
>
> El derecho a no quedar en estado de indefensión se conculca cuando los titulares de derechos e intereses legítimos se ven impedidos de ejercer los medios legales suficientes para su defensa, pero no cualquier imposibilidad de ejercer esos medios produce un estado de indefensión que atenta contra el contenido constitucionalmente protegido del derecho sino que es constitucionalmente relevante cuando se genera una indebida y arbitraria actuación del órgano que investiga o juzga al individuo tal hecho se produce cuando el justiciable es impedido, de modo injustificado, de argumentar a favor de sus derechos e intereses legítimos. (Sentencia emitida en el expediente 582-2006-PA/TC, fundamento 3).

48. Analizados los actuados, este Tribunal considera que, en efecto, el juez emplazado no cumplió con otorgar un tiempo prudencial para que la abogada defensora de la favorecida pueda preparar su estrategia de defensa, y así poder argumentar lo correspondiente con los elementos de convicción que solo conoció el fiscal y el juez. Por lo tanto, este extremo de la demanda también debe ser amparado por la violación de los derechos invocados, al no habérsele permitido a la abogada de la favorecida preparar la defensa técnica respectiva.

49. Reitera este Tribunal que el plazo razonable también se vulnera si las actuaciones procesales tienen lugar sin la debida diligencia, en tiempos excesivamente cortos que no permiten a las partes hacer valer sus derechos, ponderar las pruebas o impugnarlas, como lo que ha ocurrido en este caso, razón por la cual corres-

ponde disponer nuevamente que el Juez Richard Concepción Carhuancho, en adelante, adopte las medidas respectivas idóneas para garantizar oportunamente los derechos fundamentales de los procesados. Del mismo modo, corresponde notificar la presente resolución al Órgano de Control Interno de la Magistratura para que también efectúe la investigación correspondiente respecto de la conducta del emplazado en el trámite antes referido.

d.3. Sobre la afectación del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales

50. Corresponde en este acápite, analizar las resoluciones judiciales que han dispuesto la prisión preventiva de la favorecida desde el derecho a la motivación invocado por la parte recurrente.

51. Es menester recordar que el artículo 139, inciso 3, de la Constitución Política del Perú establece los principios y derechos de la función jurisdiccional a la observancia del debido proceso y de la tutela jurisdiccional; en consecuencia, cuando el órgano jurisdiccional imparte justicia está obligado a observar los principios, derechos y garantías que la Norma Suprema establece como límites del ejercicio de las funciones asignadas. En este sentido, la necesidad de que las resoluciones judiciales sean motivadas es un principio que informa el ejercicio de la función jurisdiccional y, al mismo tiempo, es un derecho fundamental de los justiciables. Mediante la debida motivación, por un lado, se garantiza que la impartición de justicia se lleve a cabo de conformidad con la Constitución y las leyes (artículo 138 de la Constitución); y, a otro, que los justiciables puedan ejercer de manera efectiva su derecho de defensa (Cfr. Sentencia 07901-2013-PHC/TC, fundamento 2.3.1).

52. Esta exigencia de motivación de las resoluciones judiciales guarda concordancia con el principio de interdicción o prohibición de la arbitrariedad, el cual tiene un doble significado: ***a)*** en un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho; y, ***b)*** en un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva, como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo (Cfr. Sentencia 0090-2004-AA/TC, fundamento 12).

53. Debe tenerse presente que el Tribunal ha precisado que "la Constitución no garantiza una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido esencial se respeta siempre que exista fundamentación jurídica congruente entre lo pedido y lo resuelto, y que, por sí misma, exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si esta es breve o concisa o se presenta el supuesto de motivación por remisión […]" (Cfr. Sentencia 01291-2000-AA/TC).

54. Toda resolución judicial que ordene una prisión preventiva requiere de una especial y cualificada motivación que demuestre de modo razonado y suficiente que ella no solo es legal, sino proporcionada y, por consiguiente, estrictamente necesaria para la consecución del éxito del proceso.

55. Dicho esto, corresponde ingresar a analizar las resoluciones que han dispuesto la prisión preventiva de la favorecida, a fin de verificar si la imposición de dicha restricción lesionó o no el derecho invocado, esto a la luz del cumplimiento de los presupuestos regulados por el artículo 268 del Código Procesal Penal:

> El juez, a solicitud del Ministerio Público, podrá dictar mandato de prisión preventiva, si atendiendo a los primeros recaudos sea posible determinar la concurrencia de los siguientes presupuestos de manera copulativa:
>
> a) Que existen fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo.
>
> b) Que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad; y
>
> c) Que el imputado, en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, permita colegir razonablemente que tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización).

d.3.1. Sobre la motivación de la resolución de primer grado: Resolución Judicial N° 07, de fecha 31 de octubre de 2018, emitida por el Primer Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional – Juez Richard Concepción Carhuancho

56. En reiterada jurisprudencia se ha precisado que la prisión preventiva se justifica siempre y cuando existan motivos razonables y proporcionales para su dictado (Sentencia 04163-2014-PHC/TC, fundamento 8, Sentencia 02386-2014-PHC/TC, fundamento 8, Sentencia 06099-2014-PHC/TC, fundamento 5. Este criterio ha sido reiterado en el Auto 02163-2014-PHC/TC, considerando 3; Auto 02240-2014-PHC/TC, considerando 4; entre otras resoluciones).

57. En ese sentido, la resolución judicial firme que decreta la prisión preventiva debe cumplir con la exigencia de la debida motivación de las resoluciones judiciales, en la que se pueda verificar en forma clara y fundándose en evidencias sólidas cuáles son las razones que llevaron a su dictado (Cfr. Sentencia 01951-2010-PHC/TC, fundamento 5; y Sentencia 01680-2009-HC, fundamento 21).

58. La Resolución Judicial N° 07, de fecha 31 de octubre de 2018, que obra a fojas 45 del expediente, emitida por el Primer Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional, dispuso declarar fundado el requerimiento de prisión preventiva planteado por el Ministerio Público y, en consecuencia, impuso un mandato de prisión preventiva contra la investigada Keiko Sofía Fujimori Higuchi por el plazo de 36 meses, en la investigación que se le sigue por el delito de lavado de activos agravado, en agravio del Estado.

59. Tal resolución ha analizado el requerimiento de prisión preventiva desde diversos aspectos (Cfr. ff. 48 y 49). Así, realiza un primer análisis referido al supuesto procesal relativo a la configuración de la apariencia del derecho sobre el delito de lavado de activos imputado a la investigada. Un subsiguiente análisis relativo al segundo supuesto procesal, que trata sobre la prognosis de la pena. Un tercer análisis que versa sobre el presupuesto procesal relacionado con la configuración del peligro procesal. Un cuarto análisis sobre la proporcionalidad del mandato de prisión preventiva. Y un último análisis sobre la fijación y justificación del plazo de la prisión preventiva.

60. En cuanto al análisis de la configuración de la apariencia del derecho, la resolución bajo comento ha considerado que existe "sospecha grave" sobre la participación de la favorecida, Keiko Sofía Fujimori Higuchi, en el delito de lavado de activos agravado, en su condición de líder de la organización criminal creada de facto al interior del partido político "Fuerza 2011", con la finalidad de lavar activos ilícitos provenientes de Odebrecht (Cfr. f. 63).

61. Agrega dicha resolución que también existe una "sospecha grave" sobre la existencia de una presunta organización criminal creada al interior de tal partido, bajo el programa criminal de cometer delitos graves, como es el de captar activos ilícitos para acceder al poder político y luego cometer delitos de corrupción de funcionarios (Cfr. f. 65). Los fundamentos de dicha resolución son analizados en los párrafos siguientes.

d. 3.1.1. Sobre la existencia de fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo (artículo 268, inciso a)

a. Sobre los elementos de convicción de cargo acerca de la existencia de una organización criminal al interior del partido Fuerza 2011

62. El Juez emplazado ha considerado los siguientes elementos de convicción de cargo acerca de la existencia de una organización criminal:

Elementos de convicción de cargo sobre la existencia de una organización criminal	Acta de constitución y estatuto del partido político Fuerza Popular
	Declaración del Testigo Protegido TP-2017-55-3 del 14.10.2018
	Declaración de Antonela Ornela Gutiérrez Rosati, de fecha 14.10.2018
	Acta Fiscal de Allanamiento de fecha 15.10.2018
	Declaración testimonial de Rafael Arcángel Herrera Mariños (no aparece fecha en autos)
	Declaración del Testigo Protegido TP-2017-55-5 del 17.10.2018
	Declaración del Testigo Protegido TP 2017-55-4 del 16.10.2018
	Declaración testimonial de Elsa Maritza Aragón Hermoza, del 13.09.2018

63. El *A quo* ha evaluado conjuntamente y tenido en cuenta, en primer lugar, el acta de fundación del partido político "Fuerza 2011" y la aprobación de su estatuto (Cfr. f. 65 y sgtes.), de los que se desprende que este tiene *"…una vigencia, un estatuto y tiene una junta directiva y también se ha establecido de que manera tendría que efectuarse las fuentes de financiamiento.*" (sic) (Cfr. f. 69).

64. En segundo término, tiene en consideración la declaración testimonial del Testigo Protegido 2017-55-3, de fecha 14 de octubre de 2018, que señaló que Keiko Fujimori, Ana Hertz, Pier Figari y Vicente Silva *"…se reunían todos los lunes en la mañana para que hagan las reuniones del Comité Político de la bancada…" (Cfr. f. 69), lo que demuestra que "…una organización criminal de facto (…) se estaría creando de manera paralela al partido político y se habría enquistado dentro de la organización…*" (Cfr. f. 69), lo que para el *A quo* comprueba, entre otros aspectos, que al interior del partido se creó de manera paralela una presunta organización criminal; que "La Cúpula" de esa organización la conformaban las personas antes citadas; y que dicha cúpula estaba en los hechos por encima del Comité Político, por cuanto decidía los temas a tratar en la bancada de congresistas (Cfr. f. 71).

65. En tercer orden, valora la declaración de Antonela Ornela Gutiérrez Rosati, de fecha 14 de octubre de 2018, en la que señala que había un grupo de personas que tomaban las decisiones al interior de "Fuerza 2011", entre las que se encontraba la señora Keiko Sofía Fujimori Higuchi, quien era la que tomaba las decisiones a todo nivel (Cfr. ff. 72 y 78).

66. En cuarto lugar, meritúa el Acta Fiscal de Allanamiento de fecha 15 de octubre de 2018, correspondiente al allanamiento realizado sobre el inmueble sito en la

Calle Mariscal Blas Cerdeña N° 112, Departamento 301, del Distrito de San Isidro, en la que aparece que encontraron diversos documentos, entre ellos, un folder rotulado del "Estudio Loza Ávalos – Abogados", en el que se plantean estrategias legales con relación a los Casos N°s 80-2017, aportes a la campaña Presidencial de Fuerza Popular; 55-2017, anotación Odebrecht – campaña 2011; y 12-2016, campaña 2016.

67. Como quinto elemento de convicción, da mérito a la testimonial del investigado Rafael Arcángel Herrera Mariños, en la que, frente a la pregunta de si contaba con información contable del partido Fuerza 2011, respondió que sí y que todo se encuentra digitalizado y en el partido. Asimismo, la declaración testimonial del Testigo Protegido N° 2017-55-5, de fecha 17 de octubre de 2018, en la que se señala que la persona de Adriana Tarazona efectuó el pago para la compra de un sistema de contabilidad para el partido que, según se refiere, nunca se utilizó.

68. Del mismo modo, da mérito probatorio al acta de entrega de documentos del Testigo Protegido 2017-55-3, que se refiere a la transcripción del chat de la "Botica", en el que *"…aprecia una cúpula a través de los chats y se identifica a Pier Figari dando las directivas a los demás interlocutores (…) incluso digitando a los congresistas respecto a lo que decidía esta cúpula, instrumentalizando en buena cuenta a un poder del Estado.*" (f. 84). En el mismo sentido, el chat la "Botica" del aplicativo *telegram*, en el que, según se refiere, se aprecia el poder de mando de Keiko Sofía Fujimori Higuchi con los mensajes imperativos que escribe.

69. Tiene en cuenta, también, la declaración testimonial del Testigo Protegido N° 2017-55-4, de fecha 16 de octubre de 2018, que menciona la reunión realizada entre dicho testigo, Antonio Camayo, Héctor Becerril y César Hinostroza, en la que este último pedía conocer a la señora Keiko Fujimori y luego, en otra reunión, comentó que había podido hacerlo; declaración de la que, según el juzgado de investigación preparatoria nacional, se desprende expresamente lo siguiente: "*Se tiene a una presunta organización criminal que a través de Becerril gestiona una reunión entre Keiko Fujimori e Hinostroza Parichi, alto funcionario del Poder Judicial, para ayudarlo en procesos judiciales* (sic)."; y "*Se entiende que todo era por orden de 'La Cúpula' de la presunta organización criminal que quería capturar órganos del sistema de justicia y tenía como objetivo, obtener apoyo en procesos judiciales*."

70. Por último, la resolución del juez emplazado da mérito a la testimonial de Elsa Maritza Aragón Hermoza, de fecha 13 de setiembre de 2018, la que da cuenta de una reunión entre Guido Águila, Héctor Becerril y Baltazar Morales llevada a cabo en un inmueble situado en la Calle Trinidad Morán, del Distrito de Lince,

con la finalidad de discutir sobre la elección del nuevo presidente del Consejo Nacional de la Magistratura. Según el *A quo*, la denominada "Cúpula" digitaba a los congresistas dentro del cual estaba el Congresista Becerril, dada la verticalidad de la presunta organización criminal liderada por Keiko Fujimori (Cfr. f. 87).

71. Revisada la precitada Resolución 7, se advierte que esta considera válida y suficiente los elementos de convicción antes referidos, como acreditativos de la existencia de una organización criminal enquistada dentro del partido político llamado en ese entonces "Fuerza 2011", cuya cabecilla era la investigada Keiko Sofía Fujimori Higuchi. Por dicho motivo, se configuró el primer supuesto procesal, cuyo cumplimiento es necesario para privar de la libertad a una persona vía la figura de la prisión preventiva.

72. A este respecto, a juicio de este Tribunal, tal material probatorio no permite vincular a la procesada, Keiko Sofía Fujimori Higuchi, con una organización criminal, pues se tratan de elementos probatorios insuficientes, que razonablemente podrían acreditar su participación como líder de una organización política, en tanto asistía a reuniones, realizaba gestiones de coordinación e impartía directivas de carácter político a los militantes del partido, pero no así acreditar indefectiblemente su participación como líder de una organización criminal que tenía por consigna captar activos ilícitos para acceder al poder político y, posteriormente, cometer delitos de corrupción de funcionarios, conclusión a la que arriba la resolución *sub examine* en diversas partes de su motivación (Cfr., entre otras, f. 65).

73. El acta de fundación del partido y su estatuto por sí mismos no acreditan la existencia de una organización criminal sino justamente la creación de un partido político y la forma en que este se encuentra constituido, lo que incluye, entre otros, aspectos concernientes a los cargos directivos y a la distribución de las funciones al interior del mismo.

74. Por su parte, las declaraciones que mencionan que la favorecida realizaba reuniones con gente de su confianza y tomaba decisiones a todo nivel, así como los chats en los que aparece que daba instrucciones a miembros del partido, reflejan su posicionamiento como lideresa de ese partido, pero no se explica cómo de una valoración conjunta puede desprenderse una clara vinculación de la favorecida con una organización criminal dedicada, entre otros, al lavado de activos.

75. Lo mismo ocurre con el Acta Fiscal de fecha 15 de octubre de 2018, elaborada con motivo del allanamiento efectuado sobre el inmueble sito en la Calle Mariscal Blas Cerdeña N° 112, Departamento 301, del Distrito de San Isidro. En el

folder rotulado del "Estudio Loza Ávalos – Abogados", obra documentación que plantea estrategias legales con relación a los diversos casos vinculados partido ¿Cómo es que de tal documentación se infiere la existencia de una organización criminal al interior de Fuerza 2011? A juicio de este Tribunal Constitucional, no puede desprenderse razonablemente tal inferencia de esa documentación, máxime si se trata de informe elaborados por un tercero que recomiendan estrategias legales y no son vinculantes.

76. Por último, no se explica razonablemente en la resolución *sub examine* cómo la testimonial de Elsa Maritza Aragón Hermoza, que da cuenta de una reunión entre Guido Águila, Héctor Becerril y Baltazar Morales, llevada a cabo en un inmueble del Distrito de Lince, vincula a la procesada Keiko Sofía Fujimori Higuchi como cabecilla de una organización criminal. Tal resolución solo presume que la investigada digitaba a los congresistas a partir de la verticalidad de la presunta organización criminal que ella lideraba. Sin embargo, no corrobora esa declaración con otros elementos de convicción.

77. Un mínimo de diligencia exigía que tales pruebas fueran contrastadas con otras, a los efectos de lograr una certeza o verosimilitud de la existencia de una organización criminal. No se cumplió con esto y, por consiguiente, con el primer requisito requerido para conceder una prisión preventiva en contra de la favorecida. Por tal motivo, corresponde amparar la demanda en relación a la violación de los derechos invocados en esta parte.

b. Sobre los elementos de convicción acerca de la comisión del delito de lavado de activos que se le imputa a la favorecida

78. En cuanto a los elementos de convicción de cargo sobre la comisión del delito de lavado de activos, el *A quo* ha señalado que existe sospecha grave sobre el delito de lavado de activos imputado a la investigada Keiko Sofía Fujimori Higuchi (Cfr. f. 94).

79. Este ha tenido en consideración la documentación relativa al caso Odebrecht procedente de los Estados Unidos (Cfr. f. 94), de la que se infiere que Odebrecht habría corrompido a candidatos para obtener beneficios indebidos y mantener sus negocios en el mundo (Cfr. f. 95); el informe final de la comisión multipartidaria de investigación del proyecto corredor interoceánico Perú – Brasil IIRSA SUR (Cfr. f. 96), que se pronunció sobre la concesión de la carretera interoceánica; la copia de la traducción certificada de la acusación fiscal de la fiscalía de los Estados Unidos de América y el Acuerdo de Declaración de Culpabilidad de Odebrecht SA (Cfr. f. 98), en el que se señala que entre los años 2005 y 2014,

Odebrecht pagó e hizo que se efectuaran pagos corruptos por la suma aproximada de US $ 29'000,000.00 a funcionarios públicos del Perú; la Hoja de Entrega N° 281-2018-CTI-MP-FN, conteniendo la declaración de Jorge Barata, que advierte de las prácticas corruptas que habría implementado Odebrecht; entre otros.

80. En resumen, ha dado mérito a la siguiente documentación:

Elementos de convicción de cargo sobre la comisión del delito de lavado de activos imputado a Keiko Sofía Fujimori	Documentación relativa al caso Odebrecht procedente de los Estados Unidos
	Informe Final de la Comisión Multipartidaria de Investigación del Proyecto Corredor Interoceánico Perú-Brasil Sur
	Traducción certificada de la Acusación Fiscal de la Fiscalía de los Estados Unidos de América y Acuerdo de declaración de culpabilidad de Odebrecht
	Hoja de Entrega N° 281-2018-CTJ-MP-FN, conteniendo la declaración de Jorge Barata
	Declaración testimonial de Renzo Andrés Reggiardo Barrero
	Declaración de Jorge Henrique Simoes Barata
	Declaración de Fernando Migliaccio Da Silva

81. En opinión de este Tribunal, tal material probatorio tampoco permite vincular a la favorecida con una sospecha grave de la comisión del delito de lavado de activos en su forma agravada, esto es, como parte de una organización criminal que ella encabezaba, pues se trata de elementos de convicción insuficientes, que no la relacionan directamente con los presuntos pagos realizados por Odebrecht a diversas personas en el Perú.

82. La documentación relativa al caso Odebrecht procedente de los Estados Unidos señala, como cita la resolución, que *"Entre los años 2001 y 2016 Odebrecht junto a otras empresas brasileras corrompió con cientos de millones de dólares en pagos a funcionarios extranjeros, partidos políticos, funcionarios públicos de partidos políticos y candidatos políticos para obtener un beneficio indebido (…)"* (Cfr. f. 94). De esta premisa, principalmente, el juez emplazado concluye en lo siguiente *"En economía existe una frase 'no hay lonche gratis', esto quiere decir que Odebrecht cuando habría colocado dinero en campañas políticas de candidatos (siendo uno de ellos el caso de KEIKO SOFIA FUJIMORI HIGUCHI), lo habría hecho con el objetivo que luego fuera favorecido por éste, sea en licitaciones públicas en caso de salir ganador en la Presidencia de la República o en fiscalizaciones en caso de ir*

al Congreso, para ser favorecido en fiscalizaciones; para tal efecto, importa citar a Adam Smith, padre de la economía moderna, quien dijo 'no hay lonche gratis' significa ningún beneficio es gratuito.(…) En consecuencia, se llega a la conclusión que cuando la empresa Odebrecht destina dinero a los candidatos es para luego obtener beneficios indebidos" (Cfr. f. 95).

83. Este alto Tribunal de la Nación, reconoce también que la corrupción es un mal que aqueja profundamente a la sociedad peruana y, por lo tanto, debe ser investigada y sancionada con severidad por el Estado. Sin embargo, como garantía de legitimidad y de eficacia, la lucha inquebrantable contra la corrupción debe ser una lucha constitucionalizada y convencionalizada. Es decir, una lucha enmarcada escrupulosamente en el respeto de los derechos fundamentales, los principios y los valores que consagra nuestra Constitución; los tratados internacionales sobre derechos humanos suscritos por el Estado peruano; que tenga en cuenta además las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; y, sobre todo, con un riguroso respeto a las reglas que impone el debido proceso, el derecho de defensa y la tutela procesal efectiva, que son pilares de una recta, proba, eficaz e idónea administración de justicia.

1278 84. Si bien es sabido, el escándalo de corrupción del caso Odebrecht ha traspasado fronteras y mucha gente viene siendo investigada en la América Latina, a la hora de procesar a los investigados y de restringir sus derechos fundamentales la justicia no puede pasar por alto esa lucha constitucionalizada, que obliga a respetar estos derechos y, muy especialmente, los derechos a la libertad individual, la presunción de inocencia, al debido proceso y a la debida motivación de las resoluciones judiciales. Ahí reposa la garantía de la exigencia de una motivación cualificada al momento de privar de la libertad a una persona mediante la concesión de una solicitud de prisión preventiva como la analizada en el caso *sub litis*.

85. En relación a esta documentación, este Tribunal observa que el juez emplazado se ha basado en meras presunciones que le han llevado a colegir la existencia de sospecha grave sobre el delito de lavado de activos que se le imputa a la favorecida, pues por sí misma no demuestra una vinculación directa de esta con los envíos de dinero de la empresa Odebrecht. La resolución conjetura que cuando Odebrecht aportó al partido Fuerza Popular "…*lo habría hecho con el objetivo que luego fuera favorecido por éste, sea en licitaciones públicas en caso de salir ganador en (la) Presidencia de la República o en fiscalizaciones en caso de ir al Congreso, para ser favorecido en fiscalizaciones".* Y si bien esa pudo haber sido la intención de la multinacional constructora, la gravedad de una decisión restrictiva de la libertad física de una persona debe ampararse mucho más que en simples especulaciones.

86. Mención aparte merece la frase "…*no hay lonche gratis*", utilizada hasta en dos ocasiones en la resolución cuestionada, porque además de ser poco ortodoxa y no ceñirse a un lenguaje técnico-jurídico, revela en el fondo una filosofía que parte de la sospecha y la desconfianza, que devalúa al ser humano y lo hace ver proclive al delito. En suma, que no tiene en cuenta la postura humanista de la que parte nuestra Carta Fundamental desde su primer artículo, que a la letra preceptúa "La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado." Es decir, que siendo la persona humana digna en todo sentido y titular de derechos fundamentales, inherentes y consustanciales a ella, sus derechos nunca deben ser olvidados ni dejados de lado al investigar presuntas situaciones de corrupción, imputar responsabilidades individuales ni imponer medidas restrictivas de la libertad; máxime por quien administra justicia y debe conocer, de modo inexcusable, los principios y valores que recoge la Carta Magna, así como el rol de la persona humana en nuestro sistema constitucional y los derechos fundamentales de los que esta es titular, cuya garantía de protección, resguardo y vigencia resultan de ineludible cumplimiento por toda judicatura.

87. La resolución del juez emplazado se apoya también en el Informe Final de la Comisión Multipartidaria de Investigación del Proyecto Corredor Interoceánico Perú - Brasil IIRSA SUR, del año 2008, del Congreso de la República, que se centró en determinar si existieron irregularidades en el proceso previo al otorgamiento de la concesión de los tramos 2, 3 y 4 de la Carretera Interoceánica; en la ejecución de las obras de los tramos 1, 2, 3 y 4 de la Carretera Interoceánica; en los contratos de concesión de los tramos 1, 2, 3, 4 y 5; en la labor que realizaron la empresa supervisoras respecto de los tramos 2, 3 y 4; y si hubo incumplimiento de las cláusulas referidas al impacto ambiental.

88. A pesar que el informe llegó a la conclusión de que en el procedimiento administrativo para el otorgamiento de la concesión no se comprobaron irregularidades, el *A quo* señala que *"…en el año 2008 ya se advertía irregularidades en obras realizadas por la empresa ODEBRECHT*." (cfr. f. 98). Vale decir, que a esa fecha, en la que la favorecida ejerció el cargo de Congresista de la República y como tal suscribió junto a 53 congresistas más el referido informe, ya se colegían irregularidades en las concesiones de Odebrecht. Por tanto, según se infiere de la resolución cuestionada, Keiko Sofía Fujimori Higuchi, desde esa época ya debería haber sabido de los manejos corruptos de dicha empresa. Ello no es otra cosa que una nueva especulación carente de sustento probatorio, máxime si tenemos en cuenta que el escándalo Odebrecht estalló recién hace unos años atrás y no hace más de una década.

89. Para vincular a la favorecida, la resolución en mención da mérito también a las declaraciones de Jorge Simöes Barata sobre las prácticas corruptas que habría implementado Odebrecht para obtener beneficios en la Región (Cfr. f. 98 y 99). Sin embargo, en la propia resolución aparece que según Jorge Barata "…*nunca le entregó dinero a Keiko Fujimori, ni que nunca le entregó dinero ni ninguna entrega en específico*…", con lo cual se advierte una clara incongruencia en la resolución: Por un lado, utiliza las declaraciones de Jorge Barata para imputar a Keiko Sofía Fujimori Higuchi como sospechosa grave de la comisión del delito de lavado de activos y, por otro, señala que según el propio dicho de Barata este nunca le entregó dinero a Keiko Fujimori.

90. De otra parte, la declaración testimonial de Renzo Reggiardo tampoco vincula a la favorecida, pues se refiere a que dentro de la Comisión Investigadora de la Carretera Interoceánica se presentaron irregularidades. Sin embargo, estas declaraciones no explican cómo estas irregularidades establecen una vinculación con la señora Keiko Fujimori.

91. Lo mismo ocurre con las declaraciones de Fernando Migliaccio da Silva, que señala que el departamento de operaciones estructuradas de Odebrecht fue creado con la finalidad "…organizar (…) pagos no oficiales, no contabilizados, o si quieren podemos llamarlos ilícitos." Tal declaración fue interpretada por el juez emplazado afirmando que "…se había creado este departamento de operaciones estructuradas para efectuar pagos ilegales con recursos no contabilizados, lo cual pone de manifiesto que estamos frente a fondos de carácter ilícito.". Sin embargo, la argumentación presentada por el juez no justifica la razón del el porqué los fondos eran ilícitos, presupuesto indispensable para que se configure el delito de lavado de activos.

92. La tesis de la resolución bajo análisis es la de que los fondos fueron captados por Jaime Yoshiyama Tanaka y Augusto Bedoya Camere y esta resolución tiene un acápite denominado "*Vinculación de Keiko Sofía Fujimori Higuchi con los montos ilícitos que hace entrega Odebrecht a través de Jaime Yoshiyama Tanaka y Augusto Bedoya Camere de un millón de dólares*" (Cfr. f. 102). Sin embargo, en este apartado, los elementos de convicción no vinculan a la beneficiada como sospechosa grave del delito que se le imputa, presupuesto material *sine qua non* para imponer la prisión preventiva.

93. En el referido acápite, el juez emplazado se sostiene fundamentalmente en los siguientes elementos que le causan convicción:

Vinculación de Keiko Sofía Fujimori Higuchi con los montos ilícitos que hace entrega Odebrecht a través de Jaime Yoshiyama Tanaka y Augusto Bedoya Camere de un millón de dólares.	Declaración de Marcelo Bahía Odebrecht de fecha 19.12.2017
	Documentos de traducción y transcripción de declaración de Luis Antonio Mameri
	Oficio N° 67-2018-ADP del 19.09.18, emitido por el entonces presidente del Congreso Daniel Salaverry
	Declaración de Marcelo Bahía Odebrecht de fecha 9.11.2017
	Carta N° 002196-2018, de fecha 27.06.2018, remitida por América Móvil Perú SAC
	Declaración del investigado Jaime Clemente Yoshiyama Tanaka de fecha 29.01.2018
	Declaración de Jorge Simöes Barata, del 28.02.2018
	Declaración de Briceño Villena de fecha 15.03.2018
	Declaración de Hugo Francis Delgado Nachtigall de fecha 16.10.2018
	Declaración testimonial del Testigo Protegido TP 2017-55-3, de fecha 14.10.2018

94. Se señala en la resolución que de la declaración de Marcelo Odebrecht *"…se desprende que éste habría ordenado que se aumente 500,000 dólares americanos a favor de la campaña de la investigada Keiko Sofía Fujimori Higuchi por concepto de campaña electoral sin registrarla, y que dichos fondos provenían de la Caja N° 02 del Departamento de Operaciones Estructuradas…"* (Cfr. f. 102).

95. De la declaración de Luis Antonio Mameri la resolución "*…advierte que esta era uno de los líderes empresariales de ODBRECHT habría aprobado estos pagos para la campaña de Keiko Sofía Fujimori Higuchi.*" (sic) (Cfr. f. 104). Mameri señaló, entre otros aspectos, lo siguiente: "*…yo aprobé que se realizaran pagos a la campaña política de aquella época en el Perú. Sí, yo estuve de acuerdo, y aprobé dos correos electrónicos que recibí de él. Si el (Barata) fracciono el monto que indico en el primer o segundo correo electrónico en un primer pago a la campaña de la señora Fujimori del Partido Político Fuerza 11, 2011, si el fracciono el segundo monto que me mando, eh… no sabría decir, lo que puedo decir es que yo aprobé estos pagos.*" (sic) (Cfr. f. 104).

96. De la declaración de Jorge Henrique Simöes Barata, el juez emplazado arriba a la siguiente conclusión: "*De este elemento de convicción se extrae que se entregó dinero al Partido* (y) *fue a través de Jaime Yoshiyama Tanaka*." (Cfr. f. 105). Jorge Barata

señaló que el dinero fue entregado para la campaña de la señora Keiko, el señor Yoshiyama era el jefe del partido y con él se comunicaron (Cfr. ff. 104 y 105).

97. Sin embargo, para este Tribunal queda claro que la fundamentación utilizada por la resolución objeto de cuestionamiento adolece de falta de motivación interna en el razonamiento (cfr. Sentencia 8439-2013-PHC/TC, entre otras), que es precisamente una de las exigencias que impone el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la motivación resolutoria. Ello es así, por cuanto tras admitirse como premisa central la veracidad de todo lo que dicen los declarantes, se descarta por completo aquella parte de su versión que podría generar efectos distintos a la conclusión arribada, en la lógica de solo priorizar aquella parte de la declaración que sirve para alcanzar una sospecha grave de incriminación.

98. En efecto, mientras que Marcelo Odebrecht no vincula directamente a la favorecida, Luis Antonio Mameri también ha señalado en su declaración lo siguiente: "*Recuerdo bien que en este correo electrónico no aparecía (…) el nombre de la señora Fujimori o el Partido o cualquier indicación directa o indirecta a esta…*" (f. 103). Por su parte, Jorge Barata ha mencionado: "*Bueno ese dinero fue entregado para la campaña; es decir, para la campaña de la señora Keiko Fujimori, es decir nosotros no sabemos exactamente como eso fue distribuido. Fue entregado al partido.*" (f. 105). Vale decir, que los declarantes en puridad desconocían si el dinero llegó a manos de Keiko Fujimori o esta conocía de los aportes, lo que, como hemos advertido, no ha sido considerado por la resolución bajo análisis.

99. Con la declaración del señor Briceño Villena acontece algo parecido, pues la resolución le otorga veracidad a una parte de la misma, y no tiene en cuenta que más bien esta contradice el testimonio de Barata: "*…el señor Barata se equivoca cuando dice que yo lo invité como presidente de la CONFIEP si no que lo hice como Past Presidente (…) no encuentro explicación por que el Sr. Barata indica que los $200,000.00 fueron parte de los aportes ilegales que su empresa hizo a favor de la campaña de Keiko Sofía Fujimori Higuchi.*" Sin embargo, para el juez emplazado lo que "*…interesa al despacho destacar es que (Briceño) reconoce que Barata entregó este dinero a favor de la CONFIEP a través de una transacción bancaria.*" (cfr. f. 107). ¿Cómo esto último vincula a la favorecida con el delito que se le imputa? No se explica tampoco en este razonamiento cómo es que se da por cierta una declaración y se le quita peso a otra que justamente contradice a la primera, pues refiere en esta el declarante que no se explica porqué el señor Barata indicó que los US $ 200,000.00 entregados a la CONFIEP eran para la campaña de Keiko Fujimori.

100. De otro lado, la declaración del Testigo Protegido TP 2017-55-3, de fecha 14 de octubre de 2018, en la que señala que "*En la primera ocasión que el congresista Rolando Reátegui fue citado estaban presentes Keiko Sofía Fujimori Higuchi, Ana Hertz de Vega, Pier Figari y Adriana Tarazona de Cortez (…) Pier Figari y Ana le indican al congresista que hay fondos de dineros donados por empresarios que no quieren aparecer en la lista de aportantes del Partido 2011 (…) por ello Pier Figari le indica al congresista Rolando Reategui que le van a dar un dinero para poder cubrir las donaciones para que aparezcan registradas a nombre de terceras personas (…)*", no ha sido contrastada con otros elementos que causen suficiente convicción sobre la comisión del delito que se le imputa a la favorecida.

101. Las declaraciones indagatorias de Liz Documet Manrique, Pedro Abel Velayarce y Liulit Sánchez Bardales, todas del 15 de octubre de 2018 (cfr. ff. 120 y sgtes.), así como las declaraciones del Testigo Protegido 2017-55-1 y de Ángela Berenise Bautista Zeremelco, refieren una participación del señor Rolando Reátegui en la captación de supuestos aportantes para el partido Fuerza 2011 que, en puridad, solo prestaron sus nombres pues no donaron dinero. Ahora bien, esta contrastación probatoria refleja una práctica que la fiscalía llama "pitufeo", realizada por Rolando Reátegui, pero de ello no se puede inferir que Keiko Fujimori conocía de esta práctica o había ordenado realizarla, menos aún inferir que conocía del origen ilícito de los fondos. La declaración del Testigo 3 en relación a este aspecto no ha sido corroborada por otro participante de la reunión que aduce ni por elemento probatorio adicional alguno.

102. La misma lógica resulta aplicable para lo que la resolución en comento llama el factor "Jorge Yoshiyama Sasaki" (f. 123 y sgtes.), en la que se detallan las declaraciones de Erick Giovanni Matto Monge, Javier Meneses Ahumada, Patricia Coppero del Valle, Juan Carlos Castañon del Carpio y Daniel Mellado Correa, que dan cuenta de la forma en que, a través de las coordinaciones entre Yoshiyama Sasaki y Giancarlo Bertini, ingresaron nuevos aportes a la campaña del 2011. Y ello porque no se vincula en ninguna declaración a la persona de Keiko Sofía Fujimori Higuchi.

103. Recalca este Tribunal que la motivación expresada por el juez emplazado menciona que ingresó dinero a la campaña electoral de la favorecida en el año 2011. Empero, este no ha señalado cómo es que el ingreso de dichos fondos ha configurado el delito de lavado de activos que se le imputa a la misma. Tal fundamentación resultaba esencial a la luz de los dispositivos constitucionales antes mencionados y, específicamente, del inciso a, del artículo 268, del Nuevo Código Procesal, que exige ello para ordenar la prisión preventiva, al requerir

que se determine "*Que existen fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo.*"

104. En cuanto a la declaración de Hugo Francis Delgado Nachtigall de fecha 16 de octubre de 2018, en esta solo se menciona que recibió una llamada de José Chlimper en la que le comentó que había entrado a apoyar la campaña de Keiko Fujimori, entregándole US $ 210,000.00 para la continuidad de la misma. Nuevamente se trata de una declaración que no ha sido corroborada por otros elementos de convicción que den sustento a la tesis que pretende argumentar el juez demandado en la resolución que nos ocupa.

105. De todo lo expuesto, se aprecia que la resolución cuestionada adolece de graves vicios de motivación y congruencia interna que, finalmente, han provocado la afectación de los derechos fundamentales de la favorecida. Por lo tanto, también corresponde amparar la demanda en este extremo.

d.3.1.2. Sobre la prognosis de la pena (artículo 268, inciso b, del Nuevo Código Procesal Penal)

1284

106. A fojas 165, el juez emplazado señala lo siguiente: *"Este despacho considera que el pronóstico de la pena en el caso concreto el investigada Keiko Sofía Fujimori Higuchi, sería superior a los 04 años de pena privativa de la libertad atendiendo no solamente se va a tener en cuenta (…) la pena conminada, sino la particularidad el caso concreto de esta investigada a efectos de analizarlo no en el sentido genérico, como diría Antonio Pérez, sostiene que se acierte en el caso concreto con la decisión que corresponda.(…) al haberse cumplido con la apariencia del buen derecho respecto al delito de lavado de activos agravado imputado a la investigada Keiko Sofía Fujimori Higuchi, la consecuencia jurídica sería aplicarle un pronóstico de pena referido a dicho delito (de) lavado de activos teniéndose en cuenta el marco de la pena conminada para el delito de lavado de activos en términos generales que sería entre 10 y 20 años de pena privativa de la libertad (…) En el presente caso, el despacho considera que si corresponde hacer pronóstico de pena en su caso concreto porque se considera que (…) exist(e) sospecha grave sobre el delito que se le imputa a esta investigada, (lavado de activos agravado); por ende, se tiene que hacer el pronóstico de la pena teniendo en cuenta el marco de la pena conminada…"* (sic)

107. En la medida que la motivación del cumplimiento de este requisito copulativo para la imposición de la prisión preventiva de la beneficiaria ha sido sustentada en los elementos de convicción precedentemente analizados, y que, a su vez,

este Tribunal ha identificado que la argumentación planteada por el juez emplazado ha lesionado el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, tal conclusión resulta igualmente inconstitucional.

d.3.1.3. Sobre el peligro procesal (artículo 268, inciso c, del Nuevo Código Procesal Penal)

108. En cuanto al peligro procesal, el juez demandado analizó tanto el peligro de fuga como el peligro de obstaculización a la actividad probatoria, y consideró que se configuran los dos supuestos. Por ende, se justificaba la medida de prisión preventiva contra Keiko Fujimori.

109. Por su parte, la Sala superior emplazada consideró que solo existe peligro de obstaculización, desestimando en su mayoría las argumentaciones contenidas en la resolución del *A quo*, por lo que resulta innecesario pronunciarnos sobre cada uno de sus argumentos, que han sido desvirtuados en segunda instancia.

110. En cuanto al peligro de fuga, por ejemplo, la resolución del juez emplazado señala que si bien la imputada "*…tiene arraigo domiciliario, tiene arraigo familiar, tiene arraigo ocupacional; sin embargo, el tener estos tres arraigos, no garantiza que la investigada no vaya a eludir la acción de la justicia (…) puesto que hay personas que cuentan con todos los arraigos (…) pero a pesar de tener todos los arraigos, al final han terminado eludiendo la justicia, ejemplos: el caso del club de la construcción, Gustavo Salazar, quien aparentemente tiene todos los arraigos, sin embargo, a pesar de ello salió del país. Otro ejemplo: Ernesto Shutz y Calmel del Solar, son personas que tienen todos los arraigos; sin embargo, al final han terminado eludiendo la acción de la justicia…*" (f. 171).

111. Empero, sobre el particular, la Sala Especializada en Delitos de Crimen Organizado y Corrupción de Funcionarios ha señalado en revisión que "*…la norma* (artículo 269, numeral 4, del Código Procesal Penal) *no autoriza la valoración del peligro de fuga en función al comportamiento de otros imputados.*" (cfr. f. 276), con lo cual coincide este Tribunal, por cuanto, no resulta razonable, lógico, ni ceñido a las reglas de un Estado Constitucional, evaluar el comportamiento de otros imputados para concluir que puede haber peligro de fuga en el caso de la señora Keiko Fujimori; máxime si en el caso concreto la defensa técnica nunca podrá desvirtuar hechos objetivos, como puede ser la fuga de otros investigados. Por ello, la Sala concluye "*En ese sentido, el agravio es fundado, concluyéndose que no existe indicio razonable para presumir el peligro de fuga de la investigada KEIKO SOFÍA FUJIMORI HIGUCHI*" (cfr. f. 378)

112. En cuanto al comportamiento procesal, la resolución del juez emplazado, entre otros aspectos, considera que es atribuible a la investigada la estrategia de dilación planteada en los documentos que obran en el folder rotulado "Estudio Loza Ávalos", al cual se ha hecho referencia anteriormente. Esto, porque "… *sería la líder de esta presunta organización, esa es la tesis imputativa y sobre el cual ya hemos desahogado (sic) una pluralidad de elementos de convicción, además este comportamiento estaría vinculado a la investigada en razón a la revisión de los elementos de convicción, Testigo Protegido N° 03 y los chats se han puesto de manifiesto, una estructura vertical de esta organización en donde tenemos una cúpula, que prácticamente es la que toma decisiones…"* (sic) (f. 175).

113. Concluye la resolución que "…*esta conducta dilatoria que se ha visto plasmada en este documento podría establece(r) la probabilidad (…) de dilatar los actos de investigación, (lo cual) genera una probabilidad que (la) investigada pueda eludir la acción de la justicia…*" (f. 176).

114. Al respecto, la Sala sostuvo lo siguiente: "*El Colegiado considera que este documento intitulado 'Efectos y contingencias de una formalización de investigación preparatoria' contiene una estrategia jurídica defensiva (…) Analizado el citado documento no revela per se una manifiesta planificación de actos criminales o una estrategia clara de apartamiento del derecho, a lo mucho revelaría el diseño de una estrategia dilatoria -como lo acaba aceptando el JIPN-; respecto de esta consejería: a) la investigada tiene la opción de seguir los consejos o no, b) de optar la investigada por realizar tales actos dilatorios, los fiscales y jueces – que tomen conocimiento de estos actos- pueden controlar y evitar que se concrete el plan dilatorio (…) El agravio debe ser estimado y no puede ser empleado al sustentar peligrosismo procesal obstruccionista para la actividad probatoria.*" (f. 280).

115. La resolución del juez demandado también menciona lo siguiente: "*Comportamiento procesal de captura o de interferencia sobre un ex juez supremo para ser favorecido en procesos judiciales. (…) La declaración testimonial de Testigo Protegido N° 04 de folios 7518 a 7519, pregunta N° 01, en el segundo, tercer y cuarto párrafo, refiere acerca de una reunión con la señora Keiko (…) El primer encuentro Héctor Becerril con César Hinostroza en la casa de Camayo (…) El segundo encuentro en el Centro Poblado Muruguay, César Hinostroza comenta a Camayo que se había encontrado con Keiko, el encuentro se dio en la casa partidaria (…) El tercer encuentro César Hinostroza comenta que un proceso caerá en su poder por lo que tendrá apoyo político, cuarto evento de fecha 2 y 3 de mayo en Uruguay, Mickey Torres le solicita un encuentro con César Hinostroza por encargo de Keiko, pactando para la 1:00, quinto evento de fecha 4 y 5 de mayo, se da la reunión de*

(…) Micky e Hinostroza hablan sobre el tema de la ley de lavado de activos. (…) Ese es un comportamiento procesal de la investigada que objetiva su intención de interferir y de ejercer influencia sobre un juez supremo para que la ayude en sus procesos judiciales (…) esto arroja un comportamiento procesal de la investigada de interferir con el sistema de justicia respecto a los procesos que llegarían a manos de César Hinostroza (…)" (cfr. ff.177-180)

116. La Sala, por su parte, ha señalado a este respecto que "*La versión de un TP debe ser corroborada para emplearse en la sustentación de una prisión preventiva; para efectos de corroborar la información aportada por el TP N° 55-04, se ha revisado el incidente, empero se advierte que no se encuentran elementos de convicción suficientes que permitan corroborarla. En consecuencia, esta instancia no puede dar mérito acreditativo a lo expresado por el TP en mención.*" (cfr. f. 281).

117. Más adelante añade: "*Existe la necesidad de recabar las declaraciones de las personas indicadas por el testigo de referencia, lo cual no se ha materializado; además debe corroborarse con otros elementos para tener aptitud de ser valoradas, estas son dos exigencias que dimanan del ordenamiento procesal penal. En ese sentido no se aprecia argumentación alguna del JIPN para darle el valor que le otorga sin referirse en lo absoluto a la norma procesal glosada ni por qué omite su cumplimiento. Todo ello permite concluir que es prematuro extraer conclusiones e inferencias a partir de la declaración del TP N° 01, sin corroboración ni recepción de las declaraciones de las personas que se indican en el contexto de la aludida reunión entre César Hinostroza – KEIKO SOFÍA FUJIMORI HIGUCHI. Este extremo del relato no puede ser valorado como grave indicio por carecer de la aptitud legal de corroboración. Por esta razón, deviene en fundado este extremo del agravio.*" (cfr. f. 282).

118. En suma, la Sala Especializada en Delitos de Crimen Organizado y Corrupción de Funcionarios corrigió en su mayoría las deficiencias de argumentación del juez emplazado, al considerar que no habían sido contrastadas las declaraciones que toma como valederas con otros elementos que causen convicción sobra las mismas y, por lo tanto, justifiquen el privar de la libertad a la beneficiaria de este proceso. Por ello, como ya hemos mencionado, el análisis debe constreñirse a las consideraciones del *A quo* que fueron ratificadas en segunda instancia cautelar, lo que se hace a continuación.

d.3.2. Sobre la Motivación de da Resolución Judicial de Segunda Instancia: Resolución 26, del 3 de enero de 2019

119. Como hemos adelantado, la imposición de la prisión preventiva de la favorecida fue materia de revisión por la Sala superior emplazada, órgano jurisdiccional

que confirmó dicha medida, pese a haber estimado algunos de los cuestionamientos efectuados por la abogada de la favorecida.

120. En tal sentido, este Tribunal centrará su análisis únicamente en aquellos agravios que, luego de la revisión por dicha instancia, fueron desestimados para mantener la medida cautelar de prisión preventiva.

121. Asimismo, y sobre la apariencia del buen derecho (f. 613), cabe precisar que dicho cuestionamiento y su análisis, corresponde a la afectación del derecho de defensa de la favorecida, cuya evaluación ya se ha efectuado *supra*.

122. Corresponde analizar, entonces, las razones por las cuales dicho órgano jurisdiccional consideró que los presupuestos procesales materiales regulados por el artículo 268 del Nuevo Código Procesal Penal se encontraban debidamente cumplidos para mantener dicha restricción.

d. 3.2.1. Sobre la existencia de fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo (artículo 268, inciso a)

1288

a. Sobre los elementos de convicción que acreditan el supuesto circuito de dinero procedente de Brasil

123. Al respecto, la Sala Superior emplazada consideró los siguientes elementos de convicción para señalar que la favorecida conocía del circuito de dinero proveniente de Brasil.

Conocimiento del circuito de dinero procedente de Brasil	Acta de recepción de documentos del 18.10.2018
	Declaración de Jorge Henrique Simões Barata del 28.02.2018
	Declaración de Marcelo Odebrecht del 09.11.2017
	Declaración de Luís Antonio Mameri del 25.04.2018
	Declaración de Migliacci Da Silva del 26.04.2018
	Declaración de Antonieta Ornella Gutiérrez Rosati del 14.10.2018

124. Así, concluye lo siguiente:

> *"las declaraciones glosadas revelarían que las operaciones se dieron en el contexto de un entramado propio de una organización empresarial adaptada para delinquir, implementando un programa de soborno sistemático a los candidatos presidenciales de varios países de la región con finalidades expre-*

samente aceptadas de obtener beneficios de los eventuales ganadores cuando lleguen a ser gobierno y también para recibir un trato preferente en el poder legislativo de ser el caso" (f. 621).

En tal sentido, señala que la declaración de Marcelo Odebrecht dejó en claro que *"Odebrecht apoyó las campañas de Alejandro Toledo, Alan García, Ollanta Humala y Keiko Fujimori"*, y que *"el dinero entregado a Fuerza 2011, de quinientos mil, fue en dólares, pese a una dubitación inicial, y deduce contextualizando la frase, que se había producido un pago inicial, que explicaría que la frase se hable de aumento. El aporte de ese elemento confirma que desde la cúspide de la empresa Odebrecht se habría tomado la decisión de apoyar económicamente la campaña presidencial de KEIKO SOFIA FUJIMORI HIGUCHI del año 2011"* (Cfr. f. 622)

De la declaración de Luís Antonio Mameri refiere que esta *"da cuenta de la existencia de un sistema encriptado donde no aparecía el nombre de la señora Fujimori y solo se hacía mención a una campaña nacional, él aprobó los pagos para la campaña política en el Perú […] la narración de Mameri tiene corroboración a través de registros en el sistema financiero y los datos que maneja la propia empresa Odebrecht"* (f. 622)

De la declaración de Jorge Barata refiere la Sala que *"confirma que hicieron aportes para apoyar la campaña de KEIKO SOFIA FUJIMORI HIGUCHI en el dos mil once. […] enfáticamente señala que al inicio de la campaña aportaron quinientos mil, y luego similar cantidad, describiendo los lugares de entrega. Precisa que aportaron doscientos mil dólares adicionales a través de la Confiep a pedido"* (f. 623).

De la declaración de Migliaccio Da Silva señala que esta *"explica que el Departamento de Operaciones Estructuradas fue creado con la finalidad de organizar en forma segura y planificada la contabilidad de pagos no oficiales, no contabilizados, ilícitos, por ello el Departamento debía permanecer oculto pues no querían ser sancionados entre otras razones por pagos por corrupción. Desconocía la identificación de las personas a quienes se les pagaba y que las donaciones electorales eran no contabilizadas"* (f. 623)

125. En tal sentido, la Sala emplazada concluyó que *"de acuerdo con este esquema no es necesario que se haya producido una reunión de algún empleado de Odebrecht con la investigada KEIKO SOFIA FUJIMORI HIGUCHI, la defensa técnica no puede exigir que estas personas la conozcan, pues de ceñirse a la imputación y a lo que fluye de las referidas declaraciones, ello no es posible, precisamente, por el em-*

pleo de un sistema encriptado que empleaba codinomes, donde Mameri confirma que no tenían datos de la investigada KEIKO SOFIA FUJIMORI HIGUCHI. También resulta relevante precisar que según BARATA, Clemente Jaime Yoshiyama Tanaka actuaba en representación del partido y fue quien solicitó el dinero. En esa misma línea tampoco se puede exigir que los testigos señalen que la investigada haya solicitado o recibido dinero alguno directamente de Odebrecht, pues ello significa establecer una línea de defensa al margen de lo que aportan los elementos de convicción. Tampoco resulta coherente exigir que todos los testigos conozcan a quien se le envió el dinero de Fuerza 2011, por sus particulares funciones que han sido detalladas". (f. 623)

126. Sobre la valoración de la declaración de Antonieta Ornella Gutiérrez Rosati, la Sala emplazada resaltó lo siguiente: "…debo indicar que mi persona nunca fue llamada por la señora Keiko Fujimori *[…], por el Secretario General Jaime Yoshiyama, o por cualquier otro miembro del CEN para instruirme o indicarme sobre la organización de algún evento o actividad proselitista a desarrollarse, considero que dichas decisiones serían tomadas en las más altas esferas o con ciertos miembros del CEN, esto es pudiéndose encontrar la señora Keiko Fujimori, el señor Jaime Yoshiyama […]. Esta suposición basada en un organigrama inicialmente pensado por el partido político que me fuera entregado cuando asumía funciones en la Tesorería […]. La defensa no formuló oposición a la admisión de tal documento, su estrategia fue señalar que la declarante solo 'suponía' sin afirmar de manera tajante, ello evidencia que se produjo un contradictorio propio de la actuación de la evidencia documental. […] El PPT N°02 presenta un Esquema conceptual de Fuerza 2011; en la parte superior central aparece la foto de KEIKO SOFIA FUJIMORI HIGUCHI y a su derecho la foto de CLEMENTE JAIME YOSHIYAMA TANAKA. Debajo de la foto central se observa, las palabras 'CEN/Comités Departamental', con una flecha indica 'Tesorería: Presupuesto y control, gestión compra y gestión financiera'. Corrobora lo que prevé el estatuto, que Tesorería depende directamente de la presidencia del partido. […]. En la parte inferior derecha, la palabra 'confidencial'. Este documento revela que el tema de los ingresos y aportes al partido era de conocimiento de la investigada y de Clemente Jaime Yoshiyama Tanaka, lo cual es coherente con los datos que refieren los testigos de le empresa Odebrecht que ya se han reseñado. Por todos estos fundamentos empleados vía integración, el agravio debe desestimarse".* (f. 624)

127. Como es de verse, las apreciaciones de la Sala, básicamente, descalifican la defensa de la favorecida porque a su consideración no es necesario exigirles a los testigos que conozcan quienes solicitaron o recibieron el dinero, por sus

particulares funciones que cumplían dentro de Odebrecht, dándole peso superior a la teoría de la fiscalía respecto del presunto ilícito cometido. Es decir, que para la Sala emplazada bastan las antes referidas declaraciones, para presumir que la investigada conocía del circuito del dinero proveniente de Brasil, pese a que en ninguna de ellas se confirma eso. ¿Esta argumentación resulta constitucional? A consideración de este Tribunal, la argumentación esbozada por la Sala emplazada resulta inconstitucional, pues ha terminado afirmando que en el espacio del debate judicial acerca de si corresponde o no el dictado de una prisión provisional –medida cautelar limitativa de la libertad personal–, no hay necesidad de corroborar mínimamente la participación del imputado en los hechos materia de investigación, basta únicamente que se le mencione de manera tangencial, para concluir que participó del ilícito, lo cual, a todas luces vulnera el derecho a la presunción de inocencia.

128. Adicionalmente a ello, la Sala termina justificando su convicción con la "suposición" que Antonieta Ornella Gutiérrez Rosati efectuó en su declaración, a partir de un organigrama que le fue puesto a su conocimiento cuando tuvo funciones de Tesorera del partido Fuerza 2011. Lo cual, según razona la Sala, se confirma con un PPT donde estaría dicho organigrama elaborado por el partido Fuerza 2011.

129. Como es de verse, tal razonamiento en sí mismo parte de presunciones y no de hechos que puedan presumirse como ilegales, pues un organigrama de un partido político no indica más que los cargos políticos que cada participante ocupa en la organización, sin que de ello se pueda inferir con meridiana lógica, que ello implique grados de participación criminal como lo parece entender la Sala emplazada.

130. Al respecto, se hace necesario recordar que la Corte Interamericana ha manifestado que una resolución judicial que pretenda entenderse como suficientemente motivada para limitar la libertad personal "…tiene que estar fundada en hechos específicos (…) esto es, no en meras conjeturas" (Cfr. Corte IDH. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez *v.* Ecuador, Sentencia de 21 de noviembre de 2007, párr. 103). Es decir, que para disponer la restricción de la libertad personal, resulta constitucionalmente inaceptable sustentar la convicción de los hechos presuntamente ilícitos en presuntas conjeturas que se pueden desprender de declaraciones de terceros que no confirman la participación del imputado en dichos actos.

131. Ello en buena medida es lo que establece el artículo 281 del Código Procesal Civil, supletoriamente aplicable al proceso penal, cuando, al referirse a las "presunciones judiciales", establece que "[e]l razonamiento lógico-crítico del Juez,

basado en reglas de experiencia o en sus conocimientos *y a partir del presupuesto debidamente acreditado en el proceso*, contribuye a formar convicción respecto al hecho o hechos investigados" (énfasis agregado). Lo que en buena cuenta significa que cabe la presunción judicial, pero solo en base a un elemento debidamente acreditado, no en base a otro hecho presunto (Cfr. Expedientes 4780-2017-PHC/TC y 502-2018-PHC/TC).

132. Como es de verse, tal razonamiento en sí mismo parte de presunciones y no de hechos que puedan presumirse como ilegales, pues un organigrama de un partido político no indica más que los cargos políticos que cada participante ocupa en la organización, sin que de ello se pueda inferir con meridiana lógica, que ello implique grados de participación criminal como lo parece entender la Sala emplazada.

133. En ese sentido, se ha vulnerado el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, dado que, en este extremo, la resolución materia de revisión carece de justificación razonable y suficiente respecto de la existencia de dicho elemento de convicción.

1292

134. En el mismo sentido, corresponde estimar la demanda en el extremo referido al agravio 30, pues la argumentación que la Sala emplazada utiliza por remisión no plantea cómo es que, pese a que Marcelo Odebrecht, Enrique Barata, Luis Antonio Mameri y Fernando Miglaccio, han señalado no conocer a la favorecida ni les consta haber aportado al partido Fuerza Popular, tal situación no interesa ser valorada para imponer una prisión preventiva, pues a su consideración, bastan las presunciones a las que ha arribado; lo cual, conforme a lo antes señalado, resulta inconstitucional.

b. Sobre el financiamiento ilegal de la campaña política de Fuerza 2011: el delito de lavado de activos

135. Al respecto, la defensa de la favorecida, según se desprende de la resolución de segundo grado (f. 625), cuestionó la existencia de un financiamiento ilegal con relación a los elementos de convicción del tipo penal de lavado de activos.

136. Sobre ello, la Sala emplazada señaló que en la investigación existen elementos que le permiten concluir que *"la imputación reviste de una apariencia en grado de probabilidad, pues, como se sostiene acertadamente en la CASACIÓN N° 626-2013- MOQUEGUA: 'para la adopción de la prisión preventiva no se exige que se tenga certeza sobre la imputación, solo que exista un alto grado de probabilidad de la ocurrencia de los hechos' en virtud de los elementos de convicción que han sido*

aportados […]; en esa inteligencia, la discusión acerca de la tipicidad de la conducta imputada o la incertidumbre de que esa misma conducta pueda configurar una infracción administrativa no es posible despejar en esta incidencia, estando a la línea jurisprudencial de nuestra Corte Suprema según la cual el objeto del requerimiento de prisión preventiva: 'es verificar si se cumplen o no los requisitos legales para dictar una orden de detención solicitada por el fiscal […]. De ninguna manera esta audiencia está supeditada al análisis y prueba de la tipicidad, culpabilidad o antijuricidad de la conducta'. Como señala en el fundamento vigésimo de la CASACIÓN N° 744-2015 PASCO. En la misma línea hermenéutica nuestra Corte Suprema en el fundamento decimonoveno de la SENTENCIA PLENARIA CASATORIA N° 1-2017, que aborda in extenso del delito de lavado de activos, precisa que:

Las actividades criminales (artículo 10) –de aquellos delitos con capacidad de generar ganancias ilegales–, vista incluso la propia dicción de la citada disposición legal, no puede entenderse como la determinación de la existencia concreta y específica de un precedente delictivo de determinada naturaleza cronología, intervención o roles de diversos agentes individualizados y objeto. No es un requisito indispensable para que pueda formularse acusación y emitirse condena por este delito de lavado de activos. Por lo demás, la especificidad de un delito previo no es el objeto de la acusación y de la sentencia.

Como se advierte el grado de exigencia para abordar en sentencia la determinación del delito fuente, tiene esa connotación flexible, que se relativiza con mayor intensidad a nivel de intervención indicaría que preside las medidas cautelares" (f. 626).

137. Al respecto, a este Tribunal llama poderosamente la atención de tal afirmación de la Sala, particularmente porque en el análisis de medidas cautelares tan graves como la impuesta a la favorecida –que implica restringir el derecho fundamental a la libertad individual de una persona por mandato judicial–, el juzgador tiene la obligación garantizar que su decisión no resulte contraria a Derecho, por lo que se le exige una motivación cualificada que asegure que existen elementos de convicción que determinen mínimamente la presunta existencia del delito imputado.

138. El presunto delito cometido por la favorecida es el de lavado de activos agravado, para lo cual se asume que ella con un grupo de personas de su partido político propiciaron la recepción de dinero proveniente de Odebrecht para su campaña electoral del 2011. Así, el tipo penal por el que se le está procesando es el contenido en los artículos 1 y 2 de la Ley 27765, modificados por el Decreto Legislativo 986:

Artículo 1.- Actos de Conversión y Transferencia

El que convierte o transfiere dinero, bienes, efectos o ganancias cuyo origen ilícito conoce o puede presumir, y dificulta la identificación de su origen, su incautación o decomiso; será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento veinte a trescientos cincuenta días multa."

Artículo 2.- Actos de Ocultamiento y Tenencia

El que adquiere, utiliza, guarda, custodia, recibe, oculta, administra o transporta dentro del territorio de la República o introduce o retira del mismo o mantiene en su poder dinero, bienes, efectos o ganancias, cuyo origen ilícito conoce o puede presumir, y dificulta la identificación de su origen, su incautación o decomiso, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento veinte a trescientos cincuenta días multa.

139. En el caso de la favorecida, la Sala Superior emplazada, conforme se ha reseñado en el fundamento 66 *supra*, omite en explicar cuáles serían aquellos elementos de convicción que demostrarían mínimamente la existencia del delito que genera el dinero ilícito presuntamente recibido por la favorecida, aludiendo que no es necesario hacerlo en el incidente de prisión preventiva dado que en vía cautelar lo que se verifica es sí el requerimiento cumple o no con los requisitos del artículo 268 del Nuevo Código Procesal Penal, donde no cabe discusión de la tipicidad de la conducta imputada, pues solo requiere de la apariencia de la ilicitud en un grado de probabilidad.

140. Tal argumentación carece de sentido lógico alguno y riñe con la motivación cualificada que se exige respecto de los elementos de convicción sobre el delito imputado para imponer una prisión preventiva, pues, por más que el lavado de activos sea un delito de carácter complejo cuya probanza resulte difícil, el órgano jurisdiccional que restringe un derecho fundamental a través de una resolución judicial no puede trasladar la justificación de este elemento de convicción a otra fase del proceso, pues ello no solo lesiona el derecho constitucional a la motivación judicial, sino el deber también constitucional del juez penal de garantizar la emisión de restricciones de la libertad como *última ratio*.

141. Si bien resulta cierto que para la fecha en la que se cometieron los presuntos actos ilícitos, la norma penal no desarrollaba cuales resultaban ser actividades "ilícitas" de las que se podría generar dinero para identificar la existencia de

este delito, en la actualidad el Decreto Legislativo 1106, ha establecido un listado enunciativo (no taxativo) de actividades que podrían generar ganancias ilegales, como lo son: … los delitos de minería ilegal, el tráfico ilícito de drogas, el terrorismo, el financiamiento del terrorismo, los delitos contra la administración pública, el secuestro, el proxenetismo, la trata de personas, el tráfico ilícito de armas, tráfico ilícito de migrantes, los delitos tributarios, la extorsión, el robo, los delitos aduaneros o cualquier otro con capacidad de generar ganancias ilegales, con excepción de los actos contemplados en el artículo 194 del Código Penal. El origen ilícito que conoce o debía presumir el agente del delito podrá inferirse de los indicios concurrentes en cada caso (Artículo 10). Cualquiera de estas acciones ilícitas que datan de hace más de 30 años, pudieron ser mínimamente indicadas por la Sala emplazada a efectos de justificar su decisión. Sin embargo, optó por omitirla y citar referencias genéricas que no responden a una motivación cualificada.

142. En efecto, la Sala emplazada mínimamente debía indicar cuáles eran los elementos de convicción que a su juicio daban la apariencia de la comisión del ilícito imputado, situación que, en el caso, no se desprende de los argumentos de la resolución de segunda instancia, pues en ninguno de sus acápites, se menciona cual sería la presunta actividad ilícita de la que provendría el dinero que presuntamente aportó Odebrecht a la campaña de Keiko Fujimori en el 2010. Si bien resulta cierto que los extractos de las declaraciones de los funcionarios de Odebrecht que ha citado la Sala en su resolución, recogen afirmaciones respecto de la entrega dinero a favor de la mencionada campaña política, ninguno de ellos admite ni desliza afirmación alguna respecto de la procedencia del dinero de una actividad ilícita, más allá de no haber mantenido una contabilidad para la Caja 02 de la División de Operaciones Estructuradas, ni mucho menos implican que esta presunta actividad ilícita debía o podía ser conocida por la favorecida.

143. En tal sentido, dado la ausencia de motivación respecto de este elemento de convicción, corresponde estimar la demanda en este extremo.

c. Integrar una organización criminal

144. Los elementos de convicción con los que la Sala justificó este extremo de su decisión fueron los siguientes:

Integrar una organización criminal	Acta de constitución y estatuto del partido político Fuerza Popular
	Declaración del Testigo protegido TP-2017-55-3 del 17.10.2018
	Declaración de Antonieta Ornella Gutiérrez Rosati del 14.10.2018

145. Así, aludió que en su condición de presidenta del partido político Fuerza 2011 (Fuerza Popular), conformó con un grupo selecto de personas (una organización criminal) para cometer el delito de lavado de activos (dinero de procedencia ilícita) con la finalidad de obtener el poder político en las instituciones del Estado y, estando en el poder, cometer delitos de corrupción.

146. En este punto, como se desprende de fojas 627 y 628, la Sala argumenta que dichos elementos de convicción *"permiten establecer con alto grado de probabilidad una organización en cuanto a su elemento estructural, ahora bien la hipótesis del enquistamiento en el partido político de una organización criminal y en concreto acerca de la posibilidad de imputar responsabilidad a título de organización criminal a los partidos políticos este mismo colegiado ya se pronunció en su oportunidad argumentando que: 'la mera invocación a la institucionalidad de los Partidos Políticos, así como su legitimación legal […] por sí sola no garantiza que un Partido Político no se apartará del derecho. […] En esa línea de argumentos nuestra Corte Suprema precisa en el Acuerdo Plenario 3-2010 Fundamento 34: 'Desde luego no (es) posible, por las propias características y el dinamismo de la delincuencia organizada, así como por las variadas y siempre complejas actividades del delito de lavado de activos -gran capacidad de camuflaje y hermetismo con que actúan las redes clandestinas de la delincuencia organizada, que se vale de un inagotable catálogo de técnicas o procedimientos en continua transformación y perfeccionamiento-, establecer criterios cerrados o parámetros fijos en materia de indicios y de prueba indiciaria en este sector delictivo. Empero, a partir de los aportes criminológicos, la experiencia criminalística y la evolución de la doctrina jurisprudencial, es del caso catalogar algunas aplicaciones de la prueba indiciaria, sobre la base cierta de la efectiva determinación de actos que sean susceptibles de ser calificados como irregulares o atípicos desde una perspectiva financiera y comercial y que no vienen sino a indicar en el fondo la clara intención de ocultar o encubrir los objetos materiales del delito.".*

147. Como es de verse, la postura que adopta la Sala para justificar este elemento de convicción, se sustenta en especulaciones sobre la posible conducta alejada

de la ley que podrían adoptar los partidos políticos, sin mencionar cómo es que tal conducta se desprende del acta de constitución y el estatuto del partido Fuerza Popular, y cómo ello se confirma mínimamente con la declaración de Antonieta Gutiérrez del 14 de octubre de 2018 y el organigrama del partido donde se indica las funciones y cargos de dicha organización política. Además, tampoco se justifica cómo es que la favorecida termina siendo cabecilla de dicha organización.

148. En tal sentido, este extremo de la resolución también resulta inconstitucional, pues plantea una motivación aparente sin precisar cómo es que los elementos de convicción citados permiten identificar a la favorecida o a su grupo político como una organización criminal. Razón por la cual, corresponde estimar la demanda por haberse lesionado el derecho invocado.

d. Conocimiento de la favorecida del origen ilícito de los activos

149. Al respecto, la Sala emplazada ha mencionado los siguientes elementos de convicción:

Conocimiento del origen ilícito de los activos de Odebrecht	Copia certificada de la traducción de la acusación fiscal de la fiscalía de Estados Unidos y el acuerdo de declaración de culpabilidad de Odebrecht SA
	Declaración de Marcelo Bahía Odebrecht del 09.11.2017
	Oficio 67-2018-ADP del 19.09.2018, emitido por el Presidente del Congreso Daniel Salaverry

150. En este punto, la Sala cita como primer argumento el fundamento 7.5.3, de la Resolución emitida en el Expediente N° 00249-2015-23-2005-JR-PE-01 (Caso Ollanta Humala) citando a José Miguel Zugaldía, relato que si bien reseña que la favorecida y su entorno habrían solicitado dinero a la empresa Odebrecht –porque eran conocidos los aportes de dicha empresa a gobiernos anteriores del Perú y otros países con la finalidad de favorecerla con obras públicas sobrevaluadas–; sin embargo, no se precisa si dicha cita corresponde a hechos ya comprobados o si resulta una declaración pendiente de tal corroboración, ni ninguna otra referencia más allá de la presentación de su texto. En tal sentido, la Sala no explica cuál sería el alcance de tal mención como elemento de convicción.

151. Luego de ello, se mencionan los elementos de convicción previamente citados y se concluye que *"Estos elementos sirven para fijar en primer lugar un enfoque de*

las proporciones de intervención de Odebrecht en diversos países, con sus prácticas corruptas, en segundo lugar los montos de dinero involucrado, las operaciones de ilicitud directa e ilicitud electoral y un indicio objetivado de falta de colaboración en las investigaciones por el Congreso controlado por Fuerza Popular cuya lideresa es la investigada" (f. 629).

152. Como es de verse, tal conclusión no evidencia vinculación alguna al delito materia de investigación (lavado de activos agravado), sino más bien tiende a identificar las acciones de Odebrecht como corrupción de funcionarios, lo cual a todas luces no resulta congruente con la motivación que se requiere para identificar elementos de convicción referidos al conocimiento del origen ilícito del dinero aportado por esta empresa a favor de la campaña electoral de la favorecida en el año 2010. Por tal motivo, la resolución en este punto también presenta defectos de motivación, que identifican otra lesión del derecho invocado.

e. Sobre el ingreso del dinero al partido político Fuerza 2011: Región San Martín

153. Al respecto, la Sala ha citado los siguientes elementos de convicción:

1298

Ingreso del dinero al partido político fuerza 2011. Región San Martín	Declaración del Testigo protegido TP-2017-55-3 del 14.10.2018
	Declaración indagatoria de Liz Documet Manrique del 15.10.2018
	Declaración indagatoria Liulith Sánchez Bardales del 15.10.2018
	Ampliación de declaración indagatoria de Pedro Abel Velayarce del 15.10.2018
	Declaración del Testigo protegido TP-2017-55-1 del 4.12.2017
	Acta declaración indagatoria de Ángela Berenise Bautista Zeremelco del 16.10.2018
	Acta de reconocimiento de documentos de Ángela Berenise Bautista Zeremelco del 16.10.2018 (12 vouchers de depósito del Banco Scotiabank).
	Declaración indagatoria Ytalo Úlises Pachas Quiñones del 23.10.2018

154. Cabe precisar que, nuevamente, la Sala inicia citando un texto que hace referencia a que una mujer ejercía el poder dentro de una organización, sin mencionar su identidad, así como tampoco se hace referencia a cómo este texto funciona como elemento de convicción.

155. A continuación, cita los elementos de convicción precedentes y concluye señalando lo siguiente:

> *"a) Keiko Sofia Fujimori Higuchi le da una orden al Congresista Reátegui para buscar aportantes con la finalidad de depositar fondos de dinero donados por empresarios que no quieren figurar como tales, ratificando lo que le habían dicho Ana Herz y Pier Figari. b) Adriana Tarazona le entregó a Reátegui, treinta mil dólares, veinte mil dólares en tres oportunidades y otra de diez mil dólares; el Congresista llevo el dinero a Tarapoto. C) Adriana Tarazona le dio el número de cuenta del Scotiabank y el Congresista se lo dio a la contadora Micaela del Águila quien le ordena a Ángela Bautista Zeremelco para que haga los depósitos. D) En la última entrega de veinte mil dólares intervino Nolberto Rimarachín a quien le dice que tenía que cumplir un encargo de Keiko Sofia Fujimori Higuchi y conseguir aportantes; él se encargó de hacerles firmar en la provincia de Rioja. E) Liz Documet, Liulith Sánchez Bardales, Pedro Abel Velayarce, Ytalo Ulises Pachas Quiñones y el TP-2017-55-1 confirman haber prestado sus nombres para que figuren como aportantes sin haber puesto monto alguno, con la evidencia del movimiento financiero pertinente. f) Ángela Berenise Bautista Zeremelco señala haber hecho un depósito de cincuenta mil dólares a favor de Fuerza 2011 en el Banco Scotiabank en la ciudad de Tarapoto, a pedido del Congresista Reátegui. En consecuencia, de la apreciación conjunta de estos datos, se confirme el ingreso del dinero a San Martín actuando como operador principal el Congresista Reátegui, dicho dinero fue depositado en la cuenta del partido Fuerza 2011. El agravio no puede ser estimado.*

156. Como es de verse, los citados elementos de convicción son todas declaraciones que se verían confirmadas con la existencia de vouchers de depósito de dinero a favor del partido político Fuerza 2011, en la región San Martín, identificándose una conducta de búsqueda de falsos aportantes por parte de algunos integrantes de dicho partido, pedido que presuntamente habría sido dispuesto por la favorecida. Sin embargo, pese a que dicho hecho puede indicar una suerte de suplantación de la identidad de los verdaderos aportantes, la Sala no explica por qué este hecho se concatena con el delito imputado, ni cómo es que, en el supuesto caso de que la favorecida haya dispuesto tal situación, ello resultaría un acto ilícito.

157. En efecto, si la Sala emplazada deduce de los elementos de convicción que es probable que la favorecida ordenó la búsqueda de personas para que se hicieran pasar por aportantes para su campaña del 2010, sin embargo, la argumenta-

ción presentada respecto de dicho accionar –además de justificar los aportantes ante el Jurado Nacional de Elecciones–, no explica cómo es que se llega a la convicción de que ese hecho resulte ilícito y punible a nivel penal. En todo caso, tales declaraciones y vouchers de depósito sí pueden indicar la existencia de sumas importantes de dinero aportado a la campaña del 2011 de la favorecida, las que, según el avance de las investigaciones, provendrían de Odebrecht, pero cuyo origen ilícito hasta este punto de la motivación de la resolución, no se ha identificado como una ganancia de fuente ilícita, tal y como se ha precisado *supra*.

158. Por ello, esta parte de la resolución también se sostiene en presunciones que no exponen la presunta existencia de un delito fuente, más allá de la obtención de dinero a través de donaciones que presuntamente eran utilizadas para la campaña electoral de la favorecida, pero cuyo destino la Sala no explicita más allá de la futura promesa de cometer actos de corrupción de funcionarios, siempre y cuando la señora Fujimori llegara a ganar las elecciones del 2011, situación que no sucedió. En tal sentido, la argumentación expresada sobre estos elementos de convicción por parte de la Sala emplazada, también lesiona el derecho a la motivación cualificada.

f. Sobre la presunta calidad de autora mediata de la favorecida

159. Al respecto, la Sala evalúa la calidad de autora mediata que el juez de primer grado ha atribuido a la favorecida por haber impartido órdenes sobre quiénes conformaban el CEN del partido político Fuerza 2011. Para ello, utiliza como elemento de convicción la declaración de Antonela Ornella Gutiérrez de fecha 14 de octubre de 2018.

160. En tal sentido, coincide con la conclusión a la que arribó el juez de primera instancia y señaló, palabras más palabras menos, que la favorecida de manera conjunta con una cúpula criminal de su partido dispuso la recepción del dinero ilícito y la colocación de dichos montos en la campaña presidencial, mediante aportes fraudulentos provenientes de rifas, cocteles, siendo ella una maquinadora, autora de una estructura de poder para que otros desarrollen tales conductas, *"era la mujer del escritorio que estaba maquinando todo para dirigir todo este aparato"* (f. 645).

161. Por ello, la Sala desestimó el agravio invocado por la defensa de la favorecida en los términos siguientes: "A criterio de esta Sala Superior dicho razonamiento no vulnera derecho alguno de la recurrente, pues interpreta los hechos desde la óptica de la autoría mediata propio de la dogmática penal…".

162. Si bien es cierto que tal argumento se basa en presuntamente una valoración conjunta que habría efectuado el juez de primer grado para considerar la existencia de este elemento de convicción, también se aprecia que la conclusión a la que arriba la Sala, más allá de coincidir con lo dicho por el juez, se sostiene en una interpretación original que hace de los hechos, que en todo caso, dado la calidad de lideresa de un partido político de la favorecida, coincide con la conducta que se espera de ella, lo que no supone necesariamente que tal conducta también la convierta en la cabecilla de una organización criminal.

163. En tal sentido, se aprecia que la conclusión a la que arriba la Sala a partir de la valoración de una declaración, no justifica de manera cualificada la existencia de un elemento de convicción respecto de la calidad de autora mediata de un acto ilícito punible que se pretende atribuir judicialmente a la favorecida. Razón por la cual, este extremo de la resolución también vulnera el derecho a la motivación de resoluciones judiciales.

g. Acta de fundación y estatuto del partido

164. Al respecto la Sala concluye lo siguiente: *"Dejando establecido que la hipótesis de que el acta de constitución del partido Fuerza Popular –antes Fuerza 2011– no es un dato inocuo y en ese punto el razonamiento del JIPN es plausible y hay que tomarlo como primera referencia para acreditar la existencia en el tiempo del partido político y su instrumentalización para dar cabida a una organización criminal como lo ha sostenido en esta instancia el Fiscal Superior. Deviene infundado el agravio en función a los argumentos expuestos vía integración"* (f. 647).

165. La conclusión a la que arriba la Sala, tal y como ella misma lo sostiene, es una primera referencia, sin embargo, no explicita cómo esta primera referencia de la existencia en el tiempo de una organización criminal dentro de un partido político se desprende meridianamente del contenido del acta de fundación y estatuto de un partido político, pues no hace referencia a algún otro elemento de convicción que indique o identifique que esas normas de organización política realmente correspondían a la presunta existencia de una organización criminal.

166. Lo evidente es que este tipo de documentos regulen la organización de un partido político, tal y como lo exigen las normas de la ley de partidos políticos, pero de ahí a que se pueda desprender únicamente de ellas la existencia de la estructura de una organización criminal, requiere de otros elementos que en su análisis conjunto permitan llegar a tal conclusión. En tal sentido, esa primera referencia a la que alude la Sala como argumentación, presenta un vicio de motivación interna porque no explica razonablemente cómo arriba a dicha conclusión.

h. Sobre la interpretación de los elementos de convicción

167. La Sala refiere lo siguiente: *"Este aspecto alude a una discusión propia de la teoría general del derecho y la interpretación jurídica, en donde existen diversas posturas que sostienen que efectivamente la prueba se valora y la ley se interpreta, pero este tema no es pacífico, en todo caso la disquisición planteada no resulta trascendente a efectos de cuestionar las partes relevantes de la resolución del JPIN. El agravio deviene infundado"* (f. 648).

168. Para este Tribunal resulta por demás preocupante este tipo de argumentación contenida en una resolución judicial que dispone la restricción de un derecho fundamental como lo es la libertad individual, pues sin más omite en dar una explicación del porqué considera como correcta la interpretación de elementos de convicción efectuada por el juez de primer grado, sin dar mérito alguno ni tener en cuenta la impugnación planteada sobre tal conclusión por la defensa de la favorecida.

169. Al respecto, al margen de que pueda o no existir una discusión a nivel teórico, ello no puede resultar una argumentación válida ni cualificada para dejar de evaluar la impugnación requerida, pues ello implicaría vaciar de contenido el derecho fundamental a obtener una resolución judicial motivada en Derecho e incumplir el deber judicial de motivar las resoluciones judiciales.

170. En tal sentido, esta parte de la resolución de segundo grado evidencia la afectación del derecho invocado, por ausencia de motivación.

i. Sobre la declaración de Antonieta Ornella Gutiérrez Rosati

171. La Sala desestimó el cuestionamiento de la declaración de *Antonieta Ornella Gutiérrez Rosati* respecto a que la favorecida "…era la que tomaba la decisión a todo nivel".

172. Al respecto, la motivación que plantea la resolución cuestionada, se limita a referir que dicha persona únicamente respondió a la pregunta seis en donde se le preguntó sobre la conformación del CEN del partido político Fuerza 2011 y quien, entre los que conformaban dicho grupo, tenía la capacidad de la toma de decisiones. Sobre ello, la Sala recoge lo que declaró dicha persona: *"Ahora bien, quiero señalar que considero que respecto a la decisión de personas sobre el Partido Fuerza 2011 están Keiko Fujimori, como presidente del partido, es la que toma las decisiones a todo nivel del partido, el señor Jaime Yoshiyama Tanaka tenía capacidad a todo nivel por ser Secretario General y segunda persona en jerarquía del partido; Ana Rosa Herz tenía capacidad de decisión y actuación*

a nivel de la organización del partido a nivel nacional, supongo en coordinación con las dos personas más importantes del partido con Keiko Fujimori y Jaime Yoshiyama; luego el señor Pier Figari, quien trabaja muy estrechamente con la señora Ana Rosa Herz, quien tenía como función decidir los temas legales del partido; Adriana Tarazona Martínez De Cortes, quien tenía la decisión del partido en los aspectos de manejo económico; Augusto Bedoya Camere, era quien hacía aportes al manejo presupuestal al partido por ser secretario de economía', diligencia a cargo de la Fiscal Adjunta Provincial, Meryl Huamán Altamirano de la Fiscalía Supraprovincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, Equipo Especial-Primer Despacho. En este contexto la referida testigo se ha limitado a contestar una pregunta donde se le ha requerido que diga quienes tomaban las decisiones en el partido, en ese orden de consideraciones nos remitimos al fundamento 14 de la presente resolución en ese sentido el agravio no puede prosperar" (f. 649).

173. Como es de verse, la Sala remite su motivación a un fundamento anterior donde valoró dicha declaración como elemento de convicción que acreditaría el supuesto circuito de dinero procedente de Brasil; sin embargo, tal y como se ha analizado en los fundamentos referido a dicho acápite *supra*, esta conclusión resulta una presunción que no se desprende de hechos mínimamente corroborados, pues no se han citado alguno del que meridianamente se desprenda un accionar ilícito punible, razón por la cual, al margen de que la referida declaración se refiera a las funciones y jerarquías de un partido político, su no motivación debida como elemento de convicción respecto de la existencia del delito por el que se viene investigando a la favorecida, lesiona el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales.

j. Sobre la declaración del TP 2017-55.3 (testigo protegido 3)

174. Sobre la valoración de las declaraciones del testigo protegido 3, la Sala señala que su argumentación se efectúa en fundamentos posteriores (Cfr. f. 648 y 663 y siguientes).

175. En la resolución de segundo grado se hace mención a diversas declaraciones efectuadas por este testigo protegido; sin embargo, pese a que la Sala emplazada considera que las conclusiones a las que arribó el juez de primera instancia indicarían presuntas conductas del partido político Fuerza Popular de intervención en el Poder Judicial (Cfr. f. 653 y 654), la Sala no explica cómo estas declaraciones resultarían elementos de convicción que indiquen la presunta comisión del delito de lavado de activos, razón por la cual, estos argumentos

resultan incongruentes para el dictado de una prisión preventiva o para la confirmación de tal medida, por lo que lesiona el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales.

k. Sobre la incorporación de evidencia de otras investigaciones efectuada por la fiscalía, que no pudieron ser cuestionadas

176. Al respecto, la Sala manifiesta lo siguiente: *"Se aprecia que la defensa técnica formuló un cuestionamiento al acto de incorporación de la evidencia, más no formuló algún pedido concreto de oposición a la admisión de dicho elemento de convicción, de haberse formulado el pedido se hubiera forzado al JIPN a emitir un pronunciamiento al respecto, y en segunda instancia esta posibilidad ya precluyó. El proceso acusatorio también exige que los abogados defensores, cumplan su rol de manera diligente y hagan uso oportuno de los medios de defensa que franquea la ley procesal para la defensa de los intereses de su (sic) patrocinados, y si la defensa termina avalando la actuación de un elemento de convicción cuya admisión se cuestiona y termina convalidando su admisión y actuación. El agravio debe desestimarse"* (f. 657).

177. Nuevamente, este Tribunal advierte que la conclusión a la que arriba la Sala emplazada resulta lesiva del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, pues pese a que su decisión ha sido emitida en un incidente cautelar –y no el proceso penal–, justifica sus apreciaciones en cuestiones de orden procesal en lugar de atender los agravios de orden sustantivo que propone la defensa de la agraviada.

178. En tal sentido, en esta parte de la argumentación de la resolución de segunda instancia, la Sala invierte el objeto de análisis de la impugnación y del cumplimiento de los requisitos de la medida de prisión preventiva impuesta a la favorecida, al dar menor valor a la presunción de inocencia y el derecho de defensa que debió también ser ponderado frente a las presuntas evidencias presentadas por la Fiscalía, que en todo caso, la Sala tampoco ofrece argumentación alguna de cómo es que tales evidencias apoyaban a identificar las conductas presuntamente ilícitas que habría desarrollado la favorecida y los integrantes de su partido político. Es más, conforme se aprecia, la redacción de la conclusión a la que arriba, se encuentra incompleta, lo que evidencia una falta de prolijidad en la justificación de la misma, lo cual no resulta menor, pues es la Sala que a través de su decisión ha dispuesto confirmar la restricción de la libertad de la favorecida, evidenciándose una vez más, la lesión del derecho invocado.

l. Sobre el grado de culpabilidad que tendría la favorecida por haber recibido dinero

179. De la resolución cuestionada, también se desprenden argumentos que desestiman otros cuestionamientos planteados en el recurso de apelación. Entre ellos, encontramos el referido al grado de culpabilidad que el juez de primer grado atribuyó a la favorecida, así como la supuesta interpretación efectuada por este con relación a las declaraciones de Odebrecht y la finalidad de la entrega del dinero a la campaña electoral de la favorecida.

180. La argumentación empleada por la Sala es la siguiente: *"A la entrega de dinero a la investigada se llega por vía inferencial, según el requerimiento fiscal, no aparece enunciado de hecho alguno que proponga que ella habría recibido dinero en forma directa y presencial. Lo reciben otras personas, el agravio no puede atacar una forma de razonar del JIPN que tiene correlato en la hipótesis del pretensor penal. Con relación al segundo extremo, es perfectamente posible concluir que Odebrecht buscaba ser contratado en licitaciones si el candidato al que apoyaba económicamente en la campaña presidencial ganaba las elecciones y ello no es una inferencia del JIPN sino una apreciación directa contenida en el plan de soborno de la empresa Odebrecht como fluye de la copia certificada de la traducción certificada de la acusación fiscal de la fiscalía de los Estados Unidos de América y el Acuerdo de Declaración de Culpabilidad de Odebrecht SA* […] , *que reza así:*

> *Odebrecht junto con sus cómplices a sabiendas y deliberadamente se asoció ilícitamente y se coludió para facilitar de manera corrupta, cientos de millones de dólares en pago u otros objetos de valor a funcionarios extranjeros, a partidos políticos extranjeros y a candidatos políticos extranjeros, así como en beneficio de éstos, para obtener un beneficio indebido o influenciar a dichos funcionarios extranjeros, partidos políticos extranjeros y a candidatos políticos extranjeros con el fin de obtener y mantener negocios en diferentes países alrededor del mundo"*(f. 660).

181. En síntesis, la Sala desestima los cuestionamientos de la defensa de la favorecida y valida la argumentación del juez de primer grado, al considerar no es posible cuestionar a través de los agravios del recurso de apelación, la forma de razonar del juez de primera instancia sobre el grado de culpabilidad atribuido a la favorecida vía inferencial en este incidente; mientras que, señala que la apreciación respecto de la intención de Odebrecht de acceder a licitaciones públicas también resulta válida en función a lo que se desprende de la acusación fiscal formulada por la fiscalía de los Estados Unidos de América y el Acuerdo de Declaración de Culpabilidad de Odebrecht SA.

182. Como es de verse, la Sala no justifica sobre la base de hechos cómo es que considera probable atribuir razonablemente a la favorecida participación en el delito que se le viene imputando, simplemente desecha el cuestionamiento planteado sin mayor análisis, sosteniendo únicamente que dicha apreciación jurisdiccional va de la mano con lo planteado por el Ministerio Público, a modo de motivación por remisión. Al respecto, este Colegiado considera que este extremo de la resolución materia de análisis no cumple los estándares de motivación cualificada, pues un elemento de convicción de la probable comisión de un delito para determinar la restricción de un derecho fundamental como lo es la libertad individual, no puede sustentarse en función a una inferencia, pues ella misma resulta una presunción, que si bien puede ser razonable, requiere un sustento directo en hechos o elementos debidamente acreditados y no en hechos presuntos, como ya lo hemos precisado *supra*.

183. Sobre la apreciación efectuada por el juez de primera instancia sobre las intenciones de Odebrecht de acceder a licitaciones públicas, la Sala no presenta argumento alguno de por qué no evalúa y valida tal apreciación con relación a la participación de la favorecida y que ha generado convicción en el juez de primera instancia para dictar la prisión preventiva en su contra. Así, solo se limita a indicar que no es una inferencia sino una apreciación que se desprende de la traducción de la acusación fiscal formulada por la fiscalía de los Estados Unidos de América y el Acuerdo de Declaración de Culpabilidad de Odebrecht SA, lo cual evidencia una vez más, un defecto de motivación de la resolución bajo estudio.

184. En efecto, el párrafo citado de los mencionados documentos hace una mención general sobre cómo habría estado operando ilícitamente Odebrecht en América Latina, pero no menciona a la favorecida ni a su partido político, así como tampoco explica mínimamente cómo se habría estado desarrollando el lavado de activos por parte de ella. En tal sentido, dicho argumento en sí mismo no justifica la convicción de la Sala respecto de la presunta comisión del delito imputado por parte de la favorecida por ausencia de motivación.

m. Sobre las comunicaciones entre Jorge Barata y Jaime Yoshiyama como elemento de convicción para imputar las acciones de este último a la favorecida

185. Conforme se desprende de fojas 662, la defensa de la favorecida cuestionó el accionar imputado a Jaime Yoshiyama como elemento de convicción en perjuicio de la favorecida para sustentar la comisión del delito imputado, tal y como se aprecia de la sumilla del agravio 26.

186. Sin embargo, la Sala emplazada no respondió tal cuestionamiento, pues se ha dedicado a mencionar un conjunto de hechos destinados a plantear la comunicación entre Jorge Barata y Jaime Yoshiyama, que presuntamente demostraría que este último, aparentemente sí habría solicitado dinero a Odebrecht para la campaña electoral de la favorecida del año 2011, sin hacer mención alguna de cómo este elemento de convicción coadyuva para presumir la comisión del delito imputado por parte de la favorecida.

187. En tal sentido, este extremo de la resolución al carecer de motivación alguna, también lesiona el derecho invocado por la recurrente.

n. Sobre la información brindada por el testigo TP 2017-55.3 (testigo protegido 3) y los aportes en San Martín como elemento de convicción

188. Conforme se aprecia de la resolución materia de análisis, la Sala ha estimado en parte los cuestionamientos efectuados por la defensa de la favorecida con relación a la contradicción que existe entre las declaraciones del testigo protegido 3, respecto a las reuniones efectuadas por "la cúpula", la ubicación de local del partido Fuerza Popular y la participación de Jaime Mejía Lecca, dado que no fue debidamente motivada por el juez de primer grado.

189. Sin embargo, se desestimó el cuestionamiento referido a la búsqueda de aportantes en San Martín y el traslado de dinero para efectuar tales aportes. Siendo ello así, los elementos de convicción que ha considerado la Sala emplazada sobre la información brindada por el testigo protegido 3, son los siguientes:

Información brindada por el Testigo protegido TP-2017-55-3, sobre aportes en San Martín	Entrega del dinero que habría efectuado "la Cúpula" a Rolando Reategui por orden de Keiko Fujimori
	Entrega de dinero en efectivo (factor clandestinidad)
	Entrega de sumas de 100, 000, 00 dólares (factor exhorbitancia)
	Modalidad empleada: el pitufeo
	Declaración de Angela Berenis Bautista Zeremelco del 16.10.2018 (f. 670)
	Acta de reconocimiento de documentos del 16.10.2018. Comprobantes de depósitos del banco Scotiabank (f. 671 y 672)

190. De la resolución cuestionada, específicamente de fojas 667 a 673, se aprecia que la Sala emplazada ha llegado a la conclusión de que la información brindada por el testigo protegido 3, respecto de la búsqueda de personas en San Martín para que aparezcan como aportantes de la campaña de 2011, ha sido corroborada con comprobantes de depósito y las declaraciones de Liz Documet Manrique, Liulith Sánchez Bardales y Pedro Velayarce Llanos.

191. Si bien es cierto que la motivación expresada por la Sala en este extremo de la resolución indica que ingresó dinero a la campaña electoral del 2011 de la favorecida, producto de falsos aportantes; sin embargo, no explica cómo es que el ingreso de dicho dinero implica en sí mismo, el delito imputado de lavado de activos. En efecto, la Sala no argumenta cómo es que la corroboración de las declaraciones del testigo protegido 3, en este extremo de la resolución, se constituye como un elemento de convicción de la existencia del delito de lavado de activos, pues no ha dedicado ningún fundamento a justificar esta situación, pese a que el inciso a, del artículo 268, del Nuevo Código procesal, exige ello para disponerse el mandato de prisión preventiva. En tal sentido, nuevamente se evidencia la lesión del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales en perjuicio de la favorecida, dado la ausencia de motivación con relación a la comisión del delito imputado.

o. Sobre la información brindada por el testigo TP 2017-55.3 (testigo protegido 3) y los aportes en Nueva Cajamarca como elemento de convicción

192. Al respecto, la Sala a fojas 673 y 674, ha considerado lo siguiente como elementos de convicción:

Información brindada por el Testigo protegido TP-2017-55-3, sobre aportes en Nueva Cajamarca	Declaración del Testigo Protegido TP 2017-55-1 del 4.12. 2017
	Declaración de Ytalo Ulises Pachas Quiñones del 23.10.2018

193. En la argumentación de la Sala, se menciona que la declaración del testigo protegido 3, se corrobora con las declaraciones del testigo protegido 1 y la de Ytalo Ulises Pachas Quiñones, respecto de la búsqueda de personas en Nueva Cajamarca para ser consignadas como aportantes, pese a que no efectuaron aporte alguno.

194. Pese a ello, la Sala no justifica cómo es que tal corroboración, a su juicio, se constituye en un elemento de convicción sobre la existencia del delito de lavado de activos y la participación de la favorecida en tal ilícito. En efecto, según

se aprecia de este apartado de la resolución cuestionada, las declaraciones que corroborarían aquella efectuada por el testigo protegido 3, no mencionan a Keiko Sofia Fujimori Higuchi, sino a un grupo de personas que habrían participado en el partido Fuerza 2011, buscando personas para que se constituyan en falsos aportantes para aparecer en tal condición frente a la ONPE, más no explican cómo tal conducta presuntamente podría configurar el delito imputado y la participación de ella en dicho ilícito.

195. Por tal razón, dado la ausencia de motivación sobre este aspecto, corresponde estimar la demanda también en este extremo, por haberse lesionado en invocado derecho.

p. Sobre las presiones y el cambio de versión de los declarantes como elemento de convicción

196. En este acápite la Sala valora el cambio de versiones efectuadas por Liz Documet Manrique, Liulith Sánchez Bardales y Pedro Abel Velayarce Llanos quienes en una primera declaración habrían admitido haber aportado dinero para la campaña electoral de la favorecida en el año 2011.

197. Al respecto, es importante mencionar que a fojas 674, 675 y 676, la Sala emplazada no menciona ni hace referencia alguna sobre cuál habría sido la versión que Pedro Abel Velayarce Llanos habría modificado, razón por la que este Colegiado no puede considerar que la Sala emplazada pudo evaluar tal aspecto que menciona, correspondiendo analizar únicamente las versiones de las otras 2 personas que menciona la resolución.

198. Con relación a las versiones modificadas, de fojas 675 y 676, se aprecia que la Sala menciona las declaraciones de Ytalo Ulises Pachas Quiñones (supuesto aportante de Nueva Cajamarca), de Liz Documet Manrique y Liulith Sánchez Bardales.

199. Al citar lo señalado por Ytalo Ulises Pachas Quiñones, menciona lo siguiente: *"(…) he declarado en Lima (…) que yo había dado el dinero lo cual es totalmente falso, declaré en ese sentido en la Fiscalía en dicha oportunidad porque no quise meterme en problemas, porque ya estaba mi firma y en base a ese documento es que yo dije que yo sí he dado el dinero pero en realidad no he dado nada ni un solo céntimo"* (f. 675). Luego de ello, no vuelve efectuar ninguna apreciación sobre tal afirmación.

200. Luego de ello, la Sala reproduce la declaración de Liz Documet Manrique del 15 de octubre de 2018, en la que manifiesta haberse sentido *"coaccionada al brindar mi declaración el día sábado 13.10.2018 ya que el día viernes 12.10.2018 en la no-*

che vino una persona mujer al lugar donde yo me encuentro detenida a decirme que me convenía decir que soy una aportante, y que me convenía ser firme, esa persona era una mujer que no conozco, pero se identificó que era del partido Fuerza Popular y que me iban a poner un abogado defensor al cual yo iba autorizar para que me represente en mi defensa y que me va a acompañar a mi declaración y me reiteró que me mantuviera firme en lo que yo ya había declarado anteriormente, que sea fuerte, que las personas al entorno de Keiko están con nosotros y luego, yo me retiré pero ella se quedó pidiendo hablar con otra persona. Al día siguiente me llamaron para hacer mi declaración (…) antes de recibir mi declaración, el abogado me instruyó lo que tengo que decir, él dijo que tengo que seguir manteniéndome como ya me habían explicado la persona que fue a verme y luego me reforzó lo que tenía que decir lo que la persona un día anterior me dijo, explicándome a quien yo le había entrado (sic) el dinero y cuáles son las características físicas de esa persona (…). Además me dijo que si declaraba lo contrario iba hacer peor para mi puesto que ya había dicho en mis anteriores declaraciones que era aportante de la campaña que no me convenía decir lo contrario porque tengo hijos menores. Por lo que entendí que ella conocía sobre mi familia. Lo que originó temor por mis hijos a que les hicieran daño o a las represalias que podría hacer en mi contra y contra mi familia" (f. 675 y 676).

201. Asimismo, citó la declaración de Liulith Sánchez Bardales en los siguientes términos: *"Yo me sentí amenazada cuando me dijeron que se iba a complicar mi situación si yo cambiaba de versión"* (f. 676).

202. Finalmente, la Sala concluye en lo siguiente: *"De una valoración conjunta de dichas versiones, se concluye que se habrían realizado actos de obstaculización procesal traducidos en amenazas y presiones ejercidos sobre estos testigos con la finalidad que mantengan sus declaraciones primigenias"* (f. 676).

203. Como es de verse, la motivación escueta y general de la valoración conjunta de las mencionadas declaraciones evaluadas por la Sala emplazada, no precisa cómo es que se traducen en elementos de convicción del delito imputado, evidenciándose un defecto de motivación interna, pues lo argumentado no concluye en lo que exige el inciso a, del artículo 268 del Nuevo Código Procesal Penal para identificar elementos de convicción, razón por la cual, corresponde estimar la demanda también en este extremo.

q. Sobre el ofrecimiento de dinero a testigos como elemento de convicción

204. Al respecto, la Sala emplazada a fojas 677 y 678, cita parte de las declaraciones del testigo protegido 1 (TP-2017-55-1) y la de Ytalo Ulises Pachas Quiñones sobre este presunto hecho.

205. Así, señala que el testigo protegido 1, el 4 de diciembre de 2017, brindó la siguiente declaración: *"[el] veintiocho de noviembre de dos mil diecisiete, me llamó el señor Norberto Rimarachín preguntándome en donde iba a declarar, yo le dije que iba a declarar en Lima, mejor que le devuelva el folder, ese dinero era de s/.4000 soles, ya no le di razón alguna. El* día veintinueve de noviembre *de 2017, me llamó el señor Ytalo Pachas como lo he indicado ofreciéndome la suma de S/. 1000 soles como viáticos para declarar en Moyobamba y diga que si había aportado (…) el tres de diciembre de dos mil diecisiete recibió una llamada de Rimarachín Diaz, me dijo que de repente me estas grabando aún así te digo que hay un dinero para ti. Me dijo que la suma ofrecida y que lo que tenía en su poder para darme era S/. 6000 soles a cambio de que ya no venga a Lima, y que iban a pedir que yo declare en la Fiscalía de Nueva Cajamarca, que hable que yo he aportado el dinero a la campaña presidencial de Keiko Fujimori en el 2011 (…)"* (f. 677).

206. Sobre tal declaración, la Sala concluye que *"…dicha declaración evidencia los ofrecimientos de dinero que se le hicieron con el objeto de que sostenga que aportó a la campaña del partido Fuerza 2011"* (f. 677).

207. A continuación, la Sala recoge la declaración de Ytalo Pachas Quiñones, quien dijo: *"En la pregunta N° 05 ¿Reconoce usted haber dado dinero a Segundo Crisanto Pulache para que este cambie la versión en su testimonio ante la Fiscalía, por los aportes al partido Fuerza 2011, solicitándole que diga que si ha aportado? Sí tuve la conversación con Nolberto Rimarachín y bajo mi consentimiento se hicieron depósitos de doscientos y trescientos soles para que el señor Crisanto Pulache cambie su versión porque este era un problema grande y pensé que ahí nada más iba a quedar todo. Sin embargo, reconozco haber hecho personalmente depósitos a la cuenta de Don Crisanto Pulache, previo acuerdo con el señor Nolberto Rimarachín (…). Esto se da porque a raíz del problema que se estaba dando respecto a las investigaciones al Partido Fuerza Popular, yo llamo a Nolberto Rimarachín y comentamos acerca de las investigaciones al Partido Fuerza Popular, entonces también comentamos sobre el hecho de que Crisanto Pulache iba a dar su declaración en Lima, y acordamos darle quinientos soles para entregarle a Crisanto Pulache a fin de que éste cambie la versión real de las cosas y diga que sí ha aportado, la idea era que todas las personas que estaban citadas digan que sí han aportado y reconozcan su firma en el papel (…). Los quinientos soles que le deposité a Crisanto Pulache provinieron de mis fondos, del dinero de mi negocio, recuerdo que Crisanto Pulache había solicitado más dinero, entonces yo fui a ver al señor Nolberto Rimarachín para decirle que se necesitaba más dinero para darle a Crisanto Pulache, a lo que Nolberto Rimarachín, me dijo que iba a ver, incluso me dijo si podía ver a Aurora Torrejón,*

pero yo nunca he ido a ver a esa señora. (…) Crisanto me cita en Nueva Cajamarca (…), y me dijo que necesitaba urgente más dinero, aparte de los quinientos soles que ya le había depositado, y yo le dije a Crisanto Pulache que no tengo la cantidad que él está pidiendo, que era la suma de dos mil soles, y solamente llegué a entregarle personalmente la suma de mil doscientos soles adicionales, mil soles que me había entregado Nolberto Rimarachín y doscientos soles más de mi dinero. Desconozco de donde provienen los mil soles que me entregó Nolberto Rimarachín, si eran suyos o de otra persona. (…) (ff. 677-678).

208. Sobre ello, la Sala concluyó que la declaración de Ytalo Pachas Quiñones *"no solo corrobora lo dicho por el TP-2017-55-1, en el sentido de que se le hicieron variados ofrecimientos de dinero, sino que consideraba que 'este era un problema grande' y que estos ofrecimientos de dinero se hacían en un contexto de las investigaciones contra Fuerza Popular; dato importante que permite explicar la actuación de personas vinculadas a dicho partido y las órdenes que se habrían dado desde los altos niveles de dirección del mismo* (f. 678).

209. Sobre dichas declaraciones, la Sala plantea como elementos corroborantes, las declaraciones del testigo protegido 3 y la de Liz Documet Manrique.

1312

210. Respecto de la declaración del testigo protegido 3, menciona lo siguiente: *"Luís Mejía Lecca es el operador directo de Ana Hertz, Pier Figari y Keiko Fujimori, en el 2011 siendo personero alterno él hacía todas las coordinaciones a nivel nacional y era enviado a todas las partes del Perú, tanto repartiendo como cobrando dinero aprovechando su cargo (…). También tengo conocimiento que se quiso comprar algunos testigos, por lo que viajo hasta San Martín (…)"* (f. 678).

211. De la declaración de Liz Documet, recoge lo siguiente: *"Años después me vino a buscar una persona que se identificó como Luís Mejía (…), él me dijo que yo estaba citada a prestar una declaración, porque él me mostró una citación y que yo mantenga mi versión sobre el aporte al partido político y que no me convenía decir que no, luego se retiró. Luego lo volví a ver al Señor Mejía en nombre (sic) del año 2017. Recuerdo que el señor Mejía llamó a uno de mis familiares diciéndonos que nos está esperándonos(sic) afuera de mi casa y que necesitaba hablar urgente con mi familiar (…) luego que conversó el señor Mejía con mi familiar entró a mi casa con cuatro fólderes manila que le entregó al señor Mejía, los cuales contenían copia de recibo de aportación, y voucher de depósito; los recibos estaban a nombre de la señora Liulit Sánchez Bardales, Pedro Velayarce, Rafael del Castillo y el mío, esa fue la última vez que vi al señor Mejía´(…). [Sobre las características de la persona que ha señalado como Luís Mejía]: era una persona morena, calvo, de un metro sesenta o sesenta y cinco, flaco de cincuenta años de edad más o menos"* (f. 679).

212. Ante tal declaración, la Sala emplazada concluyó que *"La declaración del TP incorpora la información referida a la participación de Mejía Lecca en la ubicación de los aportantes de San Martín con la finalidad que presten su declaración. En ese sentido, que una de las declarantes pueda hacer un reconocimiento a través de descripción física de dicha persona, eleva el nivel acreditativo indiciario del relato del TP aludido"* (f. 679).

213. A dichas conclusiones, la Sala suma los elementos que le permiten identificar la verosimilitud de las amenazas para evitar el cambio de versión de los testigos, y concluye considerando que la versión ofrecida por el testigo protegido 3 ha sido corroborada. Así, pondera lo siguiente: *"a) La rectificación fue un acto libre y espontáneo de los declarantes –Liz Document Manrique, Liulith Sánchez Bardales y Pedro Abel Velayarce Llanos e Ytalo Ulises Pachas Quiñones– en presencia de abogado defensor y del representante del Ministerio Público. b) El acto de presionar a las declarantes para que mantengan la versión inicial es un dato objetivo que evidencia la virtualidad de acto de presión, pues afectó de manera directa el comportamiento procesal de dichas declarantes. La proximidad de las fechas es un dato a considerar pues solo median dos días entre la primera con la segunda declaración. c) Asimismo, a todos los testigos mencionados se les ofreció servicios de defensa legal a cargo del partido político. d) En el marco de esos actos de presión clandestinos es usual que, la información solo la conozcan los declarantes y el actor que ejerce la presión –entre ellos Mejia Lecca–. e) La regla de la experiencia indica que una persona presiona para que se mantenga el sentido de una declaración porque existe un interés directo en que ello suceda. f) Cuando los mismos declarantes señalan que el supuesto aporte fue al partido Fuerza 2011, confirman de dónde venía el interés. g) En esa línea de argumentación, el dinero habría salido de las arcas del partido y fue entregado por personas vinculadas al mismo, el correlato fáctico y las evidencias encuentran armonía y lógica. h) El hecho base es acreditado por personas que afirman haber sido utilizadas para simular aportes económicos, en San Martín y Nueva Cajamarca. I) Los hechos base que apuntarían al mismo sentido no solo refuerzan el enunciado fáctico de los falsos aportantes sino el dicho del TP N° 55-3, por la similitud de declaraciones, similitud de defensas técnicas ofrecidas por el partido político, similitud de argumentos y mismo hilo conductor que instó a materializar dichos aportes falsos"* (f. 680).

214. Las conclusiones a las que ha arribado la Sala emplazada más que explicar por qué dichas declaraciones en su conjunto son fundados y graves elementos de convicción sobre la existencia del delito imputado (lavado de activos), explican la existencia de pagos o amenazas efectuadas a los falsos aportantes para que mantengan su declaración primigenia (de que sí aportaron a la campaña políti-

ca). En tal sentido, pese a que lo argumentado plantee una serie de hechos que presuntamente habrían sido desarrollados por un conjunto de personas dentro del partido político Fuerza Popular, no guardan coherencia con el análisis exigido por el inciso a, del artículo 268, del Nuevo Código Procesal Penal, para garantizar la imposición de una prisión preventiva conforme a ley.

215. Cabe precisar que si bien las presuntas amenazas recibidas por algunos testigos, así como los pagos para que mantengan una versión no real de los hechos respecto de aportes a la campaña del 2011, forman parte de los argumentos generales que pueden coadyuvar a la teoría del Ministerio Público sobre la existencia del ilícito penal que pretende identificar, ellos no abogan para sustentar la existencia de los elementos de convicción que deben justificarse para disponer la restricción judicial de la libertad, pues, en este caso particular, en ninguna de las declaraciones valoradas por la Sala, los testigos han confirmado que la favorecida intervino, únicamente han hecho referencias a suposiciones no comprobadas.

216. En tal sentido, este extremo de la resolución también cuenta con un defecto de motivación interna, por lo que corresponde estimar la demanda en este extremo.

r. Sobre el cuestionamiento de la declaración del Testigo 2017-55-1 (testigo protegido 1) respecto de la aparición de falsos aportantes después de haber concluido la campaña como elemento de convicción

217. A fojas 680 y 681, la Sala emplazada evalúa este el agravio planteado por la defensa de la favorecida y lo desestima señalando lo siguiente: *"El JIPN cita la declaración del TP-2017-55-1: [s]eñala que no aportó para la campaña del partido político 'Fuerza 2011'; sin embargo, sostiene que después de finalizar la campaña el Congresista Reátegui le comunica que se excedió los gastos de la campaña y necesitaban justificar ante la ONPE; por lo que, solicitó que firmara un recibo para que aparezcan como aportantes. Consecuentemente, se denota que Crisanto Pulanche, aceptó ser aportante del Congresista Reátegui para tal efecto le había firmado los recibos donde figuró como aportante. Una precisión relevante, la defensa parte de la premisa siguiente: únicamente se rinde cuentas durante la campaña y no una vez que ha terminado la misma, premisa que no encuentra respaldo en la ley de la materia vigente en la época que admite rendición de cuentas una vez finalizado el cierre anual"*.

218. Al respecto, es importante señalar que si la Sala emplazada considera tal situación como un elemento de convicción del delito imputado, mínimamente

debería indicar las razones de tal convencimiento, así como contrastar la declaración del testigo protegido con la realidad de los hechos, que básicamente implicaba corroborar con el Jurado Nacional de Elecciones sí la rendición de cuentas del partido Fuerza Popular (Fuerza 2011, en las elecciones del 2011) se produjo en simultáneo tal y como la norma vigente en dicha época lo reguló, o si por el contrario, tal hecho se produjo con posterioridad a la culminación del proceso electoral, esto con la finalidad de incorporar tal parte de la declaración del testigo protegido 1, no solo como un dicho, sino como un hecho comprobado.

219. En la medida que no ha ocurrido tal motivación, conforme se aprecia de la transcripción señalada *supra*, una vez más nos encontramos ante la afectación del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, por lo que en este extremo también corresponde estimar la demanda.

s. Sobre la declaración del Testigo protegido 3 y su corroboración con la suposición efectuada en la declaración de Antonieta Gutiérrez como elemento de convicción

220. Sobre este cuestionamiento de la defensa de la favorecida, la Sala emplazada considera que las declaraciones del testigo protegido 3, *"halla corroboración periférica con otros elementos de convicción y también brinda detalles propios de un órgano de prueba cuya versión es la de quien ha presenciado los hechos que narra; en todo caso el tema vinculado a quienes realizaban las coordinaciones en el partido político Fuerza 2011, no se apoya de manera gravitante en la declaración de Antonietta Gutiérrez no obstante dicha testigo fija como hecho base la reunión a la que asistió donde estaban reunidos KEIKO SOFIA FUJMORI HIGUCHI, Ana Herz, Pier Figari, Adriana Tarazona de Cortes, Clemente Jaime Yoshiyama y el señor Trelles, donde se le propuso que formara parte del Comité Ejecutivo Nacional y que presida la Secretaria del Medio Ambiente, dando cuenta que se hizo cargo de la Tesorería del partido y que actuaba como Tesorera Alterna Adriana Tarazona, quien se encargó directamente de la actividad vinculada a los cocteles y que renunció a dicho cargo por el desorden e impuntualidad de aquella. (…) Fluye que estos datos circunstanciados convergen en clave de intervención indiciaria para acreditar algunos hechos referenciados por el TP-2017-55-3"* (f. 681 y 682). 1315

221. Como es de verse, la Sala dice que hay otros elementos de convicción que de manera periférica corroboran que la favorecida (y otras personas importantes) daba las órdenes para manejar todo al interior del partido y no solo las

suposiciones que se desprenden de la declaración de Antonieta Gutiérrez; sin embargo, no hace mención a alguno de estos otros elementos de convicción que presuntamente corroborarían que la favorecida fungía de cabecilla de una organización criminal para lavar activos.

222. Ello resulta por demás inconstitucional y lesivo del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, pues, conforme lo hemos señalado en fundamentos *supra*, es necesario que la motivación explique cómo es que la conclusión a la que se arriba a partir de presunciones, se encuentre mínimamente corroborada con hechos y no con otras presunciones o inferencias.

d.3.2.1. Sobre la prognosis de la pena (artículo 268, inciso b, del Nuevo Código Procesal Penal)

223. A fojas 684, la Sala emplazada señala lo siguiente: *"La determinación de la sospecha grave es un tema que ha sido establecido en el primer presupuesto exigido para adoptar la prisión preventiva, en lo que se refiere al análisis de la prognosis de la pena el JIPN ha cumplido con fundamentarla de acuerdo a la normativa procesal y jurisprudencial fijada en la Casación N° 626-2013-Moquegua ubicándola en el primer tercio de la dosificación penal"* (f. 685).

224. En la medida que la motivación del cumplimiento de este requisito copulativo para la imposición de la prisión preventiva de la favorecida ha sido sustentado en los elementos de convicción precedentemente analizados, y que, a su vez, este Tribunal ha identificado que la argumentación planteada por la Sala emplazada ha lesionado el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, tal conclusión al sostenerse en ella, resulta igualmente inconstitucional.

d.3.2.3. Sobre el peligro procesal (artículo 268, inciso c, del Nuevo Código Procesal Penal)

225. El citado presupuesto de la prisión preventiva puede cumplirse sea porque se ha identificado un peligro de fuga o actos destinados a obstruir el desarrollo normal del proceso. En el caso de la favorecida, la Sala consideró que ella había incurrido en los siguientes actos obstruccionistas:

Art. 268 c. CPP: Que en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, pueda colegirse razonablemente que el imputado tratará obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización)	Búsqueda de personas en la región San Martín (Tarapoto y Nueva Cajamarca) para que figuren como aportantes del partido Fuerza 2011.
	Declaración de Liz Document Manrique y Liulith Sánchez Bardales sobre amenazas y presiones
	Actos de ofrecimiento y pago de dinero a un supuesto aportante (testigo protegido 1)

226. A partir de estos presuntos actos, la Sala considera que la favorecida sí incurrió en actos obstruccionistas, dado que *"a) en forma directa se busca influenciar en el sentido de las declaraciones de los órganos de prueba a cambio de prestaciones económicas; b) los actos de amenaza se realizan con la finalidad que los órganos de prueba mantengan sus versiones; c) esta cadena de actos de obstrucción se inicia con la creación de una apariencia de aportes que no se condice con la realidad, que según la versión corroborada del TP- 2017-55-3, fue ordenada por la investigada KEIKO SOFIA FUJIMORI HIGUCHI; d) regla de experiencia: la versión del TP-2017-55-1 es plausible en la medida que todos estos actos se realizaron en favor del partido Fuerza Popular; e) autorizada doctrina sostiene que 'de relevancia para la afirmación del peligro de obstaculización es la índole del delito investigado (…), pero ello no debe llevar en forma esquemática al dictado de la prisión preventiva (…) la obstaculización relativa a los testigos se podría dar a través de la inducción al falso testimonio (…) cuando se le ofrece dinero para ello, o bien se le amenaza, f) finalmente, todos estos actos se produjeron en el desarrollo de esta investigación, muchos de ellos tienen evidencia corroborativa en alto grado de probabilidad por tanto configuran un nivel de obstrucción concreto y no especulativo (…) sustentado en declaraciones de testigos y prueba documental (váuchers de depósito de los aportes) esta estructura elaborada teniendo como apoyo elementos de convicción que concurrente para vincular a la investigada con una alta probabilidad de riesgo razonable de obstaculización de la actividad probatoria en la presente investigación (…)* (f. 693 y 694).

227. Si bien es cierto que la Sala llega a la conclusión de la existencia de actos de obstaculización en la investigación seguida contra la favorecida, no llega a explicitar cómo es que la sindicación de un testigo protegido, le lleva a la convicción que es ella quien dispuso la realización de tales actos, más aún cuando dicha versión no ha sido confirmada con otras pruebas que no sean circunstanciales.

228. En tal sentido, nos encontramos frente a presunciones sobre la participación de la favorecida en hechos que, si bien involucran a un grupo de personas del partido político Fuerza Popular, no confirman con meridiana claridad, que fue ella y no alguna de esas personas, quien dispuso la realización de tales actos, dado que tal sindicación efectuada por el testigo protegido 1, se sostiene en otras presunciones sin corroboración mínima.

229. Consecuentemente, pese a que la Sala plantee la existencia de actos de obstaculización, la motivación que en ella expone respecto de la participación de la favorecida en ello, resulta aparente al no explicitar su conclusión en hechos mínimamente corroborados, vulnerándose una vez más el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales.

d.3.3. Sobre el recurso de casación interpuesto contra la Resolución de fecha 03 de enero del 2019 y la adhesión por parte de la Fiscalía Suprema en lo Penal.

230. Tras no encontrarse conforme con los términos de la resolución emitida por la Segunda Sala Penal de Apelaciones Nacional, de fecha 3 de enero del 2019, que confirmó el plazo de prisión preventiva establecido contra doña Keiko Sofía Fujimori Higuchi y los procesados Clemente Jaime Yoshiyama Tanaka y Pier Paolo Figari Mendoza; la defensa de la citada favorecida, al igual que la correspondiente a sus coencausados, promovió el recurso de casación contra el citado pronunciamiento, el que finalmente y previa audiencia pública, fue concedido por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República con fecha 26 de abril de 2019.

231. Aun cuando la posición asumida por el Ministerio Público, ha sido en sus primeros niveles, y como ha quedado anteriormente precisado, claramente favorable al establecimiento de la medida restrictiva cuestionada por la favorecida, conviene dejar en claro que a nivel de la Fiscalía Suprema, dicha posición varía sustancialmente conforme se desprende del requerimiento presentado con fecha 03 de julio del 2019 por parte de la Segunda Fiscalía Suprema en lo Penal (Cfr. al respecto: https://legis.pe/fiscal-rodriguez-monteza-opina-favor-revocar-prision-preventiva-keiko-fujimori/).

232. En efecto, en el citado documento, la referida dependencia fiscal, invocando sus deberes en favor del principio de legalidad y la recta administración de justicia reconocidos en los incisos 1 y 2 del artículo 159 de la Constitución Política del Estado concordantes con el artículo 1 de la Ley Orgánica del Ministerio Público (Decreto Legislativo 052) y en defensa de las garantías y los principios constitucionales (en tanto estos puedan verse afectados con las actuaciones y

decisiones recurridas), opta en aplicación de los artículos 61, 65, inciso 4, y 405 inciso 1, acápite a), por adherirse al recurso de casación interpuesto, solicitando que el mismo sea declarado fundado.

233. La citada posición, independientemente de no ser vinculante, representa la opinión institucional del Ministerio Público, expresada en su máximo nivel, pero que no puede pasar desapercibida para este Colegiado; tanto más cuando de sus fundamentos se desprende una posición nítidamente favorable a la beneficiaria de este proceso, que incluye argumentos adicionales que abonan en su favor.

d.3.4. Sobre la Ejecutoria Suprema de fecha 9 de agosto del 2019 y la dirimencia de fecha 12 de setiembre del 2019

234. Tras evaluarse la impugnación promovida por parte de la defensa de la favorecida y la de sus coprocesados, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, con fecha 9 de agosto del 2019, se pronunció mediante resolución en la cual y por mayoría de tres votos contra dos, declaró fundado en parte el recurso de casación interpuesto contra la Resolución de Vista N.° 26, de fecha 3 de enero del 2019, que estableció en treinta y seis meses el plazo de prisión preventiva contra doña Keiko Sofía Fujimori Higuchi y los procesados Clemente Jaime Yoshiyama Tanaka y Pier Paolo Figari Mendoza, y, reformando tal extremo, dispuso que dicho plazo sea fijado únicamente en dieciocho meses.

235. En este contexto y al requerirse, de conformidad con el artículo 141 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de cuatro votos conformes para hacer resolución a nivel de las Salas de la Corte Suprema, se dispuso con fecha 14 de agosto del 2019, convocar en calidad de vocal dirimente a la doctora Susana Castañeda Otsu, quien, finalmente, con fecha 12 de setiembre del 2019, emitió pronunciamiento adhiriéndose al voto mayoritario y, por consiguiente, opinó porque se declare fundado en parte el recurso de casación y, en consecuencia, ratificó el plazo de dieciocho meses de prisión preventiva para doña Keiko Sofía Fujimori Higuchi y los procesados Clemente Jaime Yoshiyama Tanaka y Pier Paolo Figari Mendoza.

236. Para efectos prácticos y tomando en cuenta la resolución en mayoría y lo señalado a posteriori en el referido voto dirimente, procede dejar establecido que el citado pronunciamiento adolece de diversos vicios que este Colegiado glosará y señalará a continuación.

237. Se sostiene en el fundamento Sexto de la citada ejecutoria que:

Sobre la imputación fáctica.

"Se atribuyó a la investigada Keiko Sofía Fujimori Higuchi, como líder de una organización criminal, haber realizado actos de conversión, trasferencia, ocultamiento y tenencia de activos de procedencia ilícita, consistente en la suma de USD 1'200,000 (un millón doscientos mil dólares americanos) proveniente de actos de corrupción de la empresa Odebrecht, entregada por Jorge Enrique Simões Barata y otras posibles fuentes.

6.1. En su condición de presidenta del partido político Fuerza 2011 (hoy fuerza popular), conforme al artículo 41 del Estatuto de Fuerza 2011 (con atribución de remover de sus cargos al secretario general y las tesoreras de forma unilateral), dispuso que sus coimputados Clemente Jaime Yoshiyama Tanaka y Augusto Mario Bedoya Camere (secretario general nacional y secretario nacional de economía, respectivamente) solicitaran activos ilícitos de la empresa Odebrecht y, así, recibieron conjuntamente la suma de USD 1'000,000 (un millón de dólares americanos), de cuyo origen ilícito tenía conocimiento, pues se trataría de una empresa que recurría a actos de corrupción en el Perú y otros países para ser beneficiada por los gobiernos de turno y realizar obras públicas sobrevaluadas.

6.2. En ese sentido, la imputada Fujimori Higuchi habría usado la estructura, nombre y organización del partido político Fuerza 2011 y a los representantes Yoshiyama Tanaka y Bedoya Cámere para el lavado de activos proveniente de la empresa Odebrecht en el contexto de las elecciones generales realizadas en el Perú entre los años dos mil diez y dos mil once.

6.3. Asimismo, por intermedio de su entorno más cercano, habría solicitado la participación de José Ricardo Martín Briceño Villena para que, como expresidente de la Confederación Nacional de Instituciones Empresariales Privadas (Confiep), solicitara dinero a la empresa Odebrecht a fin de ingresar de forma indebida estos activos en su campaña del año dos mil once, y recibió la suma de USD 200,000 (doscientos mil dólares americanos).

6.4. Como líder de la organización tenía conocimiento de las actividades ilícitas que efectuaban sus miembros, , como la captación, administración y distribución del activo ilícito , puesto que se trata de una estructura de poder jerarquizada y organizada con funciones determinadas de acuerdo con sus cargos, por lo que ella recurrió a su secretario general, Clemente Jaime

Yoshiyama Tanaka; secretario nacional de economía, Augusto Mario Bedoya Cámere, y tesorera Adriana Tarazona Martínez de Cortés (con permanente presencia en los actos de tesorería y rendición de aportes de campaña y gastos).

Luego de ello, para poder ingresar el dinero, la organización tuvo que recurrir a las personas de Jorge Javier Yoshiyama Sasaki para que, a través de Erick Giovanni Matto Monge y otros, captasen a falsos aportantes, Ytalo Ulises Pachas Quiñones y otros, quienes incluso habrían contribuido con la organización realizando actos de corrupción al pretender modificar la voluntad de testigos.

6.5. Además, la imputada Fujimori Higuchi habría tenido conocimiento de la existencia de personas que colaboraron con la organización al trasportar activos ilícitos que el entorno de Clemente Jaime Yoshiyama Tanaka entregaba a la organización. En esta función se tiene a Ángela Berenis Bautista Zeremelco y Daniel Mellado Correa, quienes reconocieron haber trasportado sumas importantes de dinero (superior a los USD 500,000 -quinientos mil dólares americanos-) y depositarlos en el banco Scotiabank en las cuentas del partido político Fuerza 2011 (hoy Fuerza Popular).

6.6. La organización liderada por Keiko Fujimori Higuchi habría utilizado a Luis Alberto Mejía Lecca, Walter Rengifo Saavedra, Aurora de Jesús Torrejón Riva y otros para ocultar los activos ilícitos y obstaculizar la investigación en curso por el delito de lavado de activos.

6.7. La imputada Fujimori Higuchi habría dispuesto que, para el lavado de activos ilícitos, se realizaran actos de conversión, trasferencia, y administración por parte de las tesoreras de la organización (Adriana Martínez Tarazona de Cortés, Antonietta Ornella Gutierrez Rosati y Ana Cecilia Matsuno Fuchigami) y el contador Rafael Arcángel Herrera Mariños, para lo cual creó actividades proselitistas (denominadas "Gran Rifa", así como cocteles y cenas) que no habrían logrado recaudar los fondos que, posteriormente, informaron a la ONPE (lo que no fue debidamente supervisado por esta entidad).

238. Se puntualiza asimismo en el fundamento Decimo que:

Sobre la calificación jurídica

"Conforme al requerimiento de prisión preventiva, se imputó a Keiko Sofia Fujimori Higuchi y Pier Paolo Figari Mendoza ser autores del delito de lavado de activos agravado (actos de conversión, trasferencia, ocultamiento y

tenencia), previsto en los artículos 1 y 2 de la Ley número 27765, modificada por el Decreto Legislativo número 986, con la forma agravada contenida en el artículo 3, numeral 2, es decir, en calidad de integrante de una organización criminal (específicamente de líder y miembro del "núcleo duro", respectivamente).

239. En primer término, se aprecia de las argumentaciones esbozadas, principalmente, en el fundamento sexto y el décimo de la resolución cuestionada, un evidente discernimiento construido en base a típicas presunciones. Este tipo de discurso, por supuesto, no es que se encuentre vedado si de lo que se trata es de partir de una o varias hipótesis incriminatorias susceptibles de posterior corroboración a lo largo del proceso penal respectivo, pero resulta particularmente sintomático –y más aún delicado–, si como ocurre en el presente caso, tal técnica va a ser utilizada como la constante o el argumento exclusivo y excluyente de todo un pronunciamiento en el que se va a decidir sobre la afectación de un derecho fundamental tan importante como la libertad individual.

240. El discurso estructurado en base a presunciones toma particular relevancia en el caso presente, pues es lo que ha permitido principalmente, o antes que nada, afirmar a la resolución objeto de cuestionamiento, que existiría plena suficiencia en relación con la imputación recaída sobre la favorecida y, por ende, dar por cumplido el primer requisito exigido por el inciso 1) del artículo 268 del Código Procesal Penal, referido a la existencia de fundados y graves elementos de convicción a fin de estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo.

241. Lo que se entiende por fundados y graves elementos de convicción se estructura sobre la base de pruebas fehacientes o suficientes indicios que, de manera conjunta, acreditan uno o varios hechos o permiten aseverar determinadas situaciones como razonablemente producidas, no sobre la base de conjeturas o meras deducciones apriorísticas que es lo que por el contrario se aprecia de manera reiterada en la resolución materia de análisis en este acápite.

242. Cabe, por lo demás, añadir que la obligación de evitar discursos especulativos o meramente presuntivos resulta tanto más exigible cuando lo que se busca o pretende como finalidad, es limitar, legítimamente, uno o varios derechos fundamentales, y ello, no es un simple *desideratum* sino que encuentra pleno respaldo en el estándar de motivación especialmente cualificada desarrollado en reiteradas ocasiones por la jurisprudencia de nuestro Colegiado. En otras palabras, y mientras más severa o radical resulte la restricción ha de requerirse de mayor o más fuerte argumentación.

243. Otro de los aspectos particularmente objetables que se aprecia en la resolución materia de cuestionamiento y que en buena medida termina haciendo suyos el voto en dirimencia, es el concerniente al requisito de riesgo procesal contemplado en el inciso c) del antes citado artículo 268 del Código Procesal Penal.

244. Conviene al respecto recordar lo que la propia Ejecutoria Suprema señala al respecto en su fundamento quincuagésimo sexto:

> *"Como se mencionó en los antecedentes teóricos ad supra, la valoración del presupuesto de peligro procesal -compuesto por el peligro de fuga y de obstaculización- se encuentra ligado con la finalidad cautelar de la prisión preventiva y la afirmación de su constitucionalidad.*
>
> *Al respecto, tal como sostiene la CIDH en el informe citado, "corresponde a las autoridades judiciales competentes, particularmente a los fiscales, y no al acusado o a su defensa acreditar la existencia de aquellos elementos necesarios para determinar la existencia del riesgo de fuga o de obstaculización de las investigaciones" (considerando 145).*
>
> *En ese sentido, resulta evidente que pese a que un imputado tenga un "alto grado de probabilidad de una condena" -es decir, que se cumpla el primer presupuesto de la medida- aún mantiene la presunción de inocencia hasta que no se emita una sentencia firme en la que se establezca su responsabilidad".*

245. Igualmente lo señalado en el fundamento quincuagésimo octavo conforme al cual:

> *"El código adjetivo (artículo 268, literal c) considera, a efectos procesales, que los componentes del peligro procesal son equivalentes y, por esto, aún con la sola presencia de cualquiera de ellos (y la verificación de los otros dos presupuestos), el juez puede dictar el mandato de prisión preventiva, puesto que con la justificación de la necesidad de neutralizar dicho peligro -sea el de fuga u obstaculización- se logra cumplir su fin".*

246. Sin embargo y conforme lo precisado en el fundamento sexagésimo, cabe a su vez tener en cuenta que:

> *"En tal aspecto y por la propia naturaleza de cada riesgo procesal, se desprende que el peligro de obstaculización "pierde consistencia una vez que se va produciendo la audiencia de algunos testigos y la progresión de las investigaciones"; así, "El riesgo real de presiones a testigos se atenúa e incluso desaparece con el transcurso del tiempo".*

247. Y es que de acuerdo con lo afirmado en el fundamento sexagésimo primero:

> *"… conforme se va neutralizando el peligro de obstaculización valorado para la imposición de la medida, esta va perdiendo su legitimidad de mantenerse, ya que, como es ampliamente sostenido, la prisión preventiva constituye el medio de coerción de máxima afectación al derecho a la libertad y, por tanto, la disminución de dicho peligro de obstaculización debe reflejarse en el plazo de duración de esta o en su revocatoria…"*

248. El Colegiado Supremo, tal y como aparece de la resolución cuestionada descarta que exista un eventual peligro de fuga, que es una de las variantes a través de las cuales se manifiesta el riesgo procesal, pero en cambio asume que existe un evidente peligro de obstaculización o perturbación de la actividad probatoria. Para estructurar dicha argumentación alega –recordando a nuestra propia jurisprudencia– que este último se produce cuando el procesado genera influencia directa en la alteración, ocultamiento o desaparición de los medios probatorios.

249. Sin embargo, también acepta que conforme se va neutralizando el peligro de obstaculización a raíz de la imposición de la medida, esta va perdiendo su legitimidad de mantenerse y que, en tanto, se aseguren las fuentes de prueba y la finalidad de la medida se vea cumplida, no se justifica continuar con la privación de la libertad del imputado.

250. Siendo las cosas del modo descrito, no termina de entenderse –y por tanto de explicarse– cómo así, en el caso de la favorecida y cuando el proceso se encuentra en un estado de abundante acopio de medios de prueba, se persiste en la medida restrictiva de la libertad. Dicho de modo distinto, carece de asidero insistir en una fórmula restrictiva, allí donde se encuentran eficazmente garantizadas las pruebas que precisamente se requieren para los fines del proceso respectivo. En este contexto, afirmar que aún se encuentran pendientes otros actos de investigación respecto de imputados y testigos distintos a la procesada, no avala tampoco dicha opción restrictiva, pues no solo se trata de sujetos procesales diferentes, a lo que se añade que la hipotética vinculación entre aquellos y la favorecida se sustenta en argumentaciones edificadas sobre la base de conjeturas o indudables presunciones, según ya se ha precisado con anterioridad.

251. Este Colegido considera bajo el escenario descrito, que la resolución casatoria, visto el tiempo transcurrido, el estado actual del proceso y el acopio de medios probatorios reunidos hasta la fecha, deviene en cuestionable pues la medida restrictiva de la libertad que se pretende convalidar, no se encuentra suficien-

temente respaldada en datos objetivos, lo que la convierte en evidentemente insuficiente y a todas luces, contraria a la libertad individual.

252. Muy al margen de las consideraciones precedentes y de que la resolución examinada adolezca de las deficiencias que aquí se han hecho notar, lo hasta aquí sostenido no significa que este Tribunal se encuentre anticipando ni mucho menos infiriendo la responsabilidad o irresponsabilidad penal de doña Keiko Sofía Fujimori Higuchi, extremo que en su día, indudablemente, corresponderá merituar a los jueces de la jurisdicción ordinaria a la luz de las pruebas definitivas que acrediten su culpabilidad o inocencia en relación a los hechos que presuntamente se le atribuyen, sino evaluando en el estado actual de las cosas, sí se justifica o no el mantenimiento de una medida restrictiva de la libertad.

253. Por último y no por ello menos importante, este Colegiado advierte que desde el punto de vista rigurosamente procesal, la resolución objeto de cuestionamiento adolece de un vicio insubsanable consistente en el hecho de haber omitido todo tipo de enjuiciamiento acerca de lo que fue materia central del recurso de casación, en este caso, el pedido de revocación de la medida restrictiva de la libertad, limitándose por el contrario a efectuar una valoración acerca de las razones que justificarían su reducción, lo que constituye en el contexto de nuestra jurisprudencia una vulneración al estándar de motivación congruente, circunstancia adicional que justifica plenamente su necesaria revocatoria.

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

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda por haberse vulnerado el derecho a la libertad personal de la favorecida Keiko Sofía Fujimori Higuchi; y, en consecuencia, declarar **NULA** la Resolución 7, de fecha 31 de octubre de 2018, expedida por el juez del Primer Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional; **NULA** la Resolución 26, de fecha 3 de enero de 2019, expedida por la Sala Penal de Apelaciones Nacional; y **NULA** la ejecutoria del 9 de agosto de 2019, expedida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República; y, retrotrayendo las cosas al estado anterior a la emisión de las resoluciones anuladas, **DISPONER** la inmediata libertad de la favorecida, Keiko Sofía Fujimori Higuchi, oficiándose para tal fin a la autoridad competente.

2. Declarar adicionalmente **FUNDADA** la demanda por haberse vulnerado los derechos a la presunción de inocencia, el debido proceso, la debida motivación de las resoluciones judiciales y a la defensa de la favorecida Keiko Sofia Fujimori Higuchi, así como el principio de razonabilidad.

3. **DISPONER** que, en lo sucesivo, el juez Richard Augusto Concepción Carhuancho ciña su accionar a un escrupuloso respeto de los derechos fundamentales de los procesados, garantizando específicamente los derechos antes mencionados, así como los principios que informan una tramitación constitucionalizada y convencionalizada de los requerimientos de prisión preventiva y otras medidas cautelares que le formule el Ministerio Público.

4. Notificar la presente resolución al Órgano de Control de la Magistratura a fin de que investigue la conducta del juez Richard Augusto Concepción Carhuancho en su actuación desplegada durante el trámite del requerimiento de prisión preventiva de la favorecida, que corrió ante su despacho.

Publíquese y notifíquese

1326 SS.

BLUME FORTINI
SARDÓN DE TABOADA
FERRERO COSTA

EXP. N.º 02534-2019-PHC/TC
LIMA
KEIKO SOFÍA FUJIMORI HIGUCHI, representada
por SACHIE MARCELA FUJIMORI HIGUCHI DE KOENIG

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO RAMOS NÚÑEZ

Con el respeto debido a la opinión de mis colegas, emito el presente voto debido a que discrepo tanto de la parte resolutiva como de diversos fundamentos expuestos en la ponencia.

En ese sentido, mi voto abordará los siguientes puntos: i) razones para declarar la procedencia de la demanda; ii) consideraciones en torno a la supuesta demora en la elevación del expediente a la Sala Penal Superior por parte del juez de primera instancia; iii) consideraciones en torno a la prisión preventiva en el caso de la favorecida del presente *habeas corpus*; y iv) reflexiones finales en torno al desarrollo de la investigación en el marco del proceso penal iniciado en contra de la favorecida.

*

Un primer aspecto a dilucidar se relaciona con la posibilidad de emitir una decisión relacionada con el fondo de la controversia.

En efecto, en el caso de autos las instancias judiciales precedentes han declarado la improcedencia de la demanda de *habeas corpus* debido a que la misma habría sido presentada de manera prematura. Señalaron, al respecto, que al momento de interponerse aún se encontraba en trámite la decisión de la Corte Suprema de la República respecto del recurso de casación interpuesto por la defensa técnica de la favorecida en el proceso penal subyacente, por lo que resultaba de aplicación el artículo 4 del Código Procesal Constitucional.

Al respecto, advierto que el Tribunal, en virtud de la referida disposición, ha establecido que las demandas de *habeas corpus* resultan improcedentes si es que aún se encuentra pendiente de resolución el medio impugnatorio o recurso interpuesto en la vía ordinaria en contra de la resolución materia de cuestionamiento.

En este caso, ciertamente la demanda se interpuso antes de la resolución definitiva de los cuestionamientos relativos al mandato de prisión preventiva en sede penal. Y es que, de la revisión de los actuados, se advierte que, con fecha 12 de setiembre de 2019 -esto es, con posterioridad a la presentación de la demanda, acto que se realizó con fecha 8 de marzo de 2019-, se ha resuelto la discordia en la Corte Suprema de la República respecto de la casación interpuesta por la defensa de la favorecida, por 4 votos contra 3, manteniéndose los efectos de la prisión preventiva dictada en su contra y solamente reduciéndose el plazo de su cumplimiento de 36 a 18 meses.

En ese sentido, lo que correspondería, en estricta aplicación de lo dispuesto en el artículo 4 del Código Procesal Constitucional, sería declarar improcedente la demanda, tal y como lo hicieron las instancias precedentes.

Sin embargo, considero que es preciso recordar que la finalidad de los procesos constitucionales, particularmente de aquellos relacionados con la tutela directa de los derechos fundamentales, radica en proteger dichos atributos de la persona, reponiendo, para ello, la situación al estado anterior de la vulneración realizada o a la amenaza en su contra. En ese sentido, la actividad tardía o retardada de la justicia constitucional, particularmente en los escenarios en los que una persona se encuentre privada de su libertad, terminaría por dejar sin la posibilidad de una protección efectiva a los justiciables.

No debe pasar inadvertido el hecho que el Estado ostenta una especial condición de garante en relación con las personas que se encuentren privadas de la libertad [*Cfr*. CIDH. Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de la libertad en las Américas. OEA/Ser.L/V/II. Documento de 31 de diciembre de 2011, fundamento 46], y ello supone asumir que uno de los aspectos que debe garantizarse es que los reclamos que los justiciables presenten -más aún si en ellos se destaca alguno que suponga una importante restricción de los derechos fundamentales, como ocurre con las medidas que disponen el dictado de una prisión preventiva-, sean resueltos con celeridad por las autoridades competentes. Y es que los procesos constitucionales no podrían realizar las finalidades para los cuales fueron previstos si es que no tuvieran la posibilidad real de revertir alguna posible vulneración a los derechos fundamentales.

Estimo que ello es particularmente relevante en los procesos de tutela, y más aún cuando el derecho que se encuentra comprometido es el de la libertad personal, ya que, en muchas oportunidades, cuando el caso es analizado por alguna autoridad, ya se ha tornado en irreparable la lesión, lo cual genera que no sea posible emitir un pronunciamiento que, en relación con los beneficiarios, permita reponer la situación al estado anterior a la vulneración. En ese sentido, si bien el artículo 1 del Código

Procesal Constitucional permite que se declare fundada la demanda si es que, con posterioridad a la presentación de la demanda, cesa el acto o amenaza, o si ella deviene en irreparable; lo cierto es que dicho pronunciamiento solo tendrá efectos a futuro, mas no permitirá que se remedie la situación que fue objeto de reclamación constitucional.

Es por ello que, en aras de dotar de un efecto útil a las finalidades de los procesos constitucionales, considero que, excepcionalmente, los jueces y juezas se encuentran *facultados* de analizar el fondo de una controversia relacionada con la libertad personal si es que, de la revisión de los actuados, sea evidente que el acto que es denunciado se encuentra cercano a su expiración, pues ello genera que la justicia constitucional pueda evaluar la validez del acto impugnado y brindar, en el escenario particular, una respuesta al caso concreto. Esto, evidentemente, debe ser analizado en cada caso concreto, y la autoridad deberá brindar las razones suficientes por las cuales decidió conocer el fondo de la controversia.

La posición que aquí asumo se ve corroborada por la impronta de elasticidad que caracteriza a los procesos constitucionales. De este modo, y dentro del marco normativo de las reglas que pueden resaltar aplicables, ya se ha demostrado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que este goza de un importante margen para la flexibilización de ciertas exigencias procesales, con lo cual se garantiza que toda formalidad termine por resultar finalmente supeditada a la vigencia de los derechos fundamentales [*Cfr*. Exp. 01417-2005-PA/TC, fundamento 48].

En todo caso, es también obligación de las autoridades jurisdiccionales realizar una prolija explicación de las razones por las cuales, en un caso particular, opera la aplicación de dichos criterios, por lo que no puede entenderse la elasticidad como un cheque en blanco, a partir del cual las autoridades jurisdiccionales puedan inobservar, en cualquier escenario, el cumplimiento de los requisitos exigidos en el Código Procesal Constitucional. No debe, pues, perderse de vista que la dimensión autoritativa del derecho desempeña, también, una importante influencia en el quehacer judicial.

En este caso, advierto que, con la participación final de la juez suprema Susana Castañeda Otsu, se ha dispuesto que el mandato de prisión preventiva debe ser reducido de 36 a 18 meses, con lo cual el plazo definitivo para la privación de la libertad de la beneficiaria vencería el 30 de abril de 2020. Es así que, en el supuesto que el Tribunal declarara la improcedencia de la presente demanda, la favorecida y su defensa tendrían que iniciar un nuevo proceso de *habeas corpus,* con la elevada posibilidad de que, durante su tramitación, venza el plazo previsto para la prisión preventiva. Ello supondría, en los hechos, tornar en ilusoria la finalidad prevista en el artículo 1 del

Código Procesal Constitucional, consistente en garantizar la plena vigencia de los derechos fundamentales, al no existir la posibilidad de reponer la situación al estado previo a su vulneración.

Por ello, y ante la urgencia que pueda terminar de surtir efectos el mandato de prisión preventiva sin que la justicia constitucional pueda resolver los cuestionamientos en torno a su validez constitucional, considero que resulta necesario examinar, de manera excepcional, el fondo de la controversia, con el propósito de determinar si el accionar de las autoridades jurisdiccionales demandadas ha sido conforme o no con nuestra norma suprema.

Por lo expuesto, estimo que es necesario que el Tribunal emita un pronunciamiento en relación con el fondo de la controversia, pero no por las razones expuestas en la ponencia.

**

Otro de los puntos con los que discrepo de la ponencia es el relacionado con el trámite del recurso de apelación de la resolución 7, de fecha 31 de octubre de 2018. Mis colegas estiman que, en ese extremo, la demanda debe ser declarada como fundada, con la consecuente remisión de los actuados a la autoridad competente para que determine las responsabilidades a las que hubiere a lugar. No comparto tanto de los fundamentos como finalmente resuelto en este extremo.

La parte demandante ha cuestionado la actuación del juez emplazado con relación a la demora en el trámite del recurso de apelación de la favorecida presentado el 6 de noviembre de 2018, dado que no se cumplió con elevar tal medio impugnatorio en el plazo de 24 horas, tal y como se encuentra establecido en el numeral 278.1 del Código Procesal Penal.

Sobre tal cuestionamiento, la procuraduría pública de los asuntos judiciales del Poder Judicial no ha expresado defensa alguna. Asimismo, el juez emplazado, en su declaración explicativa de fecha 1 de abril de 2019 (fojas 777), no ha efectuado alegato alguno.

El artículo 278.1 del Código Procesal Penal vigente establece lo siguiente:

> Contra el auto de prisión preventiva procede recurso de apelación. El plazo para la apelación es de tres días. El Juez de la Investigación Preparatoria elevará los actuados dentro de las veinticuatro horas, bajo responsabilidad. La apelación se concede con efecto devolutivo.

Al respecto, he notado que, en el desarrollo de la audiencia pública, la defensa técnica de la favorecida ha señalado que, mediante Oficio 437-2018-DP/ADHPD-PAPP,

de fecha 26 de noviembre de 2018, la Defensoría del Pueblo solicitó al juez Richard Concepción Carhuancho que cumpla con elevar el recurso de apelación interpuesto por la defensa de la favorecida, información que no ha sido refutada por la parte demandada. De tal documento, se aprecia que la actuación de demora del trámite del recurso de apelación de la favorecida se debió básicamente a que el emplazado dispuso su no elevación hasta que terminara de resolver los pedidos de prisión preventiva requeridos por la fiscalía en contra de los demás procesados.

Así, el 30 de noviembre de 2018, el juez emplazado elevó el recurso de apelación de la favorecida. Sin embargo, con fecha 4 de diciembre de 2018, la Sala Penal Nacional, emitió la resolución 18, devolviendo el incidente al juzgado de origen, dado que este fue remitido sin la transcripción de las resoluciones impugnadas, hecho por el cual dicha instancia no podía revisar los agravios respectivos. Este hecho, fue informado a la opinión pública mediante el *Twitter* de la abogada de la favorecida y repetido en medios de prensa. Al día siguiente, esto es, el 5 de diciembre de 2018, el juez emplazado cumplió con remitir el incidente de apelación completo.

De los hechos expuestos es posible deducir que el supuesto agravio ha cesado de manera previa a la interposición de la demanda. En efecto, de la información brindada por las partes es posible corroborar que, ya para diciembre del año 2018, el recurso había sido elevado a la instancia superior jerárquica, esto es, en un momento previo a la interposición de la demanda de *habeas corpus*, acto que fue realizado recién el 8 de marzo de 2019. En consecuencia, es posible concluir que este extremo de la demanda resulta improcedente, toda vez que el acto que se denuncia como lesivo del derecho a la libertad de la favorecida cesó de forma previa a la interposición de la demanda.

Por estas razones, y a diferencia de lo indicado en la ponencia, soy de la opinión que este extremo de la demanda debe ser declarado **IMPROCEDENTE** en virtud del artículo 5.5 del Código Procesal Constitucional. Sin perjuicio de ello, estimo que la favorecida o su defensa técnica, en el supuesto que estimen que se ha efectuado alguna irregularidad procesal, se encuentran en la facultad, en caso lo estimen pertinente, de iniciar las acciones legales que consideren ante los órganos de control del Poder Judicial.

***

La ponencia, además, ha considerado estimar la demanda debido a que no se habría brindado el tiempo necesario para preparar la defensa, así como para presentar pruebas.

La recurrente denuncia que se le otorgó un plazo muy reducido a su abogada para el estudio de la formalización de la investigación preparatoria y el requerimiento de prisión preventiva, que constaba, según indica en su demanda, de 598 páginas y 310

elementos de convicción. Aduce que el documento primigenio le fue notificado el sábado 20 de octubre de 2018 a las 9:56 a.m., mientras que la audiencia fue programada para el día domingo 21 de octubre de 2018, a las 10:00 a.m., es decir, se le otorgó menos de 24 horas para preparar su defensa. Refiere que, ante tal situación y el reclamo de la falta de notificación de todos los elementos de convicción, se procedió a suspender dicha audiencia para el 24 de octubre de 2018, oportunidad en la que se agregaron 49 elementos de convicción adicionales, que fueron admitidos por el juez sin tener en cuenta que la abogada de la favorecida no tuvo acceso a estos y por lo tanto desconocía de su naturaleza, por lo que no tuvo tiempo para preparar la defensa respectiva.

La procuraduría de los asuntos judiciales del Poder Judicial ha manifestado que la favorecida no impugnó dicha situación al interior del proceso.

Al respecto, estimo importante recordar que es criterio jurisprudencial reiterado del Tribunal el que, en el control constitucional que este asume respecto de las resoluciones judiciales que se cuestionen ante su jurisdicción, este no actúa como una *supra* instancia de revisión del criterio de los jueces ordinarios, sino que el mismo se circunscribe a verificar si en las resoluciones cuestionadas se advierten vicios en la motivación.

En ese sentido, considero que en el caso de autos tanto la Sala de segunda instancia como la Corte Suprema han cumplido con subsanar y absolver de forma motivada los cuestionamientos formulados por la recurrente en este extremo. Así, la Segunda Sala Penal de Apelaciones Nacional, en adición a sus funciones de Sala Penal Especializada en delitos aduaneros, tributarios, de mercado y ambientales, consideró que los defectos advertidos en la resolución de primera instancia no resultaban de la trascendencia necesaria como para declarar la nulidad del mandato de prisión preventiva y, en ese sentido, en vía de integración, decidió excluir del acervo probatorio distintos elementos, tales como los enunciados de hechos que modificaron la base fáctica del requerimiento fiscal de prisión preventiva, así como los elementos de convicción que se agregaron al requerimiento fiscal original, y ello con el fin de no generar un estado de indefensión a la investigada. Al respecto, la referida Sala estableció lo siguiente:

> 7. […] este Colegiado aprecia que no existe identidad entre la imputación descrita en el requerimiento original y el requerimiento reformado, pues se agregan enunciados de hecho -párrafos reseñados en negrita- igualmente, contrastando los elementos de convicción ofrecidos en el requerimiento original -fs. 582 a 598- y en la absolución de observaciones -fs. 9800 a 9815-, se concluye que en el primero se ofrecieron trescientos diez ele-

> mentos de convicción, mientras que en el segundo, trescientos cincuenta y seis. En consecuencia, el Fiscal Provincial desbordó el mandato del JIPN al a) haber agregado enunciados de hecho y b) incorporado nuevos elementos de convicción con relación al requerimiento original (…)
>
> 8. En ese contexto, corresponde preguntarse ¿estas dos modificaciones detectadas tienen entidad para nulificar todo lo resuelto por el JIPN? (…)
>
> 9. El Colegiado precisa que los defectos anotados, no han sido gravitantes para la adopción de la medida cautelar por el JIPN, más precisamente, la modificación de la base fáctica y la incorporación de nuevos elementos de convicción -no controlada por el juez de garantías-, no fueron trascendentes en el razonamiento que sustenta la imposición de la prisión preventiva, en ese sentido esta Sala en vía de integración excluirá del acervo probatorio: a) los enunciados de hechos que modificaron la base fáctica del requerimiento fiscal de prisión preventiva, b) los elementos de convicción que se agregaron al requerimiento fiscal original. Sólo de esa manera la nulidad no provoca estado de indefensión efectivo a la investigada recurrente y se priva de efectos trascendentes a la perniciosa nulidad. El agravio no puede ser amparado en función a lo fundamentado por esta Sala Superior.

A su turno, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en su decisión en discordia, consideró que la exclusión de elementos de convicción realizada por la segunda instancia no resultó lesiva de la garantía procesal de la imputación necesaria, toda vez que dicha instancia cumplió con precisar y analizar los elementos de convicción válidamente incorporados en el requerimiento de prisión preventiva. Las consideraciones de la Corte Suprema fueron las siguientes:

> Trigésimo sexto. En relación con los aspectos del caso concreto, se verifica que el hecho de que la Sala Superior excluyera determinados enunciados fácticos y elementos de convicción agregados al requerimiento fiscal original (valorados por el juez de investigación preparatoria) no configura por sí mismo una infracción a la garantía procesal de la imputación necesaria.
>
> Trigésimo séptimo. […]
>
> Además, la Sala Superior cumplió con precisar y analizar -individualmente y en conjunto- los elementos de convicción válidamente incorporados (no discutidos por la defensa) que acreditarían la procedencia ilícita del dinero de parte de la empresa Odebrecht (materia del delito de lavado de activos imputado) (…).

Así las cosas, y en la medida en las que resoluciones judiciales cuestionadas se encuentran, en este punto, motivadas, es que soy de la idea que la demanda debe declararse como **INFUNDADA** en dicho extremo.

****

La ponencia ha declarado como fundada la demanda por la vulneración del derecho a la libertad personal de la favorecida, cuestión que comparto. Sin embargo, estimo que es necesario efectuar una serie de precisiones en este punto, ya que considero que la ponencia, en diversos extremos, se ha irrogado competencias que son propias de la justicia penal. En ese sentido, procederé a analizar, en este caso, las razones por las cuales estimo que se ha vulnerado el derecho a la libertad personal de la favorecida.

Pues bien, los requisitos que de conformidad con el artículo 268 del Código Procesal Penal deben tener lugar de modo copulativo para la imposición de una prisión preventiva son los siguientes: a) que existan fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente que el investigado puede estar vinculado con la comisión de un delito; b) que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de la libertad (prognosis de la pena); y c) que en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, pueda colegirse razonablemente que tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización).

En relación con los dos primeros elementos, la parte demandante, a fin de sustentar su pretensión, realiza cuestionamientos como los siguientes: (i) que las resoluciones impugnadas no han evidenciado una descripción suficiente de los hechos y de los elementos de convicción que acreditarían el delito de lavado de activos; (ii) que las resoluciones cuestionadas no explican cómo es que la favorecida pertenecía a una organización criminal, ni cómo es que conocía o debía presumir el origen ilícito de los activos o fondos de la empresa Odebrecht; o (iii) que las resoluciones cuestionadas no explican la forma en que la favorecida es presuntamente autora o partícipe del delito que se le imputa.

Al respecto, soy de la opinión que, como lo ha hecho en su jurisprudencia reiterada el Tribunal Constitucional, dichos extremos planteados escapan al ámbito de tutela del *habeas corpus*, y se encuentran vinculados más bien con asuntos propios de la judicatura ordinaria, tales como la valoración de las pruebas penales, la subsunción de la conducta penal del procesado y la tipificación del delito [*Cfr*. Exp. 01014-2012-PHC/TC; Exp. 02623-2012-PHC/TC; Exp. 03105-2013-PHC/TC; Exp. 05699-2014-PHC/TC, entre otros]. En efecto, los aspectos técnicos que han sido invocados en la demanda, y que se relacionan más con la posible determinación de la responsabilidad

penal de la favorecida que con el análisis que es propio de la justicia constitucional, tendrán que ser analizados en el seno del proceso penal que se encuentra en curso.

En este extremo, estimo que la ponencia analiza, de forma innecesaria, todos y cada uno de los elementos de convicción que permitieron al Ministerio Público, en su momento, efectuar distintas tesis en relación con la presunta responsabilidad penal de la favorecida. Sobre ello, considero que la función de la jurisdicción constitucional no radica en hacer las veces de una cuarta instancia, sino que lo que le corresponde es analizar *in toto* la validez constitucional de la resolución judicial, más aún cuando lo que es objeto de controversia es el análisis de la configuración y alcances del tipo penal de lavado de activos, asunto técnico que ha generado posturas encontradas tanto en la doctrina como en la jurisprudencia penal. En ese sentido, considero que no le corresponde al Tribunal analizar la pertinencia de cada elemento de convicción aportado por el Ministerio Público, puesto que ello claramente es un asunto propio de la justicia penal.

En este mismo orden de ideas, noto que los diversos hechos que han sido expuestos en el escrito de demanda denotan que existirá un importante despliegue de actividad probatoria, el cual tendrá que ser evaluado por parte de la autoridad jurisdiccional competente. El principio de corrección funcional, invocado en reiteradas oportunidades en nuestra jurisprudencia, demanda que el Tribunal actúe en el ámbito de sus competencias, por lo que el análisis de la suficiencia (o no) de los medios de prueba para comprobar la responsabilidad penal de la favorecida es un asunto que tendrá que ser analizado por la judicatura ordinaria.

Por lo tanto, soy de la opinión que no deben ser objeto de análisis por parte del Tribunal los alegatos referidos a la validez o no de los elementos de convicción, el hecho de si se encuentra debidamente acreditada (o no) la presunta comisión de un hecho delictivo, o la posible vinculación de la favorecida con el delito que se le imputa. La valoración de todas estas cuestiones, como resulta evidente, son aspectos que competen única y exclusivamente a la judicatura penal.

Evidentemente, al considerar que el Tribunal no tiene competencia, en este caso, para examinar el fondo de la controversia en cuanto a la pertinencia de todos los elementos de convicción, también estimo que tampoco corresponde cuestionar el extremo relativo al análisis de la resolución judicial en cuanto a la prognosis de la pena.

Resta, en consecuencia, indagar lo relativo a la posible confluencia del peligro procesal. Al respecto, es preciso señalar que, para su configuración, basta con la acreditación de uno de los dos escenarios posibles, esto es, del peligro de fuga o del peligro de obstaculización. De igual forma, dado que el artículo 268 del Código Procesal

Penal expresa que los elementos descritos en los literales a), b) y c) *supra* deben ser concurrentes, la consecuencia lógica es que la inexistencia de uno de ellos torna en innecesaria dicha medida preventiva restrictiva de la libertad.

En el caso que es materia de este *habeas corpus*, constato que, respecto del peligro procesal requerido, únicamente ha quedado subsistente el peligro de obstaculización para sostener –de manera concurrente con los otros dos primeros presupuestos exigidos– la prisión preventiva impuesta a la favorecida. Por lo tanto, se analizarán las resoluciones que consideraron que se encontraba acreditado el referido peligro de obstaculización (segunda instancia o grado y casación).

a) El peligro de obstaculización como manifestación del peligro procesal en el análisis de la segunda instancia o grado

En primer término, cabe mencionar que la Segunda Sala Penal de Apelaciones Nacional identificó y agrupó tres niveles diferenciados de obstaculización procesal en las que consideraba que se encontraba incursa la favorecida:

Primer nivel	La búsqueda de personas en la región San Martín -ciudades de Tarapoto y Nueva Cajamarca- para que figuren como aportantes del Partido Fuerza 2011.
Segundo nivel	Los actos de presión y amenaza que se habrían ejercido sobre los "supuestos aportantes" entre los años 2017 y 2018 con el fin de que mantengan las versiones de sus primigenias declaraciones ante el Ministerio Público en las que sí señalaron haber realizado dichos aportes, corroborado con las amenazas y coacciones narradas por Liz Documet Manrique y Liulith Sánchez Bardales.
Tercer nivel	Los actos de ofrecimiento y pago de dinero a un "supuesto aportante", con el objeto que señale al declarar ante el Ministerio Público, haber realizado tal aporte. Declaración del TP-2017-55-1, que tiene correlato acreditativo con la declaración de Ytalo Ulises Pachas Quiñones.

Así, analizando estos elementos y "valorando los aspectos relevantes vinculados a la conducta de la investigada", la referida Sala concluyó que:

> [E]xiste una conducta concreta y actitud de la investigada Keiko Sofía Fujimori Higuchi para materializar un riesgo razonable de obstaculización en esta investigación (…).

Posteriormente, respecto de los demás agravios expuestos, la Sala los declaró infundados (en lo que respecta al 41 y 43) y fundado (en relación con el 42) de acuerdo con el siguiente detalle:

Agravio	Tema	Decisión de la Sala
Agravio 41	Lo concerniente al Chat denominado "*La Botica*".	Infundado el agravio
Agravio 42	Lo concerniente a la negativa de entregar libros contables durante los allanamientos a los locales del partido Fuerza Popular.	Fundado el agravio
Agravio 43	Lo concerniente a los supuestos actos de obstaculización para que tres testigos cambien su versión.	Infundado el agravio

Por lo expuesto, la Segunda Sala Penal de Apelaciones Nacional llegó a la siguiente conclusión:

> "99. Colorario: Absueltos los agravios referidos a la verificación del peligrosismo procesal de la investigada Keiko Sofía Fujimori Higuchi, verificados holísticamente los agravios declarados fundados e infundados, el Colegiado concluye que no se presenta el peligro de fuga, mas sí concurre el peligro de obstaculización de la actividad probatoria. Correlativamente, existe riesgo procesal dado que la configuración del peligro procesal, no exige que concurran simultáneamente los supuestos de peligro de fuga y de la obstaculización del proceso por parte de la investigada."

Como se verifica, la Sala emplazada consideró en su decisión que, respecto del peligro procesal, únicamente quedaba subsistente el peligro de obstaculización de la actividad probatoria como sustento –junto con los otros dos presupuestos previos exigibles– para mantener la medida restrictiva de la libertad de la favorecida por un periodo de treinta y seis meses.

b) El peligro de obstaculización como manifestación del peligro procesal en el análisis de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema

Respecto del peligro procesal, la Corte Suprema verificó que, si bien la Sala emplazada había descartado el peligro de fuga y consideró latente el peligro de obstaculización de la actividad probatoria, dicho órgano jurisdiccional no había justificado el mantener el plazo máximo de la prisión preventiva (treinta y seis meses). Sobre esta cuestión, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República sostuvo lo siguiente:

> Sexagésimo quinto. En consecuencia, en el caso en concreto, este Tribunal Supremo considera que, en vista de que la Sala Superior descartó que la imputada Fujimori Higuchi presentara peligro de fuga y solo mantuvo

el peligro de obstaculización, debió fundamentar de manera específica el mantenimiento del plazo máximo previsto para la medida (treinta y seis meses), lo que resulta imprescindible para sostener la razonabilidad del plazo de la prisión preventiva e incide, por tanto, en la garantía de motivación de las resoluciones judiciales.

En conclusión, este Colegiado Supremo, al advertir la falta de motivación suficiente sobre el plazo de duración de la medida (causal prevista en el artículo 429, inciso 4, del Código Procesal Penal), considera que, a fin de evitar que esta devenga en arbitraria, resulta necesario que se adecúe en atención a que, según se desprende de los recaudos, esta investigación requiere la realización de múltiples actos de investigación respecto a una cantidad significativa de imputados y testigos, además de recabar documentación relacionada a personas naturales y jurídicas tanto en nuestro país como en el extranjero. En tal sentido, resulta proporcional que esta medida se reduzca hasta dieciocho meses, puesto que se refiere a un proceso por el delito de lavado de activos agravado por pertenencia a una organización criminal.

Este plazo de duración resulta razonable para que el fiscal a cargo de la presente investigación adopte las medidas necesarias de aseguramiento que aún no haya efectuado respecto a los órganos de prueba cuya protección estime pertinente para los fines del proceso, especialmente porque, a la fecha, la investigación formalizada tiene diez meses de iniciada.

Esta fue la postura suscrita por los jueces supremos Príncipe Trujillo, Castañeda Espinoza y Chávez Mella, y también fue a la que finalmente se adhirió la jueza Castañeda Otsu a través de su voto dirimente de fecha 12 de setiembre de 2019, formando así la mayoría requerida para la sentencia.

Así las cosas, advierto que, en el recurso de casación resuelto por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, se toman como válidos los elementos considerados por la segunda instancia o grado que sirvieron para sostener el peligro de obstaculización de la actividad probatoria. En efecto, el terreno del debate en la Corte Suprema en este punto –como se advierte de la resolución que unifica votos de fecha 13 de setiembre de 2019– estuvo únicamente circunscrito a la razonabilidad del plazo máximo fijado para la prisión preventiva, en vista del tiempo transcurrido desde la imposición de la misma y de las actividades de investigación llevadas a cabo hasta entonces.

c) El peligro de obstaculización como manifestación del peligro procesal en la actualidad

Es posible constatar que los elementos esgrimidos por la Sala emplazada, y que están descritos en el literal a) del presente voto, son los que sustentan, desde la perspectiva de la judicatura ordinaria, el peligro de obstaculización de la actividad probatoria que, a su vez, sostienen el peligro procesal como tercer presupuesto necesario para mantener la prisión preventiva impuesta a la favorecida.

Ahora bien, sobre este punto en particular, la jurisprudencia del Tribunal ha establecido que el segundo supuesto del peligro procesal, esto es, el de la obstaculización, "se encuentra vinculado a la injerencia del procesado en libertad ambulatoria respecto del resultado del proceso, pudiendo ello manifestarse con la influencia directa del actor en la alteración, ocultamiento o desaparición de los medios probatorios, en la conducta de las partes o peritos del caso que incida en el juzgador a efectos de un equívoco resultado del proceso e incluso que de manera indirecta o externa el procesado en libertad pueda perturbar el resultado del proceso penal, aspectos de obstaculización del proceso que el juzgador debe apreciar en cada caso en concreto, ya que de contar indicios fundados de su concurrencia deberá ser merecedor de una especial motivación que la justifique" [Exp. 01555-2012-PHC/TC, fundamento 6].

Considero necesario agregar que el peligro de obstaculización de la actividad probatoria no es un elemento estático que sustente la medida de prisión preventiva durante todo el tiempo de vigencia del mandato, puesto que resulta lógico que, a medida que se avance en el curso de las investigaciones y de las circunstancias que se deriven, dicho peligro se vea atenuado a partir del aseguramiento de las pruebas materiales y del recibo de las pruebas personales por parte del Ministerio Público.

En efecto, el Tribunal Constitucional estableció en el fundamento 4 de la sentencia recaída en el Expediente 03134-2015-PHC/TC que

> [L]a detención judicial preventiva es una medida provisional cuyo mantenimiento solo debe persistir en tanto no desaparezcan las razones objetivas que sirvieron para su dictado. En efecto, las medidas coercitivas, además de ser provisionales, se encuentran sometidas a la cláusula *rebus sic stantibus*, lo que significa que su permanencia o modificación a lo largo del proceso estará siempre subordinada a la estabilidad o cambio de los presupuestos que posibilitaron su adopción inicial, por lo que es plenamente posible que, alterado el estado sustancial de los presupuestos fácticos respecto de los cuales la medida se adoptó, pueda ser variada (…).

Ahora bien, sobre esta cuestión, y desde una perspectiva similar, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló en el Caso Bayarri Vs. Argentina del año 2008 lo siguiente:

> 74. La prisión preventiva no debe prolongarse cuando no subsistan las razones que motivaron la adopción de la medida cautelar. El Tribunal ha observado que son las autoridades nacionales las encargadas de valorar la pertinencia o no del mantenimiento de las medidas cautelares que emiten conforme a su propio ordenamiento. Al realizar esta tarea, las autoridades nacionales deben ofrecer los fundamentos suficientes que permitan conocer los motivos por los cuales se mantiene la restricción de la libertad, la cual, para que sea compatible con el artículo 7.3 de la Convención Americana, debe estar fundada en la necesidad de asegurar que el detenido no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia. Las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva. No obstante lo anterior, aun cuando medien razones para mantener a una persona en prisión preventiva, el artículo 7.5 garantiza que aquella sea liberada si el período de la detención ha excedido el límite de lo razonable (…).

Dicho criterio fue reafirmado por el tribunal interamericano en su jurisprudencia posterior, precisando que una medida como la prisión preventiva "debe estar sujeta a revisión periódica" y que "el juez no tiene que esperar hasta el momento de dictar sentencia absolutoria para que una persona detenida recupere su libertad, sino que debe valorar periódicamente si se mantienen las causas de la medida y la necesidad y la proporcionalidad de ésta, así como si el plazo de la detención ha sobrepasado los límites que imponen la ley y la razón" [Corte IDH. Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Sentencia de 29 de mayo de 2014, párrafo 311]. De igual forma, enfatizó que, "en cualquier momento en que aparezca que la prisión preventiva no satisface estas condiciones, deberá decretarse la libertad, sin perjuicio de que el proceso respectivo continúe" [Corte IDH. Caso Argüelles y otros Vs. Argentina. Sentencia de 20 de noviembre de 2014, párrafo 121]. Por último, también el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha manifestado que, incluso después de un periodo de tiempo relativamente corto, la existencia de sospechas razonables sobre la comisión de un delito no puede justificar por sí sola una medida preventiva que limite la libertad personal, sino que debe ser respaldada por motivos adicionales [*Cfr.* TEDH. Caso Zayidov Vs. Azerbaiyán. Sentencia del 20 de febrero de 2014, párrafo 62 y TEDH. Caso Buzadji Vs. Moldavia. Sentencia de 5 de julio de 2016, párrafo 95].

Estimo que, sobre los elementos que la justicia penal debe tomar en cuenta para evaluar el peligro procesal, ya la Corte Suprema de nuestro país, citando para tal efecto distintos pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha brindado importantes luces que permiten dilucidar la necesidad del mantenimiento de una medida tan gravosa como lo es la de la prisión preventiva. Así, ha indicado lo siguiente:

> [Q]ue este peligro, nunca afirmado de manera general y abstracta, se debilita, disminuye o desaparece (i) con el fin de la investigación y con la sumisión del imputado y sus cómplices a juicio –la STEDH caso Muller vs. Francia, de 17 de marzo de 1997, señaló que a partir de la culminación de la investigación preparatoria no era posible (en principio y según el caso concreto, como es obvio) estimar la existencia de riesgo para la obtención de pruebas del caso-; (ii) en la proporción y en la medida en que las investigaciones son efectuadas y las pruebas concluidas (SSTEDH caso Letelier vs. Francia, de 27 de agosto de 1998, párr. 95); o (iii) cuando las personas probablemente intimidadas o corrompidas por el imputado o terceros ya han sido interrogadas suficientemente [Informe CIDH 2/97, párr. 35]. Además, como apunta Kuhne, este peligro pierde su razón de ser (iv) cuando los actos de obstaculización ya no son posibles; por ejemplo, cuando los medios de prueba ya han sido asegurados, o bien la única prueba incriminatoria que se podía falsear ya ha sido alterada [Llobet Rodríguez, Javier: Obra citada, p. 402], o cuando no tiene conocimiento ni medios para manipularlos[5].

Dicho esto, soy de la opinión que la valoración del peligro procesal es, ciertamente, un asunto que compete en principio a la justicia penal. Sin embargo, se trata de un elemento que no puede ser ignorado en los análisis que efectúa el Tribunal Constitucional, ya que no es posible soslayar que, en casos como el presente, nos encontramos frente a medidas que privan de manera "preventiva" la libertad de una persona. Esto significa, en buena cuenta, que el derecho a la presunción de inocencia se encuentra, también, involucrado, ya que su contenido no ha sido, aún, desvirtuado por una sentencia condenatoria.

Por ello, requerir que en el estado actual de las cosas la parte demandante sustente ante la judicatura ordinaria la revisión de la medida impuesta, implicaría sostener que es la investigada quien tiene que demostrar que los elementos configurativos

5 Corte Suprema de Justicia de la República. XI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial. Acuerdo Plenario 01-2019/CIJ-116, de fecha 10 de setiembre de 2019.

para la prisión preventiva no se cumplen en su caso, cuando más bien, en realidad, corresponde a las autoridades judiciales y a los fiscales, "y no al acusado o a su defensa, acreditar la existencia de aquellos elementos necesarios para determinar la existencia del riesgo de fuga o de obstaculización de las investigaciones" [CIDH. Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas. OEA/Ser.L/V/II. 30 diciembre 2013, párrafo 145]. Más aún, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que "son las autoridades nacionales las encargadas de valorar la pertinencia o no del mantenimiento de las medidas cautelares que emiten conforme a su propio ordenamiento" [Corte IDH. Caso Argüelles y otros Vs. Argentina. Sentencia de 20 de noviembre de 2014, párrafo 122], sin limitar dicha obligación de manera exclusiva a los jueces penales ordinarios.

Dicho esto, estimo que en el presente proceso constitucional de *habeas corpus* –dadas las circunstancias que el caso en ciernes plantea– es pertinente evaluar lo concerniente al peligro procesal –en su manifestación de peligro de obstaculización– como sustento limitativo de la libertad personal a través de una medida cautelar como la prisión preventiva.

En efecto, considero que, en el caso de autos, el peligro procesal, determinado aquí por el peligro de obstaculización de la actividad probatoria, no puede ser valorado como idéntico a aquel que sirvió de sustento al momento de dictarse la medida limitativa de la libertad personal de la favorecida. En efecto, desde el 31 de octubre de 2018 (fecha en la que se dictó la prisión preventiva en contra de doña Keiko Sofía Fujimori Higuchi) hasta la actualidad, han transcurrido poco más de trece meses que, indefectiblemente, han ocasionado que cambien las circunstancias del caso, así como el curso de las investigaciones.

Asumir una postura contraria sería tanto como afirmar que, durante el plazo que dure la prisión preventiva, al órgano acusador le está permitido no adelantar ningún acto de investigación conducente a esclarecer los presuntos hechos delictivos. La lógica más bien indica lo contrario: precisamente para investigar y asegurar las pruebas es que se impone tal medida restrictiva al procesado que representa un riesgo para la investigación.

Por lo tanto, sobre este punto, soy de la opinión que es necesario tener en cuenta los siguientes elementos que son de público conocimiento:

- El aparato institucional que, según se desprende de la tesis fiscal, habría empleado la investigada a través del poder político que ostentaba en el Congreso de la República, ciertamente se encuentra limitado y debilitado de manera sustancial en el estado actual de las cosas pues, como es de público conocimiento, el 30 de setiembre del presente año el Presidente de la República disolvió precisamente dicho poder del Estado.

Sobre este punto en particular, considero que tampoco se puede perder de vista el hecho de que este Tribunal Constitucional haya garantizado que no existan límites inconstitucionales para que los congresistas pudieran renunciar a sus bancadas por razones de conciencia debidamente justificadas [Ver, al respecto: Exp. 0006-2017-PI/TC y Exp. 0001-2018-PI/TC]. Ello, naturalmente, ha evitado que se concentre la fuerza política a fin de emplearla con fines y motivos subalternos que puedan significar un debilitamiento o entorpecimiento de las investigaciones a nivel penal. Así, estimo que, desde el análisis de una realidad evidente, es lógico asumir que las numerosas renuncias al partido que lidera la favorecida pueden significar –para los efectos de lo que se decide en este proceso– una dispersión de la concentración de aquella fuerza[6] que, en su momento, el ente acusador interpretó como amenazante para los fines de la investigación en curso.

- En los últimos trece meses, y como es de público conocimiento, el Ministerio Público ha llevado a cabo múltiples actos de investigación y de aseguramiento de las pruebas, como por ejemplo:
  - Acto de verificación del registro de llamadas de la favorecida (enero de 2019).
  - Registro de la oficina de quien fue el asesor principal del ex Fiscal de la Nación Pedro Chavarry a fin de encontrar documentación relacionada con la investigación por el delito de lavado de activos (enero de 2019).
  - Documentación entregada por Jorge Barata respecto de un supuesto aporte a la campaña presidencial de la favorecida (agosto de 2019).
- También, en los últimos trece meses se han venido llevando a cabo distintas acciones tendientes al acopio de información a partir de testigos y demás personas vinculadas que, naturalmente, inciden sobre el peligro procesal inicialmente evidenciado por la judicatura ordinaria:
  - Citación a Luz Olaechea Álvarez Calderón para indagar sobre los aportes que habría realizado a favor de la campaña presidencial de la favorecida (agosto de 2019).
  - Citación de diversos empresarios del país relacionados con la Confiep a fin de indagar sobre los aportes a la campaña electoral de la favorecida (octubre de 2019).

6 Véase, con más detalle: CABALLERO, Víctor. *Mototaxi. Auge y caída de Fuerza Popular*. Ediciones B. Lima. 2019, pág. 196 y sgts.

- Varios de los operadores de justicia (ex jueces y fiscales) con quienes se vincula a la favorecida y a su agrupación política para demostrar una obstrucción de la justicia, actualmente están también siendo procesados y/o investigados o, inclusive, fuera del país con procesos de extradición en marcha.
- Las declaraciones públicas de los fiscales del equipo especial encargado de las investigaciones que señalan que la acusación estaría próxima a fin de iniciar con la etapa de juicio.

Por último, creo que tampoco se pueden dejar de lado que la caída de los llamados "Cuellos Blancos" viene siendo determinante para la aceleración de los casos *Lava Jato.*[7]

Todas estas consideraciones me permiten llegar a la conclusión de que el peligro procesal –sustentado únicamente en el peligro de obstaculización de la actividad probatoria– en la actualidad no es el mismo que sirvió de sustento al dictarse la medida restrictiva de la libertad personal de la favorecida. En efecto, la valoración que se hace en el tiempo sobre este elemento constitutivo para la imposición de la prisión preventiva, está caracterizado por la idea de que, salvo se evidencie lo contrario, el riesgo procesal tiene una tendencia a desvirtuarse con el transcurso del tiempo y la averiguación de la verdad por parte del Ministerio Público. Por lo tanto, considero que la demanda debe ser estimada y disponerse la inmediata libertad de la favorecida.

Ahora bien, y en la medida en que se ha advertido que no se presenta, en las circunstancias actuales, el requisito de peligro procesal, es evidente que la medida adoptada viene afectando el derecho a la libertad personal de la favorecida, por lo que corresponde ordenar que la situación se reponga al estado anterior de la expedición del acto lesivo respectivo.

*****

Es oportuno recalcar que la presente decisión no significa, bajo ninguna circunstancia, que se esté anticipando, ni mucho menos infiriendo, la responsabilidad o irresponsabilidad penal de doña Keiko Sofía Fujimori Higuchi, pues ello es una cuestión que, en su oportunidad, le corresponderá merituar a los órganos jurisdiccionales penales a la luz de las pruebas definitivas que acrediten su culpabilidad o inocencia en relación a los hechos que se le atribuyen. La decisión por la libertad de la favorecida

7 *Cfr.* SIFUENTES, Marcos. *K.O. P.P.K. Caída pública y vida secreta de Pedro Pablo Kuczynski*. Editorial Planeta. Lima, 2019, pág. 385.

en el caso *sub litis* se ha circunscrito únicamente a evaluar si en el estado actual de las cosas se justifica o no el mantenimiento de una medida restrictiva de la libertad como lo es la prisión preventiva.

Estimo que es oportuno señalar que la decisión adoptada por este Tribunal no supone, bajo ningún parámetro, desconocer que la judicatura ordinaria, a pedido del Ministerio Público, pueda disponer, ante nuevos elementos y circunstancias, la adopción de las medidas necesarias para asegurar el correcto desarrollo de las investigaciones y del proceso. Por lo tanto, es perfectamente posible, siempre que se motiven adecuadamente las resoluciones y se garanticen los derechos fundamentales de la favorecida, que se adopten las medidas que sean necesarias para preservar los fines del proceso penal subyacente.

Por último, en la labor de los magistrados resulta esencial su independencia, la cual "…no se configura como privilegio de los jueces, sino como derecho de los ciudadanos a beneficiarse de un Poder Judicial independiente"[8]. La independencia judicial debe ser vivida como valor y escenificada con convicción[9]. Ya sea frente a los poderes del Estado, pero también frente a la degradación a la que podrían someterlo otros poderes fácticos que pretendan influir sobre ellos, etc., que no solo cuestionan las sentencias (derecho perfectamente consignado en la Constitución y tutelado sistemáticamente por este Tribunal), sino orientar en un determinado sentido el fallo, con un extraño afán de conveniencia, colocándose abiertamente a favor de alguna de las partes, ni siquiera en una lógica de protección de derechos, sino de una abierta vulneración de los mismos.

Pero un juez debe ser independiente también de sí mismo, de sus prejuicios políticos, ideológicos y culturales. Eso es quizás más difícil que soportar una arremetida estatal, económica o periodística. Y es que ni el Estado ni los particulares quedan dispensados de la Constitución ni del alcance de sus nuestras sentencias. La intolerancia, el sectarismo, la venganza o la represalia tampoco pueden acompasar nuestras decisiones. Tenemos en Manuel Aguirre Roca, un ejemplo de grandeza judicial, que destituido arbitrariamente no dudó en declarar fundados amparos que interponían sus detractores o rechazar demandas que planteaban sus defensores. No por un sagaz cálculo político. Sencillamente porque se les había afectado sus derechos a unos y a otros no. En verdad, cumplía solo su labor de juez. Ni represalia frente al agravio, ni mal entendida gratitud frente al encomio. Junto a la Constitución que llevaba, debajo del

8 Saiz, Alejandro. *Los derechos fundamentales de los jueces.* Madrid: Editorial Marcial Pons., 2012, p. 42.

9 Ibíd., p. 63.

sobaco, como decía, Ludo, un personaje de *Los genieciellos dominicales*, la celebrada novela judicial de Julio Ramón Ribeyro (amigo entrañable del magistrado), respecto de uno de los tomos de Planiol, acompañaba también al magistrado el olvido. El olvido, aliado, de la decisión judicial más serena.

La tarea de un Tribunal Constitucional consiste en controlar el ejercicio del poder, ya del Estado y de sus instituciones, pero también de los abusos que emergen de la propia sociedad civil. Su labor reposa en evitar o corregir la vulneración abierta o soterrada de los derechos fundamentales, sin distinciones.[10] La Justicia Constitucional –anota Hans Kelsen, nada menos que uno de sus artífices, "desempeña la función de una protección eficaz de la minoría contra el avasallamiento de la mayoría, cuyo dominio solo es soportable en la medida en que se ejerce jurídicamente"[11].

En ese sentido, desde la visión decimonónica que entiende la democracia como una simple y ruda manifestación de la voluntad de las mayorías, el Tribunal Constitucional es una suerte de anomalía histórica, una anomalía democrática[12]. Esto para quienes impugnan nuestras decisiones a partir del número de magistrados de la justicia ordinaria que han intervenido previamente. Y es que la democracia y, sobre todo la protección de los derechos fundamentales no es resultado de la voluntad de las mayorías, de una presunta e imperfecta, voluntad general. [13]

Por estos fundamentos, considero que corresponde:

1. Declarar **FUNDADA** la demanda por haberse vulnerado el derecho a la libertad individual de la favorecida Keiko Sofía Fujimori Higuchi.

2. Declarar **NULA** la Resolución 7, de fecha 31 de octubre de 2018, expedida por el juez del Primer Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional; **NULA** la Resolución 26, de fecha 3 de enero de 2019, expedida por la Sala Penal de Apelaciones Nacional; y **NULA** la ejecutoria del 9 de agosto de 2019, expedida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República.

3. Retrotraer las cosas al estado anterior a la emisión de las resoluciones anuladas; en consecuencia, **DISPONER** la libertad de la favorecida, doña Keiko Sofía Fujimori Higuchi.

---

10 Pérez, Javier. Curso de Derecho Constitucional. Madrid: Ed. Marcial Pons, 2014, 14 ed., p 727.

11 Ibíd.

12 Ibíd.

13 Ferrajoli, Luigi. *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional.* Madrid: Editorial Mínima Trotta, 2011, p. 35.

4. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda en relación con el reclamo relacionado con la elevación del expediente a la Sala Superior.

5. Declarar **INFUNDADA** la demanda en lo demás que contiene.

S.

RAMOS NÚÑEZ

EXP. N.º 02534-2019-PHC/TC
LIMA
KEIKO SOFÍA FUJIMORI HIGUCHI, representada por SACHIE MARCELA FUJIMORI HIGUCHI DE KOENIG

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

Con el debido respeto a nuestros colegas magistrados, nos apartamos de lo resuelto por la mayoría, que declara fundada la demanda únicamente en el extremo referido al derecho a la libertad personal, y votamos porque se declare **IMPROCEDENTE** el recurso de agravio constitucional por las razones que serán expuestas a continuación.

1. El pronunciamiento de este colegiado, con los votos de los magistrados que firmamos este documento, y, además, el del magistrado Ramos, ha denegado que se hubiera violado o amenazado los derechos vinculados con el debido proceso que sostendría el hábeas corpus conexo y la eventual vulneración de la libertad personal. Nos queda entonces un pronunciamiento de mayoría frente al cual, muy respetuosamente, debemos señalar que contiene invocaciones a vulneraciones de derechos que no pueden ser de exigible cumplimiento, por no haber alcanzado los votos necesarios para ser sentencia. Tenemos además una declaración de violación de la libertad personal que se ha quedado sin sustento (los derechos a invocarse con conexidad para reclamar la vulneración de la libertad personal) para sostener el hábeas corpus conexo interpuesto. Nos preocupa entonces esta situación, que seguramente generará incertidumbre sobre la consistencia y ejecutabilidad de lo resuelto.

2. Somos sin duda conscientes de que en el Perú, como en muchos otros países, ha existido y existe un uso excesivo de las prisiones preventivas. Sin embargo, aquello no implica que toda prisión preventiva dictada en nuestro país constituya un exceso. Pueden darse casos como éste, en el cual la medida cautelar de prisión preventiva tiene elementos jurídicos que permiten justificar su pertinencia y vigencia.

Precisiones sobre la pretensión invocada por la parte recurrente

3. La demanda de hábeas corpus que ha llegado a esta sede tiene como pretensión que se declaren nulas y sin efecto la resolución 7, de fecha 31 de octubre de 2018, y la resolución 26, de fecha 3 de enero de 2019, ambas correspondientes al expediente 299-2017-36. La primera de ellas fue emitida por el Primer Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional, y la segunda que resuelve la apelación interpuesta contra la primera, por la Segunda Sala Penal de Apelaciones Nacional.

4. La mencionada demanda de hábeas corpus fue presentada con fecha 8 de marzo de 2019, luego de haberse interpuesto recurso de casación contra la mencionada resolución 26 de la Segunda Sala Penal de Apelaciones Nacional. El recurso casatorio fue admitido por la Corte Suprema de Justicia de la República con fecha 23 de abril de 2019.

5. Debe aclararse que en el voto conjunto de los magistrados Blume Fortini, Sardón de Taboada y Ferrero Costa y más directamente en sus fundamentos 234 a 253, se incluye un análisis de la ejecutoria suprema emitida luego de la presentación de la demanda, cuando en realidad ella no fue objeto de cuestionamiento en la demanda de habeas corpus. En este sentido, el mencionado voto conjunto incurre en un defecto procesal grave, al indicar que dicha ejecutoria suprema, que declaró fundado en parte el recurso de casación, sería la "resolución cuestionada".

6. En rigor, las resoluciones cuestionadas tan solo son la resolución 7 de fecha 31 de octubre de 2018, y la resolución 26 de fecha 3 de enero de 2019, como bien indica el propio recurso de agravio constitucional. Conviene entonces tener presente que el artículo 4 del Código Procesal Constitucional señala expresamente que, cuando se intenta cuestionar una resolución judicial, el proceso de hábeas corpus únicamente procede si la referida resolución se encuentra firme. Es decir, si se agotaron todos los recursos previstos por la ley procesal de la materia, conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC 01515-2015-PHC; STC 07945-2013-PHC, entre muchas otras).

7. Siendo así, en el presente caso es necesario discutir, en primer lugar, lo relacionado con la aplicación del artículo 4 del Código Procesal Constitucional, o, dicho con otras palabras, lo vinculado con la procedencia del "hábeas corpus contra resoluciones judiciales". Ello es así, debido a que, de conformidad con lo expresamente previsto en la mencionada disposición, su aplicación acarrearía como resultado que se declare la improcedencia del presente recurso de agravio

constitucional. Tomando en cuenta ello, realizaremos inmediatamente un análisis en torno a este punto controvertido, para poder determinar luego de ello si corresponde realizar un análisis sobre el contenido de la pretensión invocada: lo argumentado en función al derecho a la libertad personal y a la tutela procesal efectiva en esta sede.

Sobre la firmeza de las resoluciones judiciales

8. Como hemos indicado, el artículo 4 del Código Procesal Constitucional es claro al afirmar el requisito de firmeza para la interposición de demandas de hábeas corpus contra resoluciones judiciales, y al prescribir que el incumplimiento de esta exigencia implica que deba declararse la improcedencia de la demanda.

9. Ahora bien, este requisito formal(o de necesario cumplimiento para establecer una relación jurídico-procesal válida) no debe ser considerado como una *mera* formalidad. Por el contrario, existen principios subyacentes al cumplimiento de esta exigencia los cuales se encuentran relacionados directamente con los alcances del actual Estado Constitucional. También esos principios están especialmente vinculados con el rol que le corresponde desempeñar a los jueces y juezas, constitucionales u ordinarios, rol orientado a la mejor protección de los derechos fundamentales. De manera más específica, detrás de la exigencia de que deban agotarse los recursos u otros medios impugnatorios procesales ordinarios como requisito sine qua non para que proceda el hábeas corpus (y también el amparo) contra una resolución judicial, se encuentra la idea de que todos los jueces y juezas se encuentran vinculados a la Constitución y a la tutela de los derechos fundamentales.

10. Al respecto, y como ha sido expresado en reiteradas oportunidades por este mismo Tribunal, en la medida que la Constitución se afirma como verdadera norma jurídica, y no solo como un pacto político, su ubicación en la cúspide del sistema de fuentes normativas del ordenamiento conlleva a afirmar su fuerza normativa. En este sentido, y precisamente en atención a su carácter vinculante, toda actuación, pública o privada, debe encontrarse de conformidad con la Constitución. Como ha indicado el propio Tribunal Constitucional "[l]a Constitución es un ordenamiento que posee fuerza normativa y vinculante; por ende, la materia constitucional será toda la contenida en ella, y "lo constitucional" derivará de su incorporación en la Constitución. Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional, a lo largo de su funcionamiento, en la resolución de los diferentes casos que ha tenido oportunidad de conocer (no sólo en los procesos de inconstitucionalidad y en los procesos competenciales, sino también en los procesos cons-

titucionales de protección de los derechos fundamentales), donde ha evaluado vulneraciones a la Constitución de la más diversa índole (…)" (STC 000168-2005-PC, f.j. 3).

11. En ese mismo tenor, conviene tener presente que la Constitución "termina convirtiéndose en el fundamento de validez de todo el ordenamiento instituido por ella. De manera que una vez que entra en vigencia, cualquier producción normativa de los poderes públicos e, inclusive, los actos y comportamientos de los particulares, deben guardarle lealtad y fidelidad. Ciertamente, no se trata sólo de una adhesión y apoyo que pueda ser medido o evaluado en el plano de la moral o la ética, sino también de una exigencia de coherencia y conformidad de la que es posible extraer consecuencias jurídicas. La infidelidad constitucional, en efecto, acarrea la posibilidad de declarar la invalidez de toda norma o acto, cualquiera sea su origen, según los alcances que el mismo ordenamiento constitucional haya previsto" (STC 00014-2003-AI, f.j. 2).

12. La fuerza normativa de la Constitución se plasma en el propio texto constitucional a través de artículos como el 51 o el 138, que ordenan preferir la Constitución frente a otras normas de inferior jerarquía. Esta deber de preferir la Constitución, que no debe ser confundido con la competencia para declarar la inconstitucionalidad de leyes y normas, recae en todos los ciudadanos. Asimismo, es en los jueces y juezas en quienes recae una mayor y primera responsabilidad respecto a la aplicación de la Constitución, en la medida que forma parte de sus competencias y deberes funcionales resolver" conforme a Derecho". En esta línea de pensamiento, y en la medida que todos los jueces y juezas deben aplicar la Constitución y lo que ella contiene, debemos resaltar que los jueces y juezas ordinarios forman la primera línea de defensa de los derechos fundamentales. Efectivamente, en un Estado Constitucional los jueces y juezas no solo se sujetan a la ley, sino que, primordialmente, se encuentran encargados de defender y concretizar el parámetro constitucional, desde sus diversas especialidades y conforme a lo que les corresponda en cada caso concreto.

13. El proceso penal no es distinto en ese sentido y, por ello, los jueces y juezas penales están obligados a pronunciarse conforme a los parámetros constitucionales y convencionales; y, en este sentido, deben resolver respetando y garantizando la plena vigencia de los derechos fundamentales. Por ende, los jueces y juezas constitucionales, incluyendo a quienes integran el Tribunal Constitucional, al realizar el control constitucional de las resoluciones judiciales conforme a sus competencias, en realidad están abocándose a los casos de manera subsidiaria. Dicho en otros términos, intervienen en mérito a que los mecanismos ordina-

rios de protección de los derechos fundamentales podrían no haber funcionado debidamente.

14. Así, en el contexto de la firmeza exigida en el artículo 4 del Código Procesal Constitucional, subyace la idea de que los jueces y juezas ordinarios deben resolver siempre conforme a la Constitución y a los derechos. Solamente cuando esto no suceda corresponderá la intervención de los jueces y juezas constitucionales. De no ser así, estaríamos relevando a los jueces y juezas ordinarios de sus competencias constitucional y legalmente establecidas, y generaríamos espacios de intervención del juez constitucional respecto de materias sobre las cuales no les corresponde pronunciarse.

15. Este criterio se ha fortalecido gracias al elenco de recursos disponibles a favor de los y las justiciables, a través de los cuales puede cuestionarse, dentro del respectivo proceso, la posible vulneración de derechos fundamentales. En este escenario en particular, conviene tener presente que el Código Procesal Penal admite la posibilidad no solo de apelar, sino que también, para algunos casos permite la posibilidad de interponer un recurso de casación, el cual, una vez admitido, lleva a que se puedan tutelar garantías constitucionales, conforme señala el artículo 429 de dicho código. Precisamente, aquello puede ocurrir en mérito a que los medios impugnatorios son herramientas que permiten a los jueces y juezas corregir, entre otras cuestiones, eventuales lesiones iusfundamentales en las que podrían haber incurrido los jueces de primer grado.

16. Ahora bien, y en lo que concierne a la firmeza requerida por el artículo 4 del Código Procesal Constitucional, este Tribunal ha establecido que una resolución adquiere el carácter de firme cuando se han agotado todos los recursos que prevé la ley para impugnarla dentro del proceso ordinario, siempre que dichos recursos tengan la posibilidad real de revertir los efectos de la resolución impugnada (Cfr. STC 02494-2005-AA, f.j. 16). En el mismo sentido, ha dicho que por "(...) resolución judicial firme, debe entenderse a aquella contra la que se ha agotado los recursos previstos por la ley procesal de la materia" (Cfr. STC 4107-2004- HC, f.j. 5)." (RTC 05281 -2011-PA, f.j. 3; RTC 02233-2011-PA, f. j. 3; RTC 08518-2013-PA).

17. Este criterio sobre lo que debe entenderse por "firmeza" ha sido utilizado expresamente por este Tribunal Constitucional para el caso de los procesos de hábeas corpus. En efecto, se ha establecido que: "[E]n el presente caso, de los actuados y demás instrumentales que corren en los autos, no se aprecia que el pronunciamiento judicial cuestionado (...) cumpla el requisito exigido en los procesos

de hábeas corpus contra resolución judicial, esto es que antes de interponerse la demanda constitucional se hayan agotado los recursos que otorga la ley para impugnar la resolución judicial que agraviaría los derechos alegados, habilitando así su examen constitucional (Cfr. STC 4107-2004-HC, RTC 8690-2006-PHC, RTC2729-2007-PHC, RTC 02411-2011-PHC, entre otros).

18. Conforme a sostenida y reiterada jurisprudencia constitucional, el requisito de firmeza previsto en el artículo 4 del Código Procesal Constitucional se debe cumplir al momento de interposición de la demanda. Sobre la base de dicha premisa, en más de una ocasión, este Tribunal ha rechazado demandas de hábeas corpus contra resoluciones judiciales en casos en los que la resolución judicial cuestionada se convirtió en firme después de interpuesta la demanda. (Expedientes 2432-2013-HC, 1287-2012-HC)

Sobre lo que puede ser materia de control en los procesos de hábeas corpus contra resoluciones judiciales, y en especial en los casos de prisión preventiva

19. Con prescindencia de que la presente demanda deba ser declarada improcedente por las razones ya explicadas, consideramos necesario hacer referencia a una cuestión preocupante y que aquí merece ser precisada, en mérito a lo que se señala en el voto de los magistrados Blume Fortini, Sardón de Taboada y Ferrero Costa. Nos referimos a la procedencia de los procesos constitucionales en contra resoluciones judiciales y a lo que, finalmente, podría ser materia de pronunciamiento por parte de los jueces y juezas constitucionales cuando se cuestionan resoluciones de la judicatura ordinaria.

20. Sobre este punto, entre lo más importante, a efectos de lo que se quiere indicar aquí, está el que, definitivamente, la judicatura constitucional no puede actuar como una especie de "superjuez o superjueza" de la justicia ordinaria, es decir, como un tipo de "cuarta instancia" que revise las cuestiones ya resueltas por la judicatura ordinaria y que forman parte de sus competencias exclusivas y excluyentes. El Tribunal Constitucional evalúa el razonable cumplimiento de los parámetros constitucional y legalmente establecidos para dictar una prisión preventiva. A los jueces y juezas constitucionales no les corresponde subrogarse en la labor del juez(a) penal, y hacer un nuevo juicio sobre lo realizado, con estándares que rebasan lo exigible en la determinación de una medida cautelar.

21. Estos límites siempre han estado claros en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional relativa a hábeas corpus contra resoluciones judiciales, cuando se ha señalado, por ejemplo, que

> "El Tribunal Constitucional no es competente para determinar la concurrencia en cada caso de las circunstancias que legitiman la adopción o mantenimiento de la detención judicial preventiva, que es una tarea que incumbe en esencia al juez penal, sino para verificar que la medida cautelar haya sido adoptada de forma fundada, completa y acorde con los fines y carácter excepcional de la institución en referencia". (Exp. Nº 1091-2002-HC/TC, Vicente Ignacio Silva Checa)

22. En ese orden de ideas, hemos explicado en diversa jurisprudencia que los jueces y juezas constitucionales, al revisar las motivaciones judiciales emitidas en sede ordinaria, no pueden hacer un reexamen de las cuestiones allí valoradas que sean de mera legalidad. Más específicamente señalamos que el control constitucional de la motivación de las decisiones judiciales puede hacerse de manera acotada tanto en lo referido a la denominada **motivación interna** (cuando la solución del caso no se deduce o infiere de las premisas normativas o fácticas aludidas en la resolución: en otras palabras, cuando de lo alegado o probado no se deduce lo decidido); o en este mismo parámetro acotada respecto de la **motivación externa** (cuando la resolución carece de las premisas normativas o fácticas necesarias, que permitan sustentar suficientemente la decisión).

23. Siendo así, debemos advertir que en la presente controversia no solo se ha ingresado a pronunciarse sobre el contenido de la pretensión invocada en un caso que consideramos que debe declararse improcedente. Se ha ido más allá, pues incluso en diversos momentos de la ponencia que ha sido puesta a consideración del Pleno del Tribunal Constitucional aparecen análisis que, con toda claridad, resultan de competencia exclusiva y excluyente de la judicatura ordinaria. Ello en la medida que no están orientados a establecer la ausencia de una disposición vigente o la vulneración del derecho a la prueba, sino que, por el contrario, más bien implican directamente la interpretación de contenidos legales, la valoración de pruebas o la calificación jurídica de hechos, lo cual, conforme lo explicado, excede a la labor de control que les corresponde realizar a los jueces y juezas constitucionales.

24. Efectivamente, hemos constatado que en la ponencia suscrita por los magistrados Blume Fortini, Sardón de Taboada y Ferrero Costa existen una serie de problemas generados, con todo respeto, por la falta de aplicación de los parámetros a seguir por los jueces y juezas constitucionales al momento de realizar el control de las resoluciones judiciales. Al respecto, y a efectos de esclarecer lo acontecido, podemos distinguir tres tipos de problemas en la ponencia: (1) aquellos referidos a la aplicación de un estándar distinto al de sospecha grave, (2) aquellos que tienen que ver con el uso de inferencias y presunciones en la argumentación, y (3) aquellos que se relacionan directamente a la valoración de la prueba.

25. En ese orden de ideas, en primer lugar, debemos decir que incluso presuponiendo que aquí estuviéramos ante una resolución judicial firme, debería recurrirse a lo que se denomina a la "argumentación suficientemente cualificada" (conforme al caso Llamoja, STC 00728-2008-PHC/TC). En el caso de la medida de prisión preventiva, esto requiere conocer el estándar de motivación exigible relacionada con los elementos de convicción que permiten verificar el cumplimiento de los requisitos referidos, precisamente, a la imposición de esta medida restrictiva.

26. Ello, por cierto, en ninguna forma debe confundirse con una evaluación penal (que implica, por ejemplo, certeza sobre los hechos ocurridos) de los elementos de convicción, pues como bien ha señalado este mismo Tribunal en reiterada jurisprudencia, no es competencia de la justicia constitucional evaluar si en un caso concreto en que se discute sobre una prisión preventiva existe suficiencia de los medios de prueba que vinculen al imputado con el hecho materia de investigación o el peligro procesal (Expedientes 1130-2017-PHC, fundamentos 5 y 6; 1823-2018-PHC, fundamento 6; 1934-2019-PHC, fundamento 6; 1347-2019-PHC, fundamentos 5 y 6; entre otros). La evaluación que realiza el juez o jueza constitucional, en este extremo es, finalmente una evaluación de la motivación y no del mérito de lo resuelto por los jueces penales.

27. Al respecto, conviene recordar que el estándar aplicable a la prisión preventiva consiste en la "sospecha fuerte", y ello no se condice con expresiones del voto conjunto de los magistrados Blume Fortini, Sardón de Taboada y Ferrero Costa, los cuales aluden a exigencias de una "acreditación indefectible" para demostrar alguna participación en el liderazgo de una organización criminal (fundamento 72), o a que la diligencia obliga a que las pruebas sean contrastadas unas con otras a efectos "de lograr certeza o verosimilitud" respecto de la existencia de una organización criminal (fundamento 77).

28. Así visto, en la ponencia de los magistrados Blume Fortini, Sardón de Taboada y Ferrero Costa, se desconoce el estándar de lo que debe acreditarse en cuanto a elementos de convicción relacionados con la prisión preventiva, pues se eleva el estándar a un nivel de comprobación igual al de la condena, lo cual no tiene sentido jurídico-constitucional, al estar en este caso ante una medida cautelar que se ha impuesto en la etapa de investigación preliminar. Si bien coincidimos con que, en algunos casos, puede haberse recurrido a una motivación aparente (y de allí que sea importante aplicar los criterios del caso Llamoja), lo cierto es que los elementos de convicción en una prisión preventiva deben generar una "sospecha fuerte", como se ha señalado en el Acuerdo Plenario 1-2019-CIJ/116, y no "acreditaciones indefectibles" o "certezas".

29. A mayor abundamiento, el mencionado Acuerdo Plenario indica que la sospecha fuerte se construye a partir de un análisis que permite concluir, "desde una inferencia razonable, que el imputado es fundadamente sospechoso, esto es, que exista un alto grado de probabilidad de que el luego va a ser condenado".[14] No se exige, pues, un estándar de certeza, por lo que mal haría un juez o jueza constitucional en exigirlo al evaluar la motivación de una medida de prisión preventiva.

30. En segundo lugar, encontramos también fundamentos que se centran en la argumentación utilizada, que parecieran exigir confirmaciones directas o, peor aún, que van en el sentido de proscribir el uso de inferencias o presunciones. Como ya fue indicado, existen algunos asuntos vinculados con las pruebas que puede ser objeto de atención por los jueces constitucionales, en la medida que podría tratarse de asuntos relacionados con una indebida motivación externa, en especial, en torno a las premisas fácticas.

31. En el presente caso, el voto conjunto de los magistrados Blume Fortini, Sardón de Taboada y Ferrero Costa parece desconocer que es posible utilizar, conforme además ha sido desarrollado jurisprudencialmente por el Tribunal Constitucional (SSTC Exps. n.°s00728-2008-HC, f. j. 26 y 04278-2011-HC, f. j. 4) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Caso Durand y Ugarte Vs. Perú, Sentencia de 16 de agosto de 2000(Fondo), párr. 47), "pruebas indirectas" o "indiciarias" para esclarecer lo ocurrido en los casos judicializados.

32. Efectivamente, y como es de conocimiento general, en la argumentación judicial se utilizan todo el tiempo inferencias que permiten, razonablemente, realizar afirmaciones, por medio de máximas de la experiencia y reglas lógicas, a partir de premisas fácticas acreditadas (o "indicios probados"). En este sentido, exigir confirmaciones en forma de "prueba directa" para cada afirmación resulta, por decir lo menos, inadecuado, más aún si no nos encontramos frente a una discusión en torno a la condena o absolución de un imputado. Exigir lo contrario, sin duda, manifiesta dejar de lado sin justificación razonable el razonamiento que se utiliza en el ámbito judicial para llegar a conclusiones válidas a partir de ciertos indicios.

33. De esta manera, hemos detectado afirmaciones que exigen que exista "corroboración" respecto a la "participación del imputado en los hechos materia de investigación" (fundamento 127), críticas al razonamiento judicial pues este "parte en sí mismo de presunciones y no de hechos" (fundamento 129), o que es constitucionalmente inaceptable "sustentar la convicción de hechos presuntamente

14 Acuerdo Plenario 1-2019-CIJ/116. Fundamento 25.

ilícitos en presuntas conjeturas que se pueden desprender de declaraciones de terceros que no confirman la participación de un imputado en dichos actos" (fundamento 130).

34. Por último, y como parte de un tercer grupo de consideraciones, y conforme ya hemos indicado antes, a los jueces y juezas constitucionales no les corresponde pronunciarse valorando pruebas.

35. Al respecto, encontramos múltiples referencias en la ponencia de los magistrados Blume Fortini, Sardón de Taboada y Ferrero Costa que, indubitablemente, contienen valoraciones de pruebas, lo cual, como se ha indicado este Tribunal Constitucional en abundante jurisprudencia, queda fuera de sus competencias al analizar amparos o hábeas corpus contra resoluciones judiciales, y constituyen más bien una atribución exclusiva de los jueces y juezas ordinarios. A modo de ejemplo, podemos constatar como el voto conjunto de los magistrados Blume Fortini, Sardón de Taboada y Ferrero Costa señala que "la conclusión a la que arriba la Sala a partir de la valoración de una declaración no justifica de manera cualificada la existencia de un elemento de convicción" (fundamento 163), lo cual, desde luego, implica irrogarse en el lugar de los jueces penales al calificar jurídicamente los hechos del caso.

36. Efectivamente, al tratarse el proceso penal de un proceso oral que exige que quienes juzgan y las partes de dicho proceso interactúen continuamente, mal haría el juez o la jueza constitucional, a partir de un conocimiento limitado de la materia y de los detalles del caso, en calificar los elementos de convicción que solo han sido expuestos o controvertidos de manera limitada en el proceso constitucional. Por ello, lo que competería resolver a los jueces y juezas constitucionales respecto a las pruebas es, básicamente, determinar si existió una lesión del derecho fundamental a la prueba (en lo esencial: que esta sea admitida, actuada y valorada en caso sea pertinente), y de ser el caso, ordenar que la lesión sea subsanada, pero sin ingresar a valorarlas o calificarlas jurídicamente.

37. Finalmente, consideramos importante recalcar que los jueces constitucionales deben evitar calificar como "meras especulaciones" a las inferencias realizadas por los jueces penales, como ha ocurrido en el fundamento 85 del voto de los magistrados Blume Fortini, Sardón de Taboada y Ferrero Costa. En dicho fundamento se califica de "mera especulación" la intención de la empresa Odebrecht al momento de realizar sus supuestos aportes en favor del partido Fuerza Popular. Si bien dicha afirmación carece de efectos vinculantes, debido a que se trata de una afirmación solamente respaldada por tres votos, sin embargo, es necesario resaltar que las investigaciones en curso exigen a los jueces y juezas

constitucionales actuar con la máxima cautela, con el ánimo de no interferir en la adecuada dilucidación de los hechos en la vía penal.

Algunas referencias adicionales

38. De otro lado, y en función a lo dispuesto en el artículo 21 del Código Procesal Constitucional, el Procurador del Poder Judicial solicitó se tomen en cuenta las declaraciones dadas por Jaime Yoshiyama Sasaki ante el Ministerio Público. Con la incorporación de estas declaraciones dicho procurador buscaba proporcionar mayores elementos de juicio para nosotros, jueces y jueza de la presente causa, tuviésemos un escenario de mayores elementos de juicio para mejor resolver en lo referido al peligro de obstrucción que en su momento justificó en buena medida la prisión preventiva otorgada.

39. Ahora bien, corresponde aquí anotar que, en tanto y en cuanto aquí se ha optado por la improcedencia, no es en rigor técnicamente necesario pronunciarnos sobre el valor probatorio de dicha información, pero resulta pertinente exhortar a la judicatura ordinaria y el Ministerio Público para que haga una profunda evaluación sobre el mérito probatorio de esa documentación, y de algunas otras que pudiesen aparecer en el futuro sobre el particular.

40. Además, y si bien estamos en una situación de improcedencia, corresponde señalar aquí, a mayor abundamiento, que no apreciamos problemas de motivación en lo señalado en pronunciamientos judiciales donde ha habido una evaluación en el voto conjunto de los magistrados Blume Fortini, Sardón de Taboada y Ferrero Costa. A modo de resumen podemos anotar lo siguiente sobre lo resuelto por la Sala Penal de Apelaciones:

    a) Sobre la existencia de fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule a la investigada Keiko Sofía Fujimori Higuchi, la Sala Penal se pronuncia, respondiendo a cada uno de los agravios manifestados por la investigada Keiko Sofía Fujimori Higuchi en los fundamentos 10, 12, 13, 14, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 24,26, 32, 70 y 79.

    b) Respecto de que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad, la Sala Penal se pronuncia en el siguiente sentido en el fundamento 80.

    c) Respecto del peligro procesal de la investigada Keiko Sofía Fujimori Higuchi, la Sala Penal se pronuncia en los fundamentos 90, 91, 92, 93, 94, 95, 98, 99 y 104.

> En suma, y como corolario de dicha exposición es que la Sala concluye que "evaluados en conjunto los agravios deducidos que han sido declarados improcedentes, fundados e infundados, del universo de agravios infundados, permiten establecer la concurrencia de los presupuestos materiales que exige la norma procesal para la imposición de la prisión preventiva"

41. Importante aquí es evaluar que el magistrado Ramos Núñez justifica su voto singular en el surgimiento de un hecho nuevo (la disolución del Congreso peruano, materia cuya constitucionalidad analizaremos en el proceso correspondiente). En tanto y en cuanto nos hemos pronunciado sobre la improcedencia de lo pedido por la demandante, no nos corresponde expresar opinión sobre el mérito probatorio de lo esbozado por el magistrado Ramos.

42. Sin embargo, resulta, con todo respeto, necesario hacer alguna anotación al respecto. En primer término, si el magistrado está dispuesto a incorporar elementos nuevos (o posteriores a la presentación de la demanda), convendría preguntarse la razón por la cual únicamente toma en cuenta la disolución del Congreso, y no, por ejemplo, el testimonio del señor Yoshiyama Sasaki.

43. En segundo lugar, conviene tener presente que el voto de los magistrados Blume Fortini, Sardón de Taboada y Ferrero Costa parecen no dar mérito probatorio a hechos nuevos, pues sin siquiera mencionan el tema, a pesar de ser un requerimiento expresamente planteado por una de las partes, omisión en la cual no debía haberse incurrido.

44. Finalmente, no debe perderse de vista que aquí lo planteado por la parte demandante es un hábeas corpus conexo, lo cual en el presente caso se traduce en la supuesta violación de derechos que configuran el derecho a un debido proceso que involucrarían además una afectación con incidencia negativa, concreta, directa y sin justificación razonable en la libertad personal

45. En consecuencia, y teniendo en cuenta todo lo explicado, se ha incumplido con lo previsto en el artículo 4 del Código Procesal Constitucional y, en consecuencia, consideramos que el presente recurso de agravio constitucional debe ser declarado **IMPROCEDENTE.**

SS.

MIRANDA CANALES
LEDESMA NARVÁEZ
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

EXP. N.º 02534-2019-PHC/TC
LIMA
KEIKO SOFÍA FUJIMORI HIGUCHI, representada por SACHIE MARCELA FUJIMORI HIGUCHI DE KOENIG

FUNDAMENTOS ADICIONALES DEL MAGISTRADO MIRANDA CANALES

Además de lo señalado en el voto singular conjunto, considero pertinente expresar algunas consideraciones propias sobre la denominada "firmeza sobrevenida"

1. En la ponencia se emite una resolución de fondo a pesar de que al momento de interponerse la demanda se encontraba pendiente de resolverse el recurso de casación. Es decir, no se habría cumplido con el requisito previsto en el artículo 4 del Código Procesal Constitucional referido a contar con una resolución firme.

2. Conforme a sostenida y reiterada jurisprudencia constitucional, el requisito de firmeza previsto en el artículo 4 del Código Procesal Constitucional se debe cumplir al momento de interponerse la demanda**.** Sobre la base de dicha premisa, en más de una ocasión, este Tribunal ha rechazado demandas de hábeas corpus contra resolución judicial en casos en los que la resolución judicial cuestionada se convirtió en firme después de interpuesta la demanda. (Expedientes 2432-2013-HC, 1287-2012-HC).

3. En la ponencia se cita como antecedente el caso Ollanta Humala - Nadine Heredia (Expediente 4780-2017-PHC) en el que se estimó la demanda a pesar de haberse emitido la resolución de la Corte Suprema que declaró inadmisible la casación después de interpuesta la demanda. Al respecto, cabe señalar que después de la emisión de dicha sentencia, se ha emitido más de una resolución en la que se ratifica el criterio sobre la exigencia de firmeza antes de interponerse la demanda (927-2016-PHC, 1103-2017-PA, 1831-2019-HC). La ponencia asume que el Tribunal Constitucional ha cambiado de criterio a partir del citado pronunciamiento, pero no lo confronta con los pronunciamientos dictados con posterioridad al caso Humala ni ofrece mayor explicación sobre la línea jurisprudencial vigente del Tribunal Constitucional.

4. De otro lado, considero sí cabe una distinción entre el caso Ollanta Humala, que se cita (en el que se consideró cumplido el requisito de firmeza) y el presente caso. En el primero, la casación (que para supuestos de prisión preventiva solo procede de manera excepcional) fue declarada inadmisible: mientras que en el caso Keiko Fujimori, si se admitió el referido recurso y estaba en plena tramitación cuando se interpuso la demanda de hábeas corpus. En este sentido, se puede considerar que en el caso Humala-Heredia se cumplió el requisito de firmeza con la emisión de la resolución de la sala superior que confirmó la prisión preventiva, lo que no ocurre en el caso Keiko Fujimori.

5. La ida que subyace a la exigencia de firmeza es que no solo a través de los procesos constitucionales se tutela derechos, sino que ello también se hace por los propios órganos jurisdiccionales a través de los medios impugnatorios.

6. La opción que finalmente tome el Tribunal Constitucional sobre la firmeza sobrevenida tiene implicancias directas sobre la vía a la que acudirán los justiciables en busca de tutela de sus derechos. Si la opción consiste en que este Tribunal se pronuncie en casos de firmeza sobrevenida, estará consintiendo que se interponga demandas de amparo o hábeas corpus contra resolución judicial de modo simultáneo a la interposición de recursos.

S.

MIRANDA CANALES

EXP. N.º 02534-2019-PHC/TC
LIMA
KEIKO SOFÍA FUJIMORI HIGUCHI, representada
por SACHIE MARCELA FUJIMORI HIGUCHI DE KOENIG

FUNDAMENTOS COMPLEMENTARIOS DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA

Sin perjuicio de lo expresado en el voto singular conjunto que suscribo, en los actuados del presente expediente se ha hecho referencia a un caso recientemente resuelto por el Tribunal Constitucional (Exp. nº 00502-2018-PHC) y que algunos consideran similar al que nos ocupa. Al respecto, estimo pertinentes hacer las siguientes precisiones:

1. Ciertamente, la firmeza de resoluciones judiciales referidas a la imposición de la medida de prisión preventiva también fue tratada en los expedientes acumulados n.ºs 04780-2017-PHC y 00502-2018-PHC, correspondientes a los demandantes Ollanta Moisés Humala Tasso y Nadine Heredia Alarcón. En dichos casos la pretensión radicaba en que se declare la nulidad de las resoluciones que variaban la medida de comparecencia restringida en una medida de prisión preventiva para ambas personas.

2. Ahora bien, y en lo que respecta al requisito de firmeza, en el mencionado caso ocurrió que, durante la tramitación del hábeas corpus, el concesorio de la admisión del recurso de casación fue declarado nulo. En ese sentido, y ya en sede de este Tribunal Constitucional, se presentó la disyuntiva entre declarar la improcedencia de la demanda por falta de firmeza de la resolución cuestionada, en estricta aplicación del artículo 4, o bien la declaración de una "firmeza sobrevenida", entendiendo que la jurisdicción ordinaria resolvió definitivamente el recurso pendiente de respuesta, y con lo cual las resoluciones que fueron expresamente cuestionadas a través del hábeas corpus sí tenían el carácter de firmes. Al respecto, reconociéndose que la regla es la del Código Procesal Constitucional, se interpretó el requisito de la firmeza en un sentido que permitiera revisar el contenido de la pretensión invocada únicamente en mérito a que no había recibido un pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la República.

3. Dicho caso, que involucra una situación excepcional, no fue adoptado como precedente o doctrina jurisprudencial, más aún porque se trató de un caso que generó un intenso debate jurídico, como puede notarse en los votos que se agregaron a la sentencia. No existió al interior del colegiado un consenso sobre la forma en que deberían ser tratados estos casos a futuro, al punto que los argumentos para coincidir con el fallo fueron distintos. Ello puede evidenciarse en los fundamentos de voto que se apartan del razonamiento utilizado en la decisión en mayoría, aunque hubo coincidencia en los puntos resolutorios.

4. Con base en lo indicado, es claro que la sentencia recaída en el expediente n.° 00502-2018-PHC,en los hechos, no ha significado un cambio en el criterio de este Tribunal y se mantiene como una decisión fundamentada en los elementos particulares y excepcionales que se presentaron en dicho caso.

5. A mayor abundamiento, y en lo que concierne al caso referido, debe indicarse que, además de proponerse una discusión jurídica sobre el contenido de la pretensión invocada muy distinta a la actual, respecto a la procedencia del hábeas corpus, también nos encontrábamos frente un escenario particular que vale la pena distinguir del presente: en la STC Exp. n.°00502-2018-PHC, debido a que los recursos casatorios fueron rechazados por inadmisibles, dichos recursos en realidad podrían no haberse presentado, pues se trataban de recursos que no tenían "la posibilidad real de revertir los efectos de la resolución impugnada" (la ya citada STC Exp. n.°2494-2005-AA, f. j. 16). En estos supuestos el Tribunal Constitucional incluso ha considerado (por ejemplo, en materia de amparo) que:

> "[C]uando el justiciable interponga medios impugnatorios o recursos que no tengan real posibilidad de revertir sus efectos, el inicio del plazo prescriptorio deberá contabilizarse desde el día siguiente de la fecha de notificación de la resolución firme a la que se considera lesiva y concluirá inevitablemente treinta días hábiles después de la notificación de la resolución que ordena el cúmplase con lo decidido, sin que igualmente se acepte articulaciones inoficiosas contra este último pronunciamiento jurisdiccional".

6. En este sentido, la presentación de recursos inconducentes, como algunos podrían señalar sobre lo dicho en la STC Exp. n.°00502-2018-PHC, no hacía que las resoluciones lesivas (de primer y segundo grado) dejaran de considerarse como firmes, a efectos de que se presente una demanda constitucional en su contra. Ahora bien, pese a ello, lo que finalmente llegó a la sede constitucional fue una

decisión que fue cuestionada en el ámbito ordinario, y por ello pendiente de recibir un pronunciamiento, y en ese marco es que se discutió cómo debe evaluar la justicia constitucional este tipo de casos en los que se encuentra con un "recurso inconducente, pero pendiente de respuesta". Al respecto, una vez que la sede casatoria despejó la duda sobre la impertinencia del recurso presentado, algunos magistrados optaron por considerar que no es irrazonable interpretar que el caso, y otros en similar situación, podrían merecer un pronunciamiento por parte de los jueces o juezas constitucionales, esto básicamente en aplicación del principio *pro actione*.

7. Sin embargo, es muy distinto el supuesto en el que el recurso casatorio sí debía interponerse antes de acudir a la vía constitucional, para considerar agotada la vía. En dichos casos, aparecen precisamente las ya mencionadas razones que subyacen a la exigencia de cumplir con el requisito de firmeza. En efecto, como he señalado *supra*, esta regla se funda en la idea de que los jueces y juezas ordinarios tienen el poder-deber de resolver siempre tutelando derechos fundamentales y, como correlato de esto, que la judicatura constitucional peruana únicamente puede conocer un hábeas corpus o amparo "contra resolución judicial" de manera subsidiaria, en caso de que la judicatura haya agotado sus posibilidades de tutela a través de una resolución con carácter de firme.

8. En este orden de ideas, y a diferencia de lo sucedido en la STC Exp. n.° 00502-2018-PHC, en la presente causa la recurrente no solo tuvo que presentar necesariamente el recurso casatorio, el cual fue admitido (y esto fue antes de que se emitiera la sentencia de hábeas corpus en primer grado, por lo que ya la parte recurrente conocía que existía un pronunciamiento pendiente de respuesta en la judicatura ordinaria, y por ende incurriendo en una causal de improcedencia), sino que, además, finalmente obtuvo un resultado favorable, en el sentido de que se redujo el plazo de la medida de prisión preventiva impuesta de 36 a 18 meses.

9. Así visto, la demanda de hábeas corpus presentada en el presente caso carecía de toda firmeza, cuando era necesario agotar la instancia casatoria, y ni siquiera se le podría aplicar el estándar llamado de "firmeza sobrevenida" particularmente recogido en la STC Exp. n.°00502-2018-PHC, a través del cual podría evaluarse excepcionalmente una situación rechazada por la justicia ordinaria en su instancia suprema. Como resulta obvio, de entenderse como aplicable a este texto la discutible tesis de la "firmeza sobrevenida", los incentivos serían sumamente perniciosos para el cumplimiento del rol protector de los derechos que corresponde a instituciones y personas del sistema judicial peruano. Siempre cabría "elegir"

la vía más conveniente entre la casación, en el marco de un proceso penal, y el recurso de agravio constitucional, en el marco de un proceso de hábeas corpus, generándose así un continuo riesgo de contradicción entre ambas altas cortes: la Corte Suprema de Justicia y el Tribunal Constitucional, y un verdadero debilitamiento de la tutela de los derechos fundamentales.

10. En cuanto al caso concreto de la señora Keiko Sofía Fujimori Higuchi, vemos que el recurso de casación fue admitido el 23 de abril de 2019, días antes que la demanda de hábeas corpus fuera resuelta en primera instancia o grado. Asimismo, y con fecha 13 de junio de 2019, la recurrente interpuso el recurso de agravio constitucional, cuando era de su pleno conocimiento que se encontraba pendiente la resolución del recurso de casaciónya admitido por la Corte Suprema.

11. Frente a ello, muy respetuosamente anoto que el análisis de procedencia contenido en el voto conjunto de los magistrados Blume Fortini, Sardón de Taboada y Ferrero Costa no hace mención alguna de estas consideraciones y se apoya en una aplicación amplia del principio *pro actione*, pero finalmente no termina de identificar en qué radica la duda o incertidumbre que habilitaría la correcta invocación de dicho principio. El voto de los magistrados Blume Fortini, Sardón de Taboada y Ferrero Costa asume que el Tribunal Constitucional ha cambiado de criterio a partir del citado pronunciamiento recaído en el expediente 00502-2018-PHC, pero no lo confronta con los pronunciamientos dictados con posterioridad al caso Humala ni ofrece mayor explicación sobre la línea jurisprudencial vigente del Tribunal Constitucional.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

EXP. N.° 07392-2013-PHC/TC
LIMA
HORSE BROWN SAC, representado
por ÁNGELO CÁRDENAS SERRANO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los once días del mes de julio de 2019, la Segunda Sala del Tribunal Constitucional, con el voto de la magistrada Ledesma Narváez, el voto del magistrado Ramos Núñez, y el voto del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera, convocado para dirimir la discordia suscitada por el voto singular del magistrado Blume Fortini, pronuncia la siguiente sentencia.

Además, se incluyen el fundamento de voto del magistrado Ramos Núñez y el fundamento de voto del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Ángelo Cárdenas Serrano en representación de la empresa Horse Brown SAC contra la resolución de fojas 44, de fecha 29 de agosto de 2013, expedida por la Cuarta Sala Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 12 de julio de 2013, la recurrente interpone demanda de *habeas corpus* contra el Servicio de Parques de Lima (Serpar), con el fin de que le entreguen los animales que la emplazada mantiene en su poder y que se encuentran en el Parque Los Anillos y en el Parque La Muralla. Alega la vulneración del derecho de propiedad.

La recurrente manifiesta que la empresa demandada viene usando, disfrutando y disponiendo sin su autorización de 5 caballos, 3 ovejas y 22 cabras que se encuentran en el Parque Los Anillos; y de 2 equinos y 16 caprinos que se hallan en el Parque La Muralla, todos ellos de su propiedad. Aduce que el 15 de mayo de 2013 cursó a la demandada una carta notarial solicitándole la entrega de dichos animales por haber

vencido, el 31 de marzo de 2012, el contrato de concesión que ambas suscribieron, pero que Serpar no solo se niega a devolverlos sino que, además, sigue usándolos y disfrutándolos como si fueran de su propiedad. Agrega que la demandada impide el ingreso de los trabajadores de la recurrente para poder alimentar a los animales, que también serían maltratados.

Refiere que Serpar tiene secuestrados "sin orden judicial" a sus animales, lo que vulnera el respeto a la vida y a la dignidad en el trato de los animales. Manifiesta que los animales son objeto de protección por parte del ordenamiento jurídico y que el Estado tiene el deber de buscar su bienestar y prohibir su maltrato. Asimismo, que se debe respetar la relación que existe entre los animales, sus propietarios y las personas que se encargan de su alimentación, salud y cuidado; lo que al no realizarse, en su caso, estaría afectando su salud personal y familiar.

El Vigésimo Octavo Juzgado Penal de Lima, con fecha 18 de julio de 2013, declaró la improcedencia liminar de la demanda por considerar que los hechos y el petitorio no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libertad personal, toda vez que el derecho involucrado en el caso de autos es el derecho de propiedad, el mismo que no se encuentra protegido por el *habeas corpus*.

En su recurso de apelación, la recurrente expone que lo que pretende, en esencia, es la defensa de la vida, la dignidad y la salud de los animales de propiedad de su representada. Señala que, conforme al artículo 2.1 de la Constitución, existe un deber del Estado de proteger la vida y el bienestar de los animales, por lo que al no permitirle visitar a sus animales se está generando maltrato y poniendo en peligro su vida.

La Cuarta Sala Penal para Procesos con Reos en Cárcel de Lima, con fecha 29 de agosto de 2013, confirmó la apelada por considerar que los hechos acaecidos en relación con la entrega de los animales del recurrente, en realidad, no tienen incidencia en el derecho a la libertad personal, por lo que la causa debía ser tramitada en otra vía distinta de la constitucional.

En el recurso de agravio constitucional la recurrente reitera los fundamentos expuestos en la demanda.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. El objeto de la demanda es que se entregue a la recurrente los animales que el emplazado Servicio de Parques de Lima (Serpar-Lima) mantiene en su poder y que se encuentran en el Parque Los Anillos y en el Parque La Muralla. La

demandante refiere que no se puede permitir el maltrato de los animales, pues estos se encuentran en una posición de inferioridad y porque la sociedad demanda "valores como son el respeto a la vida y la dignidad en el trato". Por ello, su pretensión tiene como finalidad evitar el sufrimiento innecesario de los animales de su propiedad.

Procedencia de la demanda

2. La parte demandante ha alegado la vulneración del derecho de propiedad, pues señala que Serpar se niega a entregar a sus animales pese a que mediante carta notarial de fecha 15 de mayo de 2013 le ha exigido la devolución de los mismos; y señala, además, que la parte demandada viene disfrutando de ellos sin su autorización.

3. Asimismo, indica que la emplazada impide que se encargue de la alimentación, salud y cuidado de los animales, por lo que están expuestos a maltrato y crueldad y sus vidas se encuentran en constante amenaza y peligro. Afirma que el Estado tiene la obligación especial de protección a los animales.

4. Señala, también, — y este Tribunal entiende que es a título personal— que se está menoscabando la relación de afecto existente entre el recurrente y los animales a causa de dicho impedimento, lo que "está afectando su salud personal como familiar", de modo que se estarían vulnerando otros derechos fundamentales vinculados a la dignidad del recurrente como el libre desarrollo de la personalidad.

5. Sin embargo, los derechos fundamentales a la propiedad y el libre desarrollo de la personalidad no son derechos susceptibles de protección a través del proceso de *habeas corpus*, toda vez que este, conforme al artículo 25 del Código Procesal Constitucional, protege la libertad individual y sus derechos conexos, derechos que, según se advierte del análisis de los hechos, no estarían comprometidos.

6. En ese sentido, en aplicación del artículo 37, incisos 12 y 25 del mismo código adjetivo, este Tribunal considera que la pretensión del presente caso debe abordarse a través del proceso de amparo y no mediante el *habeas corpus*.

Reconversión del proceso de *habeas corpus*

7. Para verificar si se presentan los presupuestos de la reconversión del proceso a uno de amparo, la sentencia recaída en el Expediente 05761-2009-PHC/TC ha establecido 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 de la 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 procede 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.

8. En el presente caso, el proceso se encuentra en última instancia. En cuanto al plazo de prescripción de la demanda, se advierte que, por constituir una omisión la supuesta negativa de Serpar de entregar los animales a la parte recurrente, el plazo no transcurre, de conformidad con el artículo 44, inciso 5 del Código Procesal Constitucional; y dado que la afectación denunciada contra el derecho al libre desarrollo de la personalidad es de naturaleza continuada, el plazo no se inicia hasta que el acto lesivo haya cesado totalmente, de acuerdo con el artículo 44, inciso 3 del mismo código.

9. También se aprecia que la demandante tiene legitimidad para obrar por cuanto de autos se advierte que se encuentra en una posición habilitante para solicitar la protección del derecho a la propiedad, toda vez que ha acreditado ser el representante legal de la empresa Horse Brown SAC que es parte de la relación jurídico-sustantiva que da origen al conflicto de intereses. De igual manera, se aprecia que los efectos de la interrupción de la relación de afecto entre el recurrente y los animales recae en su esfera personal, por lo que a título personal también está legitimado para obrar en protección de su derecho al libre desarrollo de la personalidad. Asimismo, no existe variación del petitorio o fundamentación fáctica del caso.

10. En lo que concierne a la irreparabilidad del derecho y/o a la urgencia del caso, corresponde señalar que en la medida que han transcurrido más de tres años desde la presentación de la demanda y, en vista de que la parte demandante ha alegado que los animales están expuestos a maltrato y crueldad y que corren el peligro de perecer, corresponde que el Tribunal se pronuncie con la mayor celeridad.

11. Finalmente, con respecto a la preservación del derecho de defensa de la demandada, se debe indicar que de autos se verifica que la emplazada ha sido notificada en varias ocasiones con cada uno de los diversos actos procesales posteriores al concesorio del recurso de apelación. De modo que, pese a que la demanda no se admitió a trámite, en autos se verifica que existen suficientes elementos de juicio para emitir un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia (principio de

economía procesal) y que la emplazada fue debidamente notificada a partir del concesorio de la apelación, por lo que el rechazo liminar de la demanda no ha afectado su derecho de defensa.

12. Por tales razones, el Tribunal considera que es competente para resolver el fondo de la controversia y resolverlo conforme corresponde a un proceso de amparo.

Consideraciones del Tribunal Constitucional

13. La demandante ha planteado cuestiones de importancia vinculadas con el tratamiento jurídico de los animales no humanos y de la relación de estos con los seres humanos. En concreto, de lo expuesto por la recurrente se debe verificar lo siguiente: i) si existe un deber especial del Estado de proteger a los animales del maltrato y la crueldad; ii) si la negativa de Serpar-Lima de entregar a los animales menoscaba el derecho de propiedad de la empresa que representa; y iii) si la interrupción de la relación de afecto que tiene el recurrente con los animales vulnera su dignidad y derecho al libre desarrollo de la personalidad.

14. Antes de analizar el caso de autos es menester examinar, en primer lugar, si desde la Constitución se desprende algún deber del Estado y los particulares respecto de los animales no humanos y, de ser el caso, habría que determinar cuál sería su contenido y qué comportamientos resultan en ese sentido exigibles; y, en segundo lugar, cómo se vinculan las relaciones entre los seres humanos y los animales no humanos con el ejercicio de los derechos fundamentales.

Los deberes constitucionales hacia los animales no humanos

15. En esta sección, entonces, es de interés particular determinar si existe algún deber constitucional hacia los animales no humanos. De antemano, vale precisar que la Constitución no reconoce a los animales no humanos en ninguno de los derechos fundamentales consagrados en su texto. Es más, el artículo 1 consagra que "la defensa de la persona *humana* y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado" (cursivas agregadas) y todas las demás cláusulas constitucionales y el sistema jurídico en su conjunto están diseñados precisamente para asegurar el respeto de su dignidad y bienestar, con todo lo que ello implica.

16. En efecto, la persona humana es un individuo claramente distinto a otros seres, pues además de una constitución biológica y psicológica complejas, posee capacidades morales que no se repiten en igual grado en otros animales. Los humanos persiguen intereses que no se reducen únicamente a necesidades estrictamente sensoriales como la ausencia del dolor, sino que se extiende a una

amplia e interminable gama de necesidades y relaciones para su calidad de vida, como la amistad, la familia, la educación, el arte, la cultura, el trabajo, el ocio, la participación política, etc., respecto de las cuales el Estado cumple un conjunto de obligaciones, como son: las de respetar, proteger, garantizar, promover y, eventualmente, reparar.

17. Sin embargo, los animales no humanos, por ejemplo, los animales vertebrados domésticos o silvestres mantenidos en cautiverio, no tienen, en general, ninguno de estos intereses ni cualquier otro que esté más allá de que no se le infrinja dolor y sufrimiento físico. De hecho, *prima facie* los animales no tienen una dimensión moral: no realizan juicios acerca de lo bueno y lo justo, y tampoco tienen motivos que puedan ser evaluados moralmente. Su comportamiento está predeterminado por sus instintos naturales y no por la libertad, en virtud de la cual se "eligen" los fines que se van a perseguir como consecuencia de una deliberación interna de razones. No poseen autogobierno normativo.

18. Pero ¿esta diferencia notoria entre los seres humanos y los animales no humanos, aunque en diferentes grados, los relega de cualquier valoración que se desprenda de la Constitución? En principio, no se debe descartar *prima facie* que la Constitución pueda entrañar alguna consecuencia normativa para los animales no humanos como los animales vertebrados domésticos o silvestres mantenidos en cautiverio, puesto que su marco regulador no se agota en su texto literal. Debemos tener en cuenta que es un deber del Tribunal Constitucional "identificar los contenidos valorativos dispuestos en la Carta Fundamental, que la erigen como la *letra viva* que plasma la propia esencia cultural de nuestra sociedad, y que son el fundamento tanto para reconocer las dificultades y contingencias del presente como para avizorar las eventuales soluciones a futuro" (Expediente 00008-2003-AI/TC, FJ 5).

19. En este contexto, la interpretación de la Constitución que se realice sobre el particular debe tomar en consideración no solo la convivencia pacífica entre los seres humanos y la justa distribución de los derechos, las libertades y los deberes en la sociedad, sino que también debe prestar atención a las exigencias que puedan desprenderse de la relación entre el ser humano y el medio ambiente en general y, especialmente, entre el ser humano y los demás seres vivos, pues como sostuvo el Tribunal, el ser humano "debe actuar en armonía y en convivencia pacífica con los demás seres vivos" (Expediente 00042-2004-AI/TC, FJ 25). En tal sentido, se advierte que la persona humana y su ámbito cultural finalmente forman parte de una unidad que toda interpretación que se haga de la Norma Fundamental no puede desconocer.

20. Lo expuesto conduce al siguiente razonamiento: si tenemos que la Constitución consagra el deber del Estado y de los particulares de respetar la vida de las personas, su integridad física, psíquica, su bienestar y su salud, entre otras dimensiones; si prohíbe toda forma injustificada de violencia física, psíquica, de tortura, de trato inhumano, de humillaciones; si prohíbe la esclavitud, la servidumbre, la trata de seres humanos, entre otros padecimientos; es razonable afirmar que la producción del dolor, el sufrimiento y la crueldad hacia los humanos es una preocupación trascendental y constante de nuestra Constitución, lo que exige normar las medidas que las eviten y puedan abolirlas.

21. Y es que la eliminación de todas las modalidades de sufrimiento y crueldad físicas contra los humanos ha sido la justificación de las formas más básicas de protección de los sistemas jurídicos modernos de talante liberal. La exclusión de los padecimientos humanos físicos se cuenta entre las primeras defensas instituidas por el derecho penal y el derecho constitucional en sus formas de reacción punitiva y reconocimiento de inmunidades.

22. Si el sufrimiento físico que puede sentir un ser humano es una razón de peso para que exista un deber jurídico de no causarle sufrimiento físico ¿por qué habría que restringir esta consideración a otros seres distintos de los humanos con las mismas capacidades de sentir?

23. El hecho de que un animal no humano, por ejemplo, los animales vertebrados domésticos o silvestres mantenidos en cautiverio, sufra dolor físico desproporcionado o injustificado debe merecer una diferencia práctica en el ámbito de nuestros deberes jurídicos, más aún si dicho supuesto comparte la característica de situación límite que también es propia de los humanos cuando son objeto de padecimientos físicos. Los animales no humanos, por ejemplo, los animales vertebrados domésticos o silvestres mantenidos en cautiverio, sí poseen el interés más elemental de todos los seres vivos: el que no se les haga sufrir injustificadamente. Es verdad que el sufrimiento físico de los humanos puede ser, ciertamente, mucho más intenso que el de los otros animales, dada su compresión de las circunstancias a las que son sometidos y de las consecuencias que ello pudiera acarrear en el futuro; pero debemos tener presente que, aunque esta característica no esté presente en los demás animales, dicha ausencia no anula la relevancia moral de su sufrimiento en el despliegue de deberes para con ellos.

24. Desde la Constitución no es posible derivar un "derecho" de los seres humanos a tratar cruelmente o hacer sufrir a los animales no humanos. Por el contrario, de la Norma Fundamental se desprende que es un deber jurídico general de los

humanos el no causar a los animales no humanos, tales como los animales vertebrados domésticos o silvestres mantenidos en cautiverio, dolor y sufrimiento desproporcionado e injustificado. Por consiguiente, dicho deber no pertenece únicamente al ámbito de los deberes morales o, si se quiere, al terreno de lo extrajurídico, sino que es de recibo en nuestro marco constitucional y, en ese sentido, goza de fuerza normativa.

25. En esta línea de razonamiento es que se ha expedido la Ley 30407, de Protección y Bienestar Animal, cuyo artículo 5.1 ha establecido el deber de toda persona "de procurar la protección y el bienestar de los animales, cualquiera sea su especie, evitando causarles daño, sufrimiento innecesario, maltrato de tipo físico que altere su normal comportamiento, lesión o muerte". De igual manera, e1 artículo 1 de la misma ley ha impuesto al Estado el deber de establecer "condiciones necesarias para brindar protección a las especies de animales vertebrados domésticos o silvestres y para reconocerlos como *animales sensibles*, los cuales merecen gozar de buen trato por parte del ser humano y vivir en armonía con su medio ambiente" (cursivas agregadas).

Los derechos fundamentales y las relaciones entre seres humanos y animales no humanos

26. Ahora bien, la existencia de un deber de no hacer sufrir injustificadamente a los animales no humanos como los animales vertebrados domésticos o silvestres mantenidos en cautiverio, no es incompatible con las relaciones que entre los seres humanos y aquellos se puedan establecer. Debe recalcarse que el respeto hacia ellos no conlleva a afirmar que la situación jurídica de los mismos deba superar su consideración como objetos de derecho. Mientras no se inflija dolor y sufrimiento innecesarios, la relación entre los seres humanos con los animales no humanos como los animales vertebrados domésticos o silvestres mantenidos en cautiverio, puede enmarcarse incluso en el ámbito del ejercicio de diferentes derechos fundamentales de la persona.

27. Las relaciones entre seres humanos y animales no humanos como los animales vertebrados domésticos o silvestres mantenidos en cautiverio pueden integrar o ser parte de los objetos correspondientes a diversas posiciones de derechos fundamentales. De esta manera, el Tribunal considera que entre los derechos fundamentales de la persona cuyo contenido puede concretizarse a través de dichas relaciones, sin ánimo de exhaustividad, se encuentran los siguientes:

a) El derecho al medioambiente equilibrado y adecuado

28. El Tribunal Constitucional ya se ha referido con anterioridad al contenido del derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida (Expedientes 00018-2001-AI/TC, 00964-2002-AA/TC, 00048-2004-PI/TC, 01206-2005-AA/TC, 03343-2007-PA/TC, 00470-2013-PA/TC, entre otras). En ese sentido, se ha establecido que dicho derecho fundamental está configurado por: i) el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado y ii) el derecho a la preservación de un ambiente sano y equilibrado.

29. Se ha mencionado que "en su primera manifestación, comporta la facultad de las personas de poder disfrutar de un medio ambiente en el que sus elementos se desarrollan e interrelacionan de manera natural y armónica. La intervención del ser humano no debe suponer, en consecuencia, una alteración sustantiva de la indicada interrelación. En suma, se debe tutelar del ambiente adecuado para el desarrollo de la persona y de su dignidad (artículo 1 de la Constitución). De lo contrario, su goce se vería frustrado y el derecho quedaría, así, carente de contenido. Sobre el segundo acápite, se ha establecido que el derecho a la preservación de un ambiente sano y equilibrado entraña obligaciones ineludibles para los poderes públicos de mantener los bienes ambientales en las condiciones adecuadas para su disfrute. Evidentemente, tal obligación alcanza también a los particulares, particularmente a aquellos cuya actividad económica incide, directa o indirectamente, en el ambiente" (sentencia Expediente 03343-2007-PA/TC, fundamento 4).

30. Este derecho, a su vez, implica facultades que pueden ser catalogadas como libertades negativas (de no dañar el medioambiente) o también como libertades positivas (evitar, proteger y/o reparar los daños inevitables que se produzcan). En el primer caso, se advierte entonces la obligación de los particulares y del Estado de abstenerse de realizar cualquier tipo de actos que afecten al ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida humana. En el segundo caso, puede señalarse que este derecho impone a los particulares y al Estado tareas u obligaciones destinadas a conservar el ambiente equilibrado, las cuales se traducen, a su vez, en un haz de posibilidades, dado que tales obligaciones no solo suponen tareas de conservación, sino también de prevención y, evidentemente, de reparación o compensación de los daños producidos. En este sentido, corresponde enfatizar que la prevención y, desde luego, la realización de acciones destinadas a ese fin tiene especial relevancia, ya que siempre es preferible evitar el daño (principio de prevención y principio de precaución) a tener que indemnizar perjuicios que pueden ser sumamente costosos para la sociedad (cfr. sentencia Expediente 03343-2007-PA/TC, fundamento 5).

31. De otra parte, cabe reiterar que las disposiciones constitucionales referidas a las relaciones entre los individuos, la sociedad y el medioambiente constituyen la denominada Constitución Ecológica (cfr. sentencias Expediente 03610-2008-PA/TC, fundamento 33; y Expediente 03343-2007-PA/TC, fundamento 8), la cual expresamente tiene correlato en los artículos 66, 67, 68 y 69 de la Norma Fundamental. De tales normas constitucionales se deriva un conjunto de acciones que el Estado se compromete a desarrollar y promover, con el fin de preservar y conservar el ambiente frente a las actividades humanas que pudieran afectarlo. Esta política nacional debe permitir el desarrollo integral de todas las generaciones de peruanos que tienen el derecho de gozar de un ambiente adecuado para el bienestar de su existencia (cfr. sentencia Expediente 03343-2007-PA/TC, fundamento 9).

32. Asimismo, corresponde reiterar, como ya lo ha hecho en anteriores oportunidades el Tribunal, que dicha regulación constitucional se materializa, por ejemplo, en el artículo 9 de la Ley 28611, General del Ambiente, que desarrolla los alcances de los artículos constitucionales bajo comentario, al establecer que "la Política Nacional del Ambiente tiene por objetivo mejorar la calidad de vida de las personas, garantizando la existencia de ecosistemas saludables, viables y funcionales en el largo plazo; y el desarrollo sostenible del país, mediante la prevención, protección y recuperación del ambiente y sus componentes, la conservación y el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, de una manera responsable y congruente con el respeto de los derechos fundamentales de la persona" (Expediente 03343-2007-PA/TC, FJ 10).

33. Los animales en tanto recursos naturales renovables integran el medioambiente en calidad de elementos naturales que pueden ser de utilidad, beneficio o aprovechamiento material o espiritual para el hombre (cfr. Expediente 00048-2004-PI/TC, FJ 27).

34. En ese entendido, la protección de los animales no humanos se desprende del ejercicio del derecho a la preservación de un ambiente sano y equilibrado, derecho que entraña obligaciones ineludibles para los poderes públicos y para los particulares. Así, este último derecho, en el caso de los animales no humanos, ampara la obligación negativa de no dañarlos, y obligaciones positivas u obligaciones de conservación, reparación (en el caso de daños inevitables), prevención y precaución de daños.

35. En todo caso, en la dimensión objetiva de este derecho subyace el valor constitucional de la protección del medioambiente y, en concreto, de la diversidad biológica (artículo 68 de la Constitución) que, evidentemente, incluye a los ani-

males domésticos o de compañía, animales de granja, animales silvestres, animales vertebrados acuáticos, entre otros. En ese sentido, el legislador ha desarrollado dicho mandato constitucional a través de la Ley 30407, en la que ha establecido un conjunto de principios de actuación, a saber: el principio de protección y bienestar animal, el principio de protección de la biodiversidad, el principio de armonización con el derecho internacional y el principio precautorio. Además, en los artículos 5 y 7 de la referida Ley 30407, el legislador ha determinado cuáles son los deberes de las personas y del Estado en relación a la protección y bienestar animal, así como también ha fijado un conjunto de prohibiciones de prácticas que puedan atentar contra dicha protección (entre las que se encuentra la prohibición de que los animales de compañía sean destinados al consumo humano) y ha establecido sanciones de índole administrativa y penal ante su inobservancia.

b) El derecho al libre desarrollo de la personalidad

36. Con relación al derecho al libre desarrollo de la personalidad, se ha señalado que este derecho se encuentra reconocido por el artículo 2, inciso 1 de la Constitución, según el cual toda persona tiene derecho "a su libre desarrollo" (Expediente 03901-2007-PA/TC, FJ 8). Asimismo, el Colegiado ha precisado que "si bien en este precepto no se hace mención expresa al concreto ámbito que libremente el ser humano tiene derecho a desarrollar, es justamente esa apertura la que permite razonablemente sostener que se encuentra referido a la personalidad del individuo, es decir, a la capacidad de desenvolverla con plena libertad para la construcción de un propio sentido de vida material en ejercicio de su autonomía moral, mientras no afecte los derechos fundamentales de otros seres humanos" (Expediente 00032-2010-PI/TC, FJ 22).

37. En todo caso, en el reconocimiento del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad (artículo 2, inciso 1 de la Constitución), resulta implicado, a su vez, el reconocimiento constitucional de una cláusula general de libertad a través de la cual la libertad natural del ser humano se juridifica, de modo que se impide a los poderes públicos y a los particulares la limitación de la autonomía moral de acción y de elección de la persona humana, incluso en los aspectos de la vida cotidiana que la mayoría de la sociedad pudiera considerar banales o triviales, a menos que exista un valor constitucional que fundamente dicho límite, y cuya protección se persiga a través de medios constitucionalmente razonables y proporcionales (cfr. Expediente 00032-2010-PI/TC, FJ 23).

38. Es en este marco de protección constitucional de la libertad humana en el que cabe situar las relaciones entre las personas y los animales no humanos domésticos. En efecto, en la medida que el derecho al libre desarrollo de la personalidad

protege la libertad de actuación de toda persona orientada a alcanzar su propia realización personal (Expediente 02437-2013-PA/TC FJ 34), la opción por la asistencia animal en el caso de personas con discapacidad, la tenencia de una mascota a título personal o en el seno familiar, así como la decisión de contribuir, a nivel individual o colectivo, con la protección y resguardo de aquellos animales domésticos desamparados o animales nativos o exóticos en peligro, constituyen parcelas de libertad o facultades consustanciales con la estructuración y realización de la vida privada y social de una persona, las mismas que, en cuanto tales, se encuentran sustraídas a cualquier intervención estatal o particular que no sea razonable ni proporcional para la salvaguarda y efectividad del sistema de valores que la misma Constitución consagra (cfr. Expediente 02868-2004-AA/TC, FJ 14).

39. En primer lugar, en los casos de las personas que presenten alguna discapacidad, la asistencia animal constituye un ajuste razonable, en tanto medida orientada a permitir que el entorno o ambiente social en el que aquellas interactúan no sea hostil a sus requerimientos y necesidades (cfr. Expedientes 02437-2013-PA/TC, FJ 36), de conformidad con los artículos 2, 3, literales a), c) y g), 4 y 9 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y que a nivel legislativo ha sido recogido en la Ley 29830 "que promueve y regula el uso de perros guía por personas con discapacidad visual".

40. Como ya se ha indicado, en el supuesto concreto de las personas con discapacidad visual, la asistencia de un perro guía les posibilita el ejercicio de sus derechos con el propósito de que puedan desenvolverse autónomamente en los establecimientos abiertos al público, gocen de una plena movilidad personal e interactúen con la mayor independencia posible (cfr. Expediente 02437-2013-PA/TC, FJ 35), lo que a su vez guarda una relación intrínseca con el derecho a la igualdad y, en concreto, con el derecho de las personas con discapacidad a no ser discriminadas por indiferenciación (artículo 2, inciso 2 de la Constitución) con el derecho a gozar de un ambiente adecuado al desarrollo de su vida (artículo 2, inciso 22 de la Constitución) y con el cumplimiento de obligaciones de asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos y libertades de las personas con discapacidad (artículo 7 de la Constitución).

41. En segundo lugar, el Tribunal no puede ignorar que en el caso de los animales no humanos que conviven en calidad de mascotas con seres humanos en el ámbito de su intimidad personal y familiar, los lazos de afecto y empatía que se construyen entre ambos logran alcanzar niveles que se aproximan o incluso son similares y/o mayores, en algunas circunstancias, a los establecidos con cualquier otro

miembro de la familia o del medio social (así lo sostiene, por ejemplo, la Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-035/97, M.P. Hernando Herrera Vergara), relaciones que a su vez dan cuenta de las capacidades y potencialidades de la realización humana. Por esta razón, tales relaciones requieren de protección constitucional a través del derecho al libre desarrollo de la personalidad, de modo que este último comprende también el derecho a la tenencia de animales domésticos.

42. Asimismo, cabe advertir que en el caso concreto de la tenencia de animales en viviendas integrantes de condominios o conjuntos residenciales, en aras del respeto del derecho a la intimidad personal y familiar, reconocido en el artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el artículo 2, inciso 7 de la Constitución, que consiste en el derecho a no ser perturbado (cfr. Expediente 00009-2014-PI/TC, FJ 7) o a no ser "molestado a fin de resguardar un espacio de privacidad personal y familiar, libre de cualquier de intromisión de otros, sin el consentimiento de su titular" (así lo sostiene, por ejemplo, la Corte Constitucional de Colombia en la citada Sentencia T-035/97), la regulación sobre las normas de tenencia de mascotas debe sujetarse a unas reglas mínimas de proporcionalidad, razonabilidad, de conformidad con la Norma Fundamental, con el fin de garantizar la convivencia pacífica entre vecinos, sin perjuicio del cumplimiento de las normas que respecto a la tenencia de mascotas potencialmente peligrosas establezca el legislador en el marco de sus competencias, como es el caso de la Ley 27596 "que regula el régimen jurídico de canes".

43. No obstante, como todo ejercicio de un derecho comporta el despliegue de deberes, y la tenencia de mascotas, en tanto decisión personal y/o familiar, está sujeta a la observancia de las normas sanitarias y de seguridad que, para tal efecto, pudieran establecer las autoridades competentes, para no afectar derechos fundamentales de terceros, como es el caso, por ejemplo, de aquellos animales considerados como potencialmente peligrosos.

44. Asimismo, dicha tenencia debe ejercerse sobre la base del cumplimiento de un deber de cuidado respecto a la propia mascota, que se manifiesta en atender sus necesidades de desplazamiento y esparcimiento, alimentación debida, limpieza, abrigo, medicamentos, vacunación y consultas médico-veterinarias de ser el caso, entre otras medidas indispensables que impidan su sufrimiento innecesario, lesión o muerte y, por el contrario, posibiliten la conservación de la vida de tales animales en salubridad, para que de esta manera puedan darse las condiciones apropiadas para la convivencia entre estos y los seres humanos, en la línea de lo establecido en los artículos 5, 21, 22 y 27 de la Ley 30407.

45. En tercer lugar, se encuentra también protegida por el derecho al libre desarrollo de la personalidad, la afición por la crianza, educación y exposición de animales con fines de entretenimiento, recreación e, incluso, propósitos económicos, siempre que dichas actividades sean de carácter lícito (así lo sostiene, por ejemplo, la Corte Constitucional de Colombia en la citada Sentencia T-035/97) y mientras se cumpla con el deber de especial cuidado del animal, según lo detallado *supra*, de conformidad con los artículos 22, literal b); 24, literal b); 26, literal c); y 27, literales b), d) y e) de la Ley 30407 antes citada.

c) El derecho de propiedad

46. El Tribunal, en reiteradas ocasiones, ha señalado que el derecho de propiedad es un derecho fundamental que guarda una estrecha relación con la libertad personal, pues a través de él se expresa la libertad económica que tiene toda persona en el Estado social y democrático de derecho (cfr. Expediente 03258-2010-PA/TC, FJ 2). Se trata de un derecho que garantiza la existencia e integridad de la propiedad (corporal o incorporal) para el propietario, así como la participación del propietario en la organización y el desarrollo de un sistema económico-social, como lo dispone el artículo 70 de la Constitución (cfr. Expediente 03258-2010-PA/TC, FJ 2).

47. Por consiguiente, el derecho de propiedad faculta a su titular para usar, gozar, explotar y disponer de ella, siempre y cuando, a través de su uso, se realice la función social que le es propia; en ese sentido, el artículo 70 de la Constitución bajo comentario precisa que el derecho de propiedad se "ejerce en armonía con el bien común" e incluye, además, el derecho de defender la propiedad contra todo acto que tenga efectos de privación en la integridad de los bienes protegidos (sentencia Expediente 03258-2010-PA/TC, fundamento 3).

48. Asimismo, como ya se ha señalado en el Expediente 05614-2007-PA/TC, el derecho de propiedad se caracteriza, entre otras cosas, por ser: a) un derecho pleno, en el sentido de que le confiere a su titular un conjunto amplio de atribuciones que puede ejercer autónomamente dentro de los límites impuestos por el ordenamiento jurídico y los derechos ajenos; y b) un derecho irrevocable, en el sentido de reconocer que su extinción o transmisión depende de la propia voluntad del titular y no de la realización de una causa extraña o del solo querer de un tercero, salvo las excepciones que prevé expresamente la Constitución Política (cfr. Expediente 03258-2010-PA/TC, FJ 4).

49. En suma, el goce y ejercicio del derecho de propiedad solo puede verse restringido en los siguientes supuestos: a) ley previa; b) necesidad;

c) proporcionalidad; y d) hacerse con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática. En conclusión, el derecho de propiedad solamente puede ser materia de restricciones por las causas y finalidades señaladas en la propia Constitución (cfr. Expediente 03258-2010-PA/TC, FJ 5).

50. Ahora bien, en el caso de los animales domésticos, de granja, silvestres en cautiverio y vertebrados acuáticos en cautiverio, ellos pueden constituir objeto de propiedad de conformidad con las reglas establecidas en los artículos 930, 931, 946, 1521, 1522 del Código Civil e, incluso, comprometer a su propietario en supuestos de responsabilidad extracontractual, como lo establece el artículo 1979 del referido Código.

51. En tal sentido, respecto de tales animales, el propietario puede disponer, usar, disfrutar o reivindicar, por ser estos atributos de su derecho fundamental a la propiedad. En todo caso, el impedimento del ejercicio de tales atributos por parte de un tercero ha sido sancionado por el Código Penal en sus artículos 189-A, 189-B y 189-C, relativos al abigeato, establecido en el Capítulo II A del Título V "Delitos contra el Patrimonio". Asimismo, la falta de diligencia en la custodia de los animales que ingresan en un inmueble ajeno ha sido sancionada en el artículo 447 del Código en mención.

52. Cabe destacar que dicha regulación tiene sentido en cuanto se advierte que, en principio, los animales carecen de la autonomía moral que es propia de los seres humanos. De modo que es comprensible que, a efectos de regular determinadas situaciones jurídicas, el legislador se haya referido a los animales, en general, en términos de objetos de Derecho o a lo mucho, como sujetos pasivos sin derechos (cita de Norberto Bobbio realizada en ESCARTÍN Montserrat y Txetxu AUSÍN. En "Ética animal". *Revista de Bioética y Derecho de la Universidad de Barcelona*, N.º 12, enero 2008, p. 28), enfoque que, sin embargo, puede ser objeto de cuestionamiento y debate, como de hecho ocurre, desde colectivos animalistas de la sociedad civil cuyas demandas, en no pocas ocasiones, suelen ir más allá del pedido de no maltrato hacia los animales.

53. En todo caso, la concepción de los animales, en concreto, como objetos de propiedad se encuentra también presente en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), como se aprecia en el Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador (Fondo, Reparaciones y Costas), en el que la Corte IDH señaló que, en razón de la matanza de animales por parte de efectivos militares, entre otros actos, el Estado salvadoreño "violó el derecho a la propiedad privada reconocido en el artículo 21.1 y 21.2 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo instru-

mento, en perjuicio de los familiares de las víctimas ejecutadas de las masacres" (Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 25 de octubre de 2012. Serie C N.º 252, párr. 202).

d) El derecho a la libertad de creación científica

54. El artículo 2, inciso 8 de la Constitución reconoce el derecho de toda persona a la libertad de creación científica, de conformidad, además, con el artículo 14.3 del Protocolo de San Salvador, según el cual "los Estados Partes en el presente Protocolo se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora".

55. Ahora bien, en el ejercicio de dicha libertad puede requerirse en determinadas circunstancias de la experimentación con animales vivos para la investigación con fines científicos, lo que estaría permitido en supuestos excepcionales y siempre que no sea posible la experimentación a través de otros medios para lograr la misma finalidad, como podría ser el caso, principalmente, del diagnóstico y tratamiento de algunas enfermedades humanas y animales o para el mantenimiento de la biodiversidad, entre otros supuestos de excepción regulados en el artículo 25, literal A) de la Ley 30407. En todo caso, dicha experimentación ameritaría el cumplimiento de estándares mínimos de protección con el fin de evitar infligir innecesariamente dolor, lesión, daño grave o irreversible o causar la muerte del animal.

56. Por ello, resulta indispensable la aprobación de un Código de Ética que oriente dichas actividades excepcionales así como la intervención, en el marco de sus competencias, de los Comités de Protección y Bienestar Animal Regionales, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 11 y en la Disposición Final Complementaria de la Ley 30407. Por lo demás, constituyen límites a esta actividad, en tanto involucre la experimentación e investigación en animales vivos con fines científicos, los demás supuestos contemplados en el artículo 25 de la referida Ley 30407, entre otros de naturaleza análoga.

Análisis del caso concreto

57. La empresa demandante ha alegado la vulneración del derecho fundamental de propiedad en vista de que Serpar-Lima se ha negado a entregar sus animales, a saber, 5 caballos, 3 ovejas y 22 cabras que se encuentran en el Parque Los Anillos, y 2 equinos y 16 caprinos que se hallan en el Parque La Muralla; todos ellos de su propiedad y que corren el peligro de morir por falta de cuidado y alimentación.

58. Sobre el particular, se advierte de la carta notarial de fecha 16 de mayo de 2013 (foja 12), dirigida a Serpar-Lima, que la recurrente mantenía una relación contractual de concesión, en virtud de la cual brindaba servicios de granja interactiva en los parques La Muralla y Los Anillos, pero que el 31 de marzo de 2012 el contrato venció, por lo que se solicitó a la recurrente el retiro de su mobiliario y de sus animales.

59. Asimismo, de las cartas de fecha 24 de abril de 2012 (fojas 14 y 15) enviadas por Serpar-Lima a la demandante, se observa que se pidió a esta que retirara de los parques a los animales de su propiedad, puesto que habían sido abandonados. En las cartas se indica que el contrato de concesión se encontraba vencido desde el 31 de marzo de 2012.

60. El Tribunal no aprecia la vulneración del derecho de propiedad alegada, dado que los documentos de autos no demuestran que los animales estén en peligro de morir y, menos aún, por causa de Serpar-Lima. Es más, de la constatación policial de fecha 14 de julio de 2012 (fojas 8 y 9) presentada por la recurrente, se advierte que los animales han sido trasladados al parque Sinchi Roca, sin que haya constancia de peligro alguno para la vida de estos.

61. Tampoco se observa que la entrega de los animales haya sido denegada por la emplazada; por el contrario, la propia demandante, en su carta del 16 de mayo de 2013, consigna que Serpar-Lima la invitó a retirar sus animales, lo cual se corrobora con las cartas enviadas por Serpar-Lima que exigieron a la actora recoger a los animales, lo cual no se ha realizado según aparece en autos.

62. Por estas razones, dado que el abandono de los animales es por causa de la actora y no de Serpar-Lima y como no se advierte que los animales estén en peligro de perecer, de modo que se torne imposible el ejercicio del derecho de propiedad sobre ellos; el Tribunal considera que el referido extremo de la demanda debe ser desestimado.

63. De otro lado, en cuanto a la afectación del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad alegado por la parte demandante a título personal, supuestamente porque Serpar-Lima se niega a entregar los animales y con ello se ha interrumpido eventualmente la relación existente entre dicha parte y los animales, se advierte que dicho extremo también debe ser desestimado. Si bien el Tribunal no niega que la interrupción de la relación de afecto que puede existir entre el ser humano y los animales pueda menoscabar circunstancialmente alguna dimensión del actor en la estructuración y realización de su vida privada y en la elección de aspiraciones legítimas de vida; no obstante, en los autos se ha

observado que el abandono de los mismos es únicamente atribuible a la propia parte demandante, por lo que la emplazada no tiene responsabilidad.

64. En consecuencia, por las consideraciones antes expuestas, este extremo de la demanda también debe ser declarado infundado.

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

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la demanda de autos, la que debe ser entendida como una de amparo.

Publíquese y notifíquese.

SS.

RAMOS NÚÑEZ
LEDESMA NARVÁEZ
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

EXP. N.° 07392-2013-PHC/TC
LIMA
HORSE BROWN SAC, representado por ANGELO CARDENAS SERRANO

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO RAMOS NÚÑEZ

Emito el presente fundamento de voto porque, aunque comparta lo finalmente resuelto por mis colegas, deseo formular una serie de precisiones.

En el presente caso, la empresa demandante ha alegado la vulneración del derecho fundamental a la propiedad, en vista de que Serpar-Lima se ha negado a entregar sus animales, a saber: 5 caballos, 3 ovejas y 22 cabras, los cuales se encuentran en el Parque Los Anillos; así como 2 equinos y 16 caprinos, que se hallan en el Parque La Muralla; todos ellos de su propiedad y que correrían el peligro de morir por falta de cuidado y alimentación por parte de sus cuidadores.

Respecto a este último punto, cabe destacar que al momento de la interposición de la demanda se encontraba vigente la Ley 27265, Ley de Protección a los Animales Domésticos y a los Animales Silvestres Mantenidos en Cautiverio. Esta fue sustituida posteriormente por la Ley 30407, publicada el 8 de enero de 2016 en el diario oficial *El Peruano*, y que se encuentra actualmente vigente.

Ambas leyes derivan del deber de protección animal que se extrae de la Constitución, concretamente del artículo 2, inciso 22, referido al derecho a un ambiente equilibrado, y del artículo 68, referido a la conservación de la diversidad biológica.

Cabe destacar que, si bien lo que se discute en el presente caso es el derecho a la propiedad, no puede dejarse de lado que existe un deber, tanto de la recurrente como de la demandada, de proteger la vida y el bienestar de los animales que se encuentren a su cuidado. Además, cualquier afectación que sufran será en detrimento del derecho de propiedad del recurrente.

Sobre el particular, se advierte de la carta notarial de fecha 16 de mayo de 2013 (foja 12), dirigida por la recurrente a Serpar-Lima, que ambas mantenían una relación contractual de concesión. En virtud de la misma, la recurrente brindaba servicios de granja interactiva en los parques La Muralla y Los Anillos. Pero dicho contrato venció

el 31 de marzo de 2012, motivo por el que Serpar-Lima solicitó a la recurrente el retiro de su mobiliario y de sus animales.

Efectivamente, de las cartas de fecha 24 de abril de 2012 (fojas 14 y 15), enviadas por Serpar-Lima a la recurrente, se observa que esta solicitó el retiro de los animales materia de controversia, señalando que habían sido abandonados en sus parques. En las cartas se indica que el contrato de concesión venció el 31 de marzo de 2012.

En tal sentido, considero que no se encuentra acreditada la alegada vulneración del derecho de propiedad, pues no existen pruebas de que se haya sido impedido el retiro de los animales. Por el contrario, la propia demandante, en su carta del 15 de mayo de 2013, consigna que Serpar-Lima le invitó a retirar sus animales, lo cual se corrobora con las cartas enviadas por Serpar-Lima que exigieron a la actora recoger a los animales. Según se advierte de autos, esto no habría ocurrido.

Asimismo, de los documentos de autos no se advierte que los animales estén en peligro de morir y, menos aún, por causa de Serpar-Lima. Es más, de la constatación policial de fechas 14 de julio de 2012 (fojas 8 y 9) presentadas por la recurrente, se advierte que los animales han sido trasladados al parque Sinchi Roca, no dejándose constancia de ningún peligro para la vida de los mismos.

De otro lado, en cuanto al hecho de que se impida realizar el cuidado de los animales, en autos se ha observado que el abandono de los mismos es únicamente atribuible a la propia parte demandante, por lo que la emplazada no tiene responsabilidad.

Además, el hecho de que los cuidadores habituales de los animales no sean quienes realicen esas funciones, no implica que estos no reciban cuidados, o que se encuentren en peligro de muerte, en violación de las leyes sobre protección animal, ni ello ha sido demostrado.

Por estas razones, dado que el abandono de los animales es por causa de la actora y no de Serpar-Lima, y como no se advierte que los animales estén en peligro de perecer, de modo que se torne imposible el ejercicio del derecho de propiedad sobre ellos, consideo que se debe declarar **INFUNDADA** la demanda de autos, la que debe ser entendida como una de amparo.

S.

RAMOS NÚÑEZ

EXP. N.° 07392-2013-PHC/TC
LIMA
HORSE BROWN S.A.C. Representado(a)
por ANGELO CARDENAS SERRANO

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Coincido con el sentido de lo resuelto por mis colegas magistrados, pero con base en las siguientes consideraciones:

1. En primer lugar, coincido con lo indicado por mis citados colegas, en relación con que la demanda de hábeas corpus interpuesta debe reconvertirse a una de amparo, en la medida que se cumplen los requisitos establecidos por el Tribunal Constitucional en la STC Exp. n.° 05761-2009-PHC. En consecuencia, considero que corresponde a este órgano colegiado debe admitir a trámite la discusión que se plantea, sin rechazarla liminarmente.

2. Si bien estoy de acuerdo con que los animales (no humanos), sin perjuicio de otras importantes consideraciones, pueden ser objeto del derecho de propiedad con los atributos que se reconocen en nuestro Código Civil, conviene precisar asimismo que ellos no son cualquier tipo de bien, sino se tratan de seres vivos, vulnerables y con capacidad de sufrimiento. Por ende, y de ser el caso, el ejercicio del derecho de propiedad sobre ellos supone ciertos deberes negativos de protección, así como otros positivos de cuidado, estos últimos referidos a ciertas atenciones elementales como brindarles alimentación, agua, un espacio en el que puedan permanecer, entre otros.

3. Lo anterior, insisto, sin perjuicio de otras importantes discusiones relativas a si los animales no humanos (cuando menos algunos de ellos) son seres sintientes, a su grado de autoconciencia o de inteligencia, o a si finalmente resulta posible acceder de alguna forma de conocimiento certero sobre los asuntos planteados, lo cual se encuentra relacionado con una posible fundamentación no especista de los derechos, es decir, una que permita plantearnos la titularidad de los derechos más a allá de la sola adscripción o pertenencia a la especie *homo sapiens*.

4. Además de ello, coincido asimismo en reconocer que existe un deber de protección animal, el cual puede desprenderse de una interpretación conjunta del artículo 2, inciso 22 de la Constitución, referida al derecho a un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida, y del artículo 68, referido a la conservación de las diversas formas de vida (diversidad biológica). De esta manera, y en atención a que los seres humanos tenemos el deber de convivir en armonía con el medio ambiente y también de proteger la diversidad biológica, los animales no humanos se benefician de un deber de protección por parte de las personas y de la comunidad.

5. Ahora bien, con respecto al caso de autos, de los hechos se desprende que el 13 de marzo de 2012 concluyó el contrato de concesión que existía entre la empresa Horse Brown SAC y Servicio de Parques de Lima (Serpar). Luego de esa fecha la indicada empresa no recogió a los animales que estaban bajo su custodia ni del Parque "Los Anillos" ni del Parque "La Muralla", esto inclusive a pesar de que Serpar le solicitara formalmente a la referida empresa, mediante dos cartas notariales de fecha 24 de abril de 2012, que los retire.

6. Luego de unos meses, el 14 de julio de 2012, y como consecuencia de que la empresa no se llevara a los animales de las instalaciones del Serpar, la institución decidió trasladarlos al Parque "Sinchi Roca", lugar en el que han continuado dándoles los cuidados y atenciones que requieren. Y es que, precisamente el tratamiento que Serpar le viene otorgando a estos animales está relacionado con el deber de protección y cuidado que existe hacia los animales no humanos. Con base en esta lógica, ciertamente, sería irrazonable que Serpar deje a los mencionados animales a su suerte, que los entregue de modo forzoso a quienes no quieran recibirlo o, incluso, que los eliminen, siendo claro que se encontraba justificado que ellos permanecieran en las instalaciones adecuadas para ese fin.

7. A través de una carta de fecha 15 de mayo de 2013, casi un año después del traslado de los animales al Parque "Sinchi Roca", la empresa recurrente le pide a Serpar que se los entregue. En esta misma carta la empresa señala, además, que el administrador de Serpar no permite a su representante ni a su personal el ingreso a los corrales donde se encuentran los animales. Ahora bien, y no obstante lo señalado en sus alegaciones, de autos se desprende que la empresa demandante no ha brindado mayor medio de prueba para acreditar que, en efecto, su representante o su personal se hayan acercado al referido Parque para recuperar los animales. Tampoco se prueba que Serpar haya impedido o se haya negado a entregar a los animales o que desconozca la propiedad de la empresa sobre los mismos.

8. El aspecto probatorio anterior es sin duda relevante, pues si bien la carta remitida por la empresa deja constancia del pedido formal de la empresa hacia Serpar, esta última no tiene la carga de llevar y entregar a los animales en las locaciones de la propia empresa. Más bien sería la empresa, en la supuesta salvaguarda de su derecho a la propiedad, la que debería realizar todos los actos necesarios para satisfacer su interés de reivindicar los animales que pretende recuperar.

9. En suma, constato que en el presente caso no se ha acreditado fehacientemente que:

   1) La empresa haya realizado las conductas necesarias para recoger a sus animales;

   2) Serpar haya impedido que la empresa los recoja o los retire a los animales de los corrales del Parque "Sinchi Roca";

   3) Serpar se haya negado a reconocer el derecho de propiedad de la empresa recurrente sobre los animales;

   4) Los animales en referencia se encuentren en peligro.

   En ese sentido, no encuentro acreditada vulneración alguna de los derechos invocados de la demandante.

10. Ahora bien, y sin perjuicio de lo expuesto, veo que el conflicto detrás de este caso, conforme a lo previsto en el ordenamiento jurídico vigente, y hasta donde puede apreciarse de lo alegado en autos, versa sobre un bien que puede ser susceptible de reivindicación. Esto sin perjuicio de que se deba tomar en cuenta la responsabilidad de la empresa por el abandono de los animales, así como todos los gastos en los que viene incurriendo Serpar por brindarle los cuidados que requieren los animales que son objeto de esta controversia. Siendo así, considero que el asunto planteado en último término, y en atención a los específicos términos de la discusión que se ha traído a esta sede, no correspondería ser resuelto a través de en un proceso constitucional como el presente, sino más bien debería ser dilucidado en la vía ordinaria, conforme a lo dispuesto en el artículo 5, inciso 2 del Código Procesal Constitucional y en el precedente contenido en la STC Exp. n.° 02383-2013-PA.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

EXP. N.° 07392-2013-PHC/TC
LIMA
HORSE BROWN S.A.C. Representado(a)
por ANGELO CARDENAS SERRANO

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI EN EL QUE OPINA QUE SE DECLARE IMPROCEDENTE LA DEMANDA

Discrepo, respetuosamente, de la sentencia de mayoría que, pese al rechazo liminar de la demanda, la ausencia de contradictorio y la falta de medios probatorios, ha decidido emitir un pronunciamiento sobre el fondo, reconvirtiendo el proceso de hábeas corpus en uno de amparo, pues, a mi juicio, la demanda debe ser declarada IMPROCEDENTE.

Fundamento mi posición en las siguientes consideraciones:

1. Con fecha 12 de julio del 2013, don Angelo Cárdenas Serrano interpuso demanda de hábeas corpus contra Serpar Lima solicitando la entrega inmediata de unos animales (7 caballos, 3 ovejas y 38 cabras) que alegaba eran de su propiedad, que, según afirmó, mantenía en su poder la demandada, unos en el Parque Los Anillos y otros en el Parque La Muralla.

2. En tal demanda, el accionante alegó:

    a) que se había afectado su derecho de propiedad; y,

    b) que se estaba afectando el derecho a la vida y a la dignidad de sus animales.

3. El recurrente agregó que, con fecha 15 de mayo del 2013, cursó una carta notarial a la demandada solicitándole la entrega de los citados animales por haber vencido el 31 de marzo del 2012 un contrato de concesión que tenía celebrado, pero que la demandada se había negado a devolverlos, y continuaba usándolos y disfrutándolos como si fuera su dueña.

4. Asimismo, sostuvo que se le impedía el ingreso, tanto a él como a sus trabajadores, para procurarles alimentación a sus animales y que estos venían siendo maltratados por la emplazada.

5. La Constitución Política del Perú establece en el artículo 200, inciso 1, que a través del proceso de hábeas corpus se protege la libertad individual y los derechos conexos, debiendo aclararse que no obstante ello, no cualquier reclamo que alegue afectación del derecho a la libertad individual o derechos conexos, puede reputarse efectivamente como uno que merezca tutela constitucional, máxime si aquella alegación se hace bajo la cuestionada y refutada tesis que los animales tienen derechos fundamentales, lo cual no es aceptable, desde que tales derechos son de pertenencia exclusiva de los seres humanos.

6. De otro lado, para determinar la procedencia del habeas corpus es necesario analizar previamente si los actos denunciados vulneran el contenido constitucional del derecho protegido por el hábeas corpus (la libertad individual y los derechos que ella comprende) y si se alega respecto a personas.

7. De la demanda se advierte que los hechos alegados como lesivos y de afectación de los referidos animales, derivados de la supuesta no devolución de animales alegada, en modo alguno inciden negativamente sobre el derecho a la libertad individual del demandante o sus derechos conexos a ella, por lo que el habeas corpus es manifiestamente improcedente, debiendo aclarar que, con relación al derecho de propiedad alegado por el demandante, este no es tutelado por el habeas corpus sino por el amparo.

8. En tal sentido, corresponde desestimar la demanda en aplicación el artículo 5, inciso 1, del Código Procesal Constitucional.

9. Por lo demás, sin perjuicio de lo expuesto, considero que si bien es cierto que en los últimos años se ha venido legislando a favor de la protección animal (silvestres y de compañía), dicha situación, que resulta socialmente valiosa y necesaria, en modo alguno puede reorientar los fines de la jurisdicción constitucional, en tanto esta se encuentra destinada a garantizar la supremacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos fundamentales de las personas naturales. No de los animales, que son objeto de derecho y no sujetos de derecho, por lo que no tienen derechos fundamentales.

Sentido de mi voto

Mi voto es por declarar **IMPROCEDENTE** la demanda.

S.

BLUME FORTINI

EXP. N.° 4007-2005-PHC/TC
LIMA
M.H.F.C.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 27 días del mes de junio de 2019, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Blume Fortini, Miranda Canales, Ramos Núñez, Sardón de Taboada y Ledesma Narváez, pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera, aprobado en la sesión del Pleno de fecha 11 de octubre de 2016, y el abocamiento del magistrado Ferrero Costa, aprobado en la sesión del Pleno de fecha 5 de setiembre del 2017. Asimismo, se agregan los fundamentos de voto de los magistrados Miranda Canales, Espinosa-Saldaña Barrera y Ferrero Costa, y los votos singulares de los magistrados Blume Fortini y Sardón de Taboada.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Melchora Castañeda Tuesta de Flores, a favor de don M. H. F. C., contra la resolución de fojas 594, de fecha 9 de abril de 2015, expedida por la Cuarta Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró infundada la demanda de *habeas corpus*.

ANTECEDENTES

Con fecha 29 de noviembre de 2012, doña Melchora Castañeda Tuesta de Flores interpone demanda de *habeas corpus* a favor de don M. H. F. C. (hijo de la favorecida) y la dirige contra don José Pérez Guadalupe, director del Instituto Nacional Penitenciario (INPE). Solicita que se disponga el traslado del beneficiario del Establecimiento Penitenciario de Lurigancho a un centro psiquiátrico; específicamente, al Departamento de Psiquiatría del Hospital de la Policía Nacional del Perú.

La recurrente afirma que el favorecido es suboficial de la Policía Nacional del Perú y que desempeñó labores en zona de emergencia en Ayacucho, lo que le generó gra-

ves problemas psicológicos y psiquiátricos. Posteriormente se vio involucrado en la muerte de su pareja sentimental y por este hecho fue sentenciado a una pena privativa de libertad efectiva, la cual viene cumpliendo en el Establecimiento Penitenciario de Lurigancho. Sostiene la accionante que esta reclusión ha deteriorado su salud mental puesto que, a la fecha, sufre de esquizofrenia psicosis paranoide que lo ha llevado a descuidar su persona y a desconocer a su familia. Por estas razones, solicita que las autoridades del INPE trasladen al beneficiario a un hospital psiquiátrico o a la institución policial que corresponda.

A fojas 12 y 14 de autos, obra la toma de dicho del favorecido y la continuación de la referida diligencia. En ella se señala que la demanda es contra el director del Establecimiento Penitenciario de Lurigancho y no contra el director del INPE, por lo que se desiste en ese extremo del *habeas corpus.* Refiere que ha sido víctima de abuso de autoridad, pues ha sido confinado al "hueco", y de maltrato físico y psicológico por parte del director del penal. También refiere haber sido golpeado por personal policial y que se le realizó reconocimiento médico el año pasado.

El director del Establecimiento Penitenciario de Lurigancho, al rendir su declaración explicativa, señala que ha dispuesto realizar gestiones ante el hospital de la Policía

Nacional del Perú, y el hospital Víctor Larco Herrera para el traslado y atención especializada del favorecido. Conforme consta en el Informe Médico 043-2013, se citó al favorecido el 04 de noviembre del 2012 para la Junta Médica Penitenciaria conformada para la coordinación de su traslado, cita a la que no se hizo presente, y que la última atención se realizó el 22 de noviembre de 2012 por presentar un cuadro gástrico. Añade que, de acuerdo con el aludido informe, el interno recibe tratamiento especializado en la clínica del penal.

La Procuraduría Pública a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio del Interior, al contestar la demanda, señala que no se ha acreditado que la salud del favorecido se encuentre resquebrajada, y que el personal del INPE es el encargado de determinar si el estado de salud del favorecido es reciente y si ello conlleva su traslado a otra institución.

La Procuraduría Pública a cargo de los asuntos judiciales del Instituto Nacional Penitenciario se apersona al proceso e indica que no se ha acreditado la violación a los derechos fundamentales, sino, por el contrario, el favorecido ha reconocido que recibe tratamiento psiquiátrico en forma ambulatoria en el Hospital de la Policía Nacional. Agrega que el director del Penal de Lurigancho manifestó que se le brinda tratamiento médico especializado en la clínica del penal y en el Hospital de la Sanidad de la Policía. Por otro lado, alega que no se ha probado lo referido a los insultos y al aislamiento al que supuestamente ha sido sometido el beneficiario por parte del

director del Penal de Lurigancho, por lo que solo existe una mera sindicación contra el demandado.

El Vigésimo Octavo Juzgado Penal de Lima, con fecha 27 de marzo de 2013, declaró improcedente la demanda por considerar que, aunque el beneficiario ha sido diagnosticado con síndrome convulsivo, trastorno delusivo persistente, psicosis paranoide, gastritis crónica y hemorroides, ha recibido tratamiento médico adecuado, según se desprende del Informe Médico 043-2013. Agrega que no se ha acreditado la amenaza o vulneración de los derechos fundamentales del interno, toda vez que ha recibido atención psiquiátrica en el Establecimiento Penitenciario de Lurigancho; en todo caso, señala que para que el interno reciba una atención médica especializada externa, esto debe ser requerido por él ante el Consejo Técnico Penitenciario, el cual dispondrá que se conforme una junta médica que informe sobre su estado de salud, lo cual no obra en autos.

La Cuarta Sala Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 6 de junio de 2013, confirma la apelada por estimar que el favorecido recibe atención médica durante su internamiento en el Establecimiento Penitenciario de Lurigancho y que se han resguardado las condiciones de reclusión que le corresponden como persona, respetando su dignidad. La Sala indica que si bien es cierto que el beneficiario fue diagnosticado con síndrome compulsivo, psicosis paranoide, gastritis crónica y hemorroides, según lo estipula el Informe Médico 43-2013, se observa que el favorecido ha recibido tratamiento en la clínica psiquiátrica del Establecimiento Penitenciario de Lurigancho entre los años 2008 y 2012, y que se encuentra clínicamente estable. Además, advierte que en varias oportunidades ha sido trasladado al Hospital de la Policía y al Hospital Larco Herrera, que la última atención del interno el 22 de noviembre de 2012 y que el 4 de noviembre de 2012 no se presentó ante la junta médica penitenciaria para coordinar su salida al Hospital de la Policía.

La recurrente interpuso recurso de agravio constitucional en el que reitera los fundamentos de su demanda y manifiesta que el favorecido debe ser trasladado a una institución en la que reciba tratamiento especializado.

El Tribunal Constitucional, mediante resolución de fecha 30 de enero de 2014 (Expediente 03519-PHC/TC), consideró que la alegada agresión física contra el favorecido es un hecho que cesó antes de la interposición de la demanda, por lo que en este extremo aplicó el artículo 5, inciso 5, del Código Procesal Constitucional. De otro lado, delimitó el petitorio de la demanda y determinó que su objeto era el traslado de don M. H. F. C. del Establecimiento Penitenciario de Lurigancho al centro psiquiátrico del Departamento de Psiquiatría de la Policía Nacional del Perú, a fin de que

sea internado y tratado en dicho nosocomio. Al respecto, estima que el favorecido no se encuentra sujeto a una medida de seguridad de internamiento a ser cumplida al interior de un hospital, sino a una condena penal que debe ser cumplida al interior de un establecimiento penal; en consecuencia, lo que se debe dilucidar es si, de acuerdo a su estado clínico, el tratamiento médico que requiere puede ser realizado en la clínica del penal o en un nosocomio especializado. Por ello, el Tribunal resolvió que se debía realizar una correcta investigación sumaria para lo cual ordenó revocar las sentencias de las instancias judiciales del *habeas corpus*.

En mérito a la resolución de fecha 30 de enero de 2014 del Tribunal Constitucional, el juez, mediante Resolución 10, de fecha 9 de setiembre de 2014, dispuso la ampliación de la investigación y ordenó la realización de diversas diligencias (fojas 206).

El médico Carlos Nicanor La Serna Lora manifestó que trabajó en el Establecimiento Penitenciario de Lurigancho hasta junio de 2012 y que, hasta ese año, trató al favorecido. Asimismo, refiere que el beneficiario adolece de una enfermedad mental, no está consciente de sus actos, se controla con medicamentos, y requiere control permanente. Agrega que, según las evaluaciones que en su momento le practicó, el favorecido debería estar hospitalizado en un centro especializado de atención mental (fojas 215).

Mediante Oficio 649.2014.DIRFJESAN.HN.LNS.Sec se remitió copia de la Historia Clínica 557977, correspondiente a don M. H. F. C., del Hospital Nacional Luis N. Sáenz, por parte de la directora del referido hospital de la Policía Nacional del Perú (fojas 229 a la 323).

El médico psiquiatra Andrey Sindeev, quien trabaja en el Establecimiento Penitenciario de Lurigancho, declaró que entre los años 2013 y 2014 ha tratado al favorecido en diversas oportunidades, la última de las cuales fue el 11 de agosto de 2014. Refiere que, si bien en la historia clínica del favorecido existen antecedentes del tratamiento psiquiátrico en el INPE y el Hospital Larco Herrera, él ha emitido once informes en los que ha indicado que no se le encuentra alguna patología psiquiátrica, razón por la que no recibe tratamiento psiquiátrico y no requiere atención ambulatoria ni ser internado (fojas 330).

El médico psiquiatra Carlos Jaime Ángeles Pastor, quien trabaja en el Hospital Nacional de la Policía, sostuvo que evaluó al favorecido de febrero de 2008 a junio de 2009; que en febrero de 2008 el paciente presentaba ansiedad moderada con matiz depresivo, evaluación estacionaria entre los años 2008 yl 2009. Añade que, a causa del tiempo que ha dejado de tratar al favorecido, desconoce su estado de salud mental, por lo que no puede precisar si persiste su sintomatología, si debe continuar tratamiento ambulatorio en el interior del penal o ser trasladado al Hospital Nacional de

la Policía. Agrega que en el período en que lo trató no reunía los criterios clínicos para una hospitalización y su tratamiento podía ser ambulatorio; que no solo se ha realizado un informe de manera individualizada, sino que ha sido sometido a juntas médicas para corroborar su diagnóstico y tratamiento y que hasta diciembre de 2013 presentaba trastorno de adaptación (fojas 333).

El médico cirujano especialista en psiquiatría Andrés Roberto Zevallos Echevarría, quien trabaja en el Hospital Víctor Larco Herrera, refiere que ha evaluado al favorecido desde el año 2010 hasta diciembre 2014, que de manera regular lo ha visto en el año 2013, que lo ha visitado en el penal en forma periódica en el año 2014 y que también lo ha atendido en forma particular a solicitud de la madre del paciente. Manifiesta que presenta un cuadro tipo psicótico caracterizado por una esquizofrenia paranoide, de acuerdo con la décima clasificación de enfermedades mentales de la Organización Mundial de la Salud, y que para la mejor recuperación del paciente es preferible que se le interne en un centro especializado capaz de garantizar que no se deterioren su estructura psicológica y su personalidad. Agrega que las atenciones que realizó en el penal no obran en la historia clínica del Hospital Larco Herrera porque fueron particulares (fojas 369).

Mediante Oficio 418-2014-DG-HVLH/MINSA (fojas 372) se remitió la Nota Informativa 452-2014-OEI-HVLH/MINSA, por la que se remitió copia de la Historia Clínica 109447 del favorecido, correspondiente al Hospital Víctor Larco Herrera.

Por resolución de fecha 30 de diciembre de 2014, estando a las declaraciones de los médicos psiquiatras, el juez de primera instancia de *habeas corpus* dispuso que peritos del Ministerio Público le practiquen un examen psiquiátrico al favorecido. La referida evaluación psiquiátrica se realizó el 9 de enero de 2015 (fojas 401).

El Vigésimo Octavo Juzgado Penal de Lima, con fecha 28 de enero de 2015, declaró infundada la demanda por considerar que, conforme a los informes y declaraciones de los médicos, existen posiciones encontradas respecto al estado de salud del favorecido, quien finalmente fue evaluado por un perito médico psiquiatra del Ministerio Público. Dicho especialista concluyó que el beneficiario se encontraba clínica y mentalmente estable, por lo que no requería traslado a una institución psiquiátrica especializada y podía continuar su control médico psiquiátrico ambulatorio a cargo del psiquiatra del Establecimiento penal; además de continuar con el tratamiento que se le ha iniciado para la tuberculosis multidrogo y resistente que presenta.

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 similares fundamentos y porque de la revisión de los autos no se advierte que el favorecido haya sido víctima de maltratos físicos y psicológicos que afecten su salud.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. El objeto de la demanda es que el Instituto Nacional Penitenciario disponga el traslado de don M.H.F.C., del Establecimiento Penitenciario de Lurigancho al centro psiquiátrico del Departamento de Psiquiatría del Hospital de la Policía Nacional del Perú, con la finalidad de que reciba un tratamiento médico especializado, toda vez que padece de la enfermedad de esquizofrenia psicosis paranoide.

2. Este Tribunal advierte de los actuados del Expediente 01795-2015-HC/TC, que viene tramitándose a favor del mismo beneficiario, que a fojas 202 obra adjunta una copia de la sentencia que lo condenó a 10 años de pena privativa de libertad con carácter efectivo, sentencia que fue emitida el 6 de marzo de 2009 y tuvo por descontado el tiempo de carcelería que inició el 8 de junio de 2008, estableciendo el cómputo de la pena hasta el 7 de junio de 2018. Por tanto, como la referida condena ya ha sido cumplida, se ha producido la sustracción de la materia. Sin embargo, en atención a la magnitud del agravio producido; que la situación en que se ha visto ubicado el favorecido es representativa de todo un grupo de personas que, estando internadas en alguno de los establecimientos penitenciarios del país, tienen problemas de salud mental, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1, *segundo párrafo*, del Código Procesal Constitucional, el Tribunal Constitucional considera que es competente para pronunciarse sobre el fondo de la controversia.

3. En atención a la anotada pretensión de la demanda, el Tribunal Constitucional considera pertinente abordar el contenido del derecho a la salud, concretamente el derecho a la salud mental, y, por consiguiente, realizar un examen constitucional a fin de determinar si el alegado incumplimiento del traslado del favorecido vulnera o no este derecho fundamental. Del mismo modo, se analizará los problemas vinculados a la disponibilidad y accesibilidad a los servicios de salud mental de las personas que se encuentran internadas en los centros penitenciarios de país; así como las medidas que el Estado debe adoptar para proteger de modo efectivo los derechos fundamentales de tales personas.

Habeas Corpus Correctivo

4. En la resolución recaída en el Expediente 00590-2001-HC/TC, el Tribunal Constitucional señaló que el *habeas corpus* correctivo procede ante la amenaza o acto lesivo contra el derecho a la vida, la integridad física y psicológica, o el derecho a la salud de las personas que se hallan recluidas en establecimientos penales

o de quienes, con una especial relación de sujeción, se encuentran internados en establecimientos de tratamiento públicos o privados.

5. Asimismo, en la sentencia recaída en el Expediente 01019-2010-PHC/TC, se precisó que el artículo 25, inciso 17, del Código Procesal Constitucional prevé el denominado *habeas corpus* correctivo, estableciendo que procede para tutelar "el derecho del detenido o recluso a no ser objeto de un tratamiento carente de razonabilidad y proporcionalidad respecto de la forma y condiciones en que cumple el mandato de detención o la pena". Por tanto, procede ante actos u omisiones que comporten violación o amenaza del derecho a la vida, a la salud, a la integridad física y, de manera muy significativa, del derecho al trato digno y a no ser objeto de penas o tratos inhumanos o degradantes, y del derecho a la visita familiar, cuando se ha determinado cumplir un mandato de detención o de pena. Por ello, debe tenerse presente que la Administración Penitenciaria asume la responsabilidad de la salud de las personas que se encuentran recluidas en un establecimiento penitenciario.

El derecho a la salud

6. El artículo 7 de la Constitución establece que todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad, así como el deber de contribuir a su promoción y defensa. Además, se ha precisado que las personas con deficiencias físicas o mentales tienen derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad. Por otro lado, en el artículo 9 de la Constitución se menciona que el Estado determina la política de salud. El Poder Ejecutivo norma y supervisa su aplicación, y es responsable de diseñarla y conducirla en forma plural y descentralizadora para facilitar a todos el acceso equitativo a los servicios de salud.

7. En este sentido, el derecho a la salud se orienta a la conservación y al restablecimiento del funcionamiento armónico del ser humano en su aspecto físico y psicológico; por tanto, guarda una especial conexión con los derechos a la vida, a la integridad y a la dignidad de la persona humana, derecho cuya esencia es indiscutible, pues, como expresa el artículo I del Título Preliminar de la Ley General de Salud 26842, constituye la *"condición indispensable del desarrollo humano y medio fundamental para alcanzar el bienestar individual y colectivo"*. Por ello, siempre que el derecho a la salud resulte lesionado o amenazado lo estará también el derecho a la integridad personal e incluso en ciertos casos podría resultar afectado el mantenimiento del derecho a la vida (Expediente 01362-2010-HC/TC, fundamento 4).

8. Al respecto, este Tribunal ya anteriormente ha señalado que el derecho a la salud comprende la facultad que tiene todo ser humano de mantener el estado de normalidad orgánica funcional, tanto física como mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser, lo que implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento; acciones cuyo cumplimiento corresponden al Estado, el cual debe garantizar una progresiva y cada vez más consolidada calidad de vida, invirtiendo en la modernización y fortalecimiento de todas las instituciones encargadas de la prestación del servicio de salud, y para tal efecto, debe adoptar políticas, planes y programas en ese sentido. (Expediente 03081-2007-PA/TC, fundamento 8; Expediente 01956-2004-AA/TC, fundamento 7 y Expediente 02945-2003-AA/TC, fundamento 28).

9. Además, se ha determinado que todas las personas tienen el derecho de poder acceder al servicio de salud y que el Estado se encuentra obligado a organizar, dirigir, reglamentar, garantizar y supervisar su prestación de conformidad con los principios de continuidad en la prestación del servicio, eficacia, eficiencia, universalidad, solidaridad, integridad y progresividad. Ello es así porque la prestación del servicio de salud está conectada con la realización misma del Estado social y democrático de derecho y con la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad. (Expediente 02480-2008-PA/TC, fundamento 9).

10. Cabe mencionar que si bien el derecho a la salud es un derecho social (*derecho prestacional*), pues su efectividad requiere de determinadas acciones prestacionales, no por ello deja de pertenecer al complejo integral único e indivisible de los derechos fundamentales. Sobre esta base el Estado debe adoptar todas las medidas posibles para que, bajo los principios de continuidad en la prestación del servicio, eficacia, eficiencia, solidaridad y progresividad, etc., se haga viable su eficacia en la práctica, de manera tal que todas las prestaciones requeridas por una persona en determinada condición de salud sean garantizadas de modo efectivo y eficaz (Expediente 03426-2008-HC/TC, fundamento 9).

El derecho a la salud mental

11. El derecho a la salud mental también es parte integrante del derecho a la salud, por tanto, se caracteriza por tener como único titular a la persona humana, poseer como contenido el derecho a disfrutar del mayor nivel posible de salud mental y todos aquellos componentes propios del bienestar psicológico y mental de la persona humana (Expediente 03426-2008-HC, fundamento 8; Expediente 02480-2008-AA/TC, fundamento 1).

12. Se ha establecido en anterior jurisprudencia que el derecho a la salud y particularmente el derecho humano a la salud mental incluye, por una parte, la interdicción de intromisiones estatales en la esfera individual y, por otra, un elenco de garantías en beneficio de la *dignitas personae*, lo que implica una enorme variable de factores socio-económicos imprescindibles para el desarrollo sano del ser humano. En otras palabras, el derecho a la salud mental tiene como contenido esencial los elementos que son inherentes al derecho a la salud, pero con la particularidad de que sus titulares constituyen un sector de la población altamente vulnerable, que requiere de una visión de sus derechos fundamentales desde una óptica que no solo entraña categorías jurídicas, sino también médicas, antropológicas y sociológicas, entre otros aspectos que han sido considerados por los estándares internacionales de protección de los derechos humanos (Expediente 03081-2007-PA, fundamento 25).

13. Esta manifestación del derecho a la salud es una obligación internacional del Estado peruano, en tanto que se encuentra comprometido a velar por la protección y atención a las necesidades básicas de salud mental de las personas.

14. De acuerdo al artículo 12, numeral 1 y numeral 2, literal c), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del que el Perú es parte:

> 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y ***mental.***
>
> 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:
>
> (…)
>
> **d)** ***La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.*** [resaltado agregado]

15. Adicionalmente, la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 25, establece que

> **1**. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, ***la asistencia médica y los servicios sociales necesarios***; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad. **2**. La

> maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.

16. Este derecho también se encuentra manifiesto en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (ICERD) y la Convención sobre los Derechos del niño.

17. En esta perspectiva, la integración de la salud mental implica transformar el sistema de salud fortaleciendo o implementando nuevos establecimientos y servicios con capacidad resolutiva, eficiencia, efectividad y calidad en todos los niveles de atención, para ofrecer un servicio integral que aborde las necesidades de salud mental de la población. Adicionalmente, el desafío al que se enfrenta el Estado peruano es la inclusión y desarrollo del componente de salud mental en la norma y la práctica asistencial cotidiana de los equipos de salud generales. Además comprende el impulso de políticas públicas que favorezcan efectivamente la salud de las poblaciones más vulnerables.

18. Ante esta situación, el Estado peruano emprendió una reforma de la política de salud mental, con la aprobación de la hoy derogada Ley 29889**,** que modificó el artículo 11 de la Ley 26842, General de Salud. Allí se garantizaba los derechos de las personas con problemas de salud mental al acceso universal y equitativo, a las intervenciones de promoción y protección de la salud, prevención, tratamiento, recuperación y rehabilitación psicosocial, y se establece el Modelo Comunitario como el nuevo paradigma de atención en salud mental en el Perú, en línea con las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud (OMS) y las evidencias científicas. Dicho artículo apuntaba lo siguiente:

> **Artículo 11.** Toda persona tiene derecho a gozar del más alto nivel posible de salud mental, sin discriminación. El Estado garantiza la disponibilidad de programas y servicios para la atención de la salud mental en número suficiente, en todo el territorio nacional; y el acceso a prestaciones de salud mental adecuadas y de calidad, incluyendo intervenciones de promoción, prevención, recuperación y rehabilitación.
>
> Además de los procedimientos y derechos establecidos en el artículo 15 de la presente Ley, en la atención de la salud mental se considera lo siguiente:
>
> a. La atención de la salud mental se realiza en el marco de un abordaje comunitario, interdisciplinario, integral, participativo, descentralizado e intersectorial.

b. La atención de la salud mental se realiza preferentemente de manera ambulatoria, dentro del entorno familiar, comunitario y social.

c. El internamiento es un recurso terapéutico de carácter excepcional y solo puede llevarse a cabo cuando aporte mayores beneficios terapéuticos para el paciente que el resto de intervenciones posibles. Se realiza por el tiempo estrictamente necesario y en el establecimiento de salud más cercano al domicilio del usuario.

d. El tratamiento e internamiento se realizan con el consentimiento informado, libre y voluntario del usuario, salvo en situaciones de emergencia.

e. La revisión médica periódica de los diagnósticos e informes que recomiendan el internamiento de pacientes. El internamiento tendrá una segunda opinión médica.

f. Los usuarios de los servicios de salud mental, incluidas las personas con discapacidad mental, mantienen el pleno ejercicio de sus derechos durante su tratamiento e internamiento.

g. Las personas con adicciones gozan de los mismos derechos y garantías que se reconocen a los demás usuarios de los servicios de salud. Su tratamiento e internamiento involuntario no requiere de su consentimiento informado y se realiza a solicitud de la familia cuando su capacidad de juicio esté afectada, lo cual debe ser determinado por una Junta Médica.

19. Consecuente con lo anterior, el Ministerio de Salud, a través de la Dirección de Salud Mental de la Dirección General de Intervenciones Estratégicas en Salud Pública, ha presentado el Plan Nacional de Fortalecimiento de Servicios de Salud Mental Comunitaria 2018-2021, en el que plantea los objetivos y actividades necesarias para cumplir con el mandato legal y ético respectivo, a implementarse en todas las regiones del país.

20. El logro de los objetivos y el cumplimiento de las actividades contribuyen con los compromisos del Objetivo de Desarrollo Sostenible[1] 3: "Garantizar una vida sana y promover el bienestar para todos en todas las edades", que entre sus nueve metas establece promover la salud mental y fortalecer la prevención y

1 Organización de las Naciones Unidas. Agenda 2030 y los Objetivos de Desarrollo Sostenible, una oportunidad para América Latina y el Caribe. Santiago: ONU, 2016.

el tratamiento del abuso de sustancias adictivas, incluido el uso indebido de estupefacientes y el consumo nocivo de alcohol. Asimismo, es congruente con las propuestas del plan de acción mundial propuesto por la OMS al 2020[2] para promover la salud mental mediante la reforma de los servicios y la protección de los derechos humanos de las personas con trastornos mentales de modo que puedan acceder, sin riesgo de empobrecimiento, a servicios de salud y sociales esenciales que les permitan recuperarse y gozar del grado máximo de salud que se pueda lograr.

21. Actualmente, la reciente Ley 30947, de salud mental, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 23 de mayo de 2019, establece con relación al derecho a la salud mental que "En el marco de lo establecido por el artículo 7 de la Constitución Política del Perú, toda persona, sin discriminación alguna, tiene derecho a gozar del más alto nivel posible de salud mental. El Estado garantiza la disponibilidad de programas y servicios para la atención de la salud mental en número suficiente, en todo el territorio nacional; así como el acceso a prestaciones de salud mental adecuadas y de calidad, incluyendo intervenciones de promoción, prevención, recuperación y rehabilitación".

1404 **El derecho a la salud mental de las personas privadas de libertad en centros penitenciarios**

22. Ahora, como es de verse en el caso en concreto se pone de manifiesto una realidad específica que es solo representativa de un problema que aqueja a un considerable número de personas: la insuficiente y deficiente atención médica de salud mental a una población vulnerable de forma múltiple como es aquella conformada por las personas privadas de libertad en establecimientos penitenciarios.

23. En el caso *Ximenes Lopes vs. Brasil,* la Corte Interamericana de Derechos Humanos abordó, por vez primera, un supuesto de discapacidad mental en situación de internamiento, así como la relación que debe existir entre el cuidado de la salud de dichas personas y su derecho a la vida digna. En el referido caso, la Corte hace eco del desarrollo de vulnerabilidad particular que acompaña a este grupo de la población cuando se encuentra sometido a un tratamiento de salud, en especial la situación de internamiento psiquiátrico. Y "esto en razón del desequilibrio de poder existente entre los pacientes y el personal médico

2 Organización Mundial de la Salud. Plan de acción sobre salud mental 2013-2020. Ginebra: OMS, 2013.

responsable por su tratamiento, y por el alto grado de intimidad que caracterizan los tratamientos de las enfermedades psiquiátricas"[3]. Un segundo punto fundamental al que hacen referencia es la afirmación de que los Estados tienen "el deber de asegurar una prestación de atención médica eficaz a las personas con discapacidad mental", lo que se traduce en la obligación de "asegurar el acceso de las personas a servicios de salud básicos; la promoción de la salud mental; la prestación de servicios de esa naturaleza, y la prevención de las discapacidades mentales"[4].

24. En el mismo sentido, un caso similar y conocido por la Comisión que resulta muy significativo es el de *Víctor Rosario Congo vs. Ecuador*. Dicha persona, que sufría de trastornos mentales, fue recluida en una celda de aislamiento. Como consecuencia de ello, la víctima falleció producto de la deshidratación y desnutrición que sufrió durante los cuarenta días que estuvo recluida. Al respecto, la Comisión señaló que "por su estado mental no se encontraba en condiciones de responsabilizarse por su propio cuidado"[5]. Asimismo, ante las alegaciones del Estado de enfrentar "obstáculos estructurales que le impiden proveer tratamiento médico y psiquiátrico a las personas bajo custodia", la Comisión afirmó que este hecho "no lo exime del deber de prestar atención médica a estas personas"[6]. Por ello, en el citado caso, la Comisión consideró que el Estado no había tomado las medidas a su alcance para asegurar el derecho a la vida de una persona que, por su salud mental, se encontraba en estado de indefensión, además de aislada y bajo su custodia, por lo que había violado el artículo 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos[7].

25. Del mismo modo, el derecho a la integridad y su manifestación punitiva (la prohibición de tortura y tratos crueles, inhumanos o degradantes) tiene, de acuerdo a la Corte, una relación directa con derechos como el derecho a la salud y el cuidado médico durante una situación carcelaria.

26. Lo anterior se condice con la obligación positiva, surgida del artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a la cual hace referencia la Corte Interamericana en el caso *De la Cruz vs. Perú* cuando señala que "el Estado tiene el deber de proporcionar a los detenidos revisión médica regular y

3 CORTE IDH, Caso Ximenes Lopes vs. Brasil. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006, parágrafo 129.

4 *Idem.*, parágrafo 128.

5 CIDH. *Víctor Rosario Congo vs. Ecuador.* Informe 63/99. 13 de abril de 1999. Parágrafo 73.

6 *Idem,* parágrafo 76-81.

7 *Idem,* parágrafo 84.

atención y tratamiento adecuados cuando así se requiera. A su vez, el Estado debe permitir y facilitar que los detenidos sean atendidos por un facultativo elegido por ellos mismos o por quienes ejercen su representación o custodia legal"[8]. De esta forma, la Corte, de manera general, considera a la salud (a través de una serie de condiciones para la salud) y la atención médica como elementos necesarios para comprender los alcances de la prohibición de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes.

27. En un sentido similar se pronunció la Comisión Interamericana en el caso *Hernández Lima vs. Guatemala*, referido al fallecimiento del peticionario durante su detención a causa del tratamiento médico insuficiente que recibió tras haber sufrido un edema cerebral y un ataque de cólera. La Comisión destacó que, en virtud de la posición de garante especial, el Estado cometió una omisión que violó el "derecho a la integridad física, psíquica y moral, y a la prohibición de infligir tratos inhumanos, crueles o degradantes, consagrados en el artículo 5 de la Convención Americana"[9].

28. Por ello, el Tribunal Constitucional considera que el derecho a la salud mental, como derecho social, es también un derecho fundamental y, por tanto, de eficacia vinculante para todas las personas. Por ende, no puede excluirse de su protección a las personas privadas de libertad en centros penitenciarios. Respecto de tales personas, solo operan las restricciones de derechos que se hayan dispuesto en la respectiva resolución judicial o las previstas en la respectiva ley de ejecución penal.

29. La comisión de un delito no habilita el desconocimiento de derechos como la salud y a la integridad personal. Ahora bien, para que tales derechos sean adecuadamente cautelados se requiere necesariamente de condiciones adecuadas de internamiento. Si bien queda establecido que la reclusión por sentencia judicial o por prisión preventiva conlleva varias restricciones al ejercicio de derechos y libertades fundamentales, todas las personas privadas de libertad conservan un mínimo de aquellos cuyo goce no puede ser limitado o relativizado (Expediente 00925-2009-PHC/TC, fundamento 8).

30. Efectivamente, en la sentencia recaída en el Expediente 01429-2002-PHC/TC este Tribunal sostuvo que

---

8 Corte IDH, *Caso De la Cruz Flores vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de noviembre de 2004. Parágrafo 132. Cfr. Caso Tibi, Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párr. 157; y Caso Bulacio, Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100, párr. 131.

9 CIDH, *Caso Hernández Lima vs. Guatemala.* Informe 28/96. Caso 11.297. Parágrafo 59-61.

> (...) El derecho a la salud constituye uno de los derechos constitucionales de mayor importancia, ya que se vincula estrechamente a otros derechos constitucionales como el derecho a la vida, a la integridad física y al propio principio de dignidad. Desde luego, la privación de la libertad no implica, en absoluto, la suspensión o restricción de otros derechos, en particular del derecho a la salud. En cuanto derecho constitucional, la salud de las personas recluidas es también una facultad vinculante al Estado. Por esta razón, el artículo 76° del Código de Ejecución Penal (Decreto Legislativo N.° 654) ha establecido que "El interno tiene derecho a alcanzar, mantener o recuperar el bienestar físico y mental. La Administración Penitenciaria proveerá lo necesario para el desarrollo de las acciones de prevención, promoción y recuperación de la salud".
>
> Por lo tanto, los reclusos, como en el caso de los demandantes, tienen un derecho constitucional a la salud al igual que cualquier persona. Pero, en este caso, es el Estado el que asume la responsabilidad por la salud de los internos; hay, pues, un deber de no exponerlos a situaciones que pudieran comprometer o afectar su salud. Por esta razón, el Instituto Nacional Penitenciario, como sector de la administración competente de la dirección y administración del sistema penitenciario y, en particular la Dirección Regional de Puno, son responsables de todo acto que pudiera poner en riesgo la salud de los demandantes y debe, en consecuencia, proporcionar una adecuada y oportuna atención médica. Asimismo, ante esta situación, el Estado debe tomar las acciones apropiadas para el cese de la situación peligrosa, la que exige, en principio, el traslado inmediato de los internos cuyo precario estado de salud, clínicamente comprobado, no permita que continúen en el centro penitenciario en el que se encuentran recluidos.

31. Asimismo, cabe mencionar que ya en anterior ocasión el Tribunal Constitucional ha declarado el estado de cosas inconstitucional de la política de tratamiento y rehabilitación de la salud mental de personas que se encuentran sujetas a medidas de seguridad de internación por padecer de una enfermedad mental. En dicha sentencia, recaída en el Expediente 03426-2008/PHC/TC, el Tribunal dejó establecido lo siguiente:

> 19. El Estado debe asumir la política de tratamiento y rehabilitación a personas con problemas de salud mental teniendo como fundamento el respeto de todos sus derechos fundamentales, pues las personas que adolecen de enfermedades mentales (esquizofrenia, paranoia, depresión, etc.), dentro de las que se incluyen a las personas suje-

> tas a medidas de internación se encuentran en un estado de especial vulnerabilidad. Así las cosas, parece no haber duda sobre el reconocimiento de los derechos sociales (salud mental); no obstante el problema se presenta en el bajo nivel de cumplimiento, respecto al cabal desenvolvimiento de estos derechos, de los establecimientos de salud mental, por lo que el Estado debe adoptar todas las medidas destinadas a superar dicha problemática, fortaleciendo los niveles de coordinación intra e interstitucional: Ministerio de Justicia, Ministerio de Economía y Finanzas, Ministerio de Salud, Congreso de la República, Poder Judicial, etc. (...)".

32. Seguidamente, a partir de lo expuesto en el presente caso, examinaremos la situación actual de aquellas personas con enfermedad mental que han recibido una condena privativa de la libertad, una medida de prisión preventiva o se encuentran bajo un régimen penitenciario *intra muros*; es decir, de aquellas personas que ingresan con algún trastorno mental (pero no han sido declaradas jurídicamente inimputables) o que han desarrollado alguno durante la ejecución de la pena, situación que difiere de la de aquellos sujetos declarados inimputables y que se encuentran bajo alguna medida de seguridad.

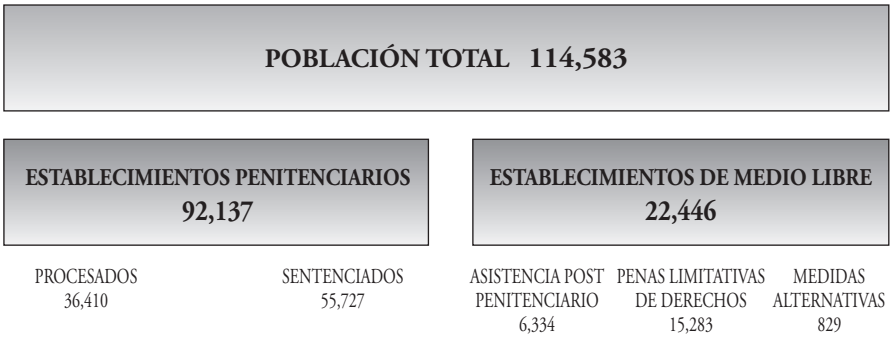
33. Es importante tener presente esto, como es de público conocimiento, los establecimientos penitenciarios son potenciales fuentes de afectaciones a la salud mental de las personas recluidas. La vida cotidiana en estos establecimientos supone, para la persona recluida, el enfrentamiento a diferentes eventos que van a generar cambios en su estado emocional tales como i) la pérdida de privacidad; ii) la pérdida de autonomía; iii) la distorsión en el tiempo y el espacio; iv) la sensación de soledad debido al rompimiento abrupto de las relaciones sociales; y v) el tedio, entre otras situaciones características propias de la vida en prisión, que se convierten en factores de riesgo cuando no se cuenta con los recursos médicos psicológicos suficientes para identificarlos, controlarlos y tratarlos a fin de que no puedan desencadenar en diferentes trastornos mentales.

34. A ello cabe adicionar que existen personas, aunque no diagnosticadas previamente, que llegan a los centros penitenciarios con graves problemas emocionales o con algún tipo de enfermedad mental, que es precisamente lo que puede haber generado la comisión de los delitos por los que han sido juzgados o sentenciados. Por ello, tal estado de salud debe ser identificado, controlado y ser objeto de tratamiento desde el ingreso del procesado al centro penitenciario y durante toda su permanencia. No hacerlo, no sólo implica el incumplimiento de obligaciones constitucionales, legales y reglamentarias, sino el incremento de las

situaciones de peligro para el recluso, para su familia, para el resto de reclusos e incluso para la sociedad en general cuando el sentenciado obtenga su libertad.

35. Un importante documento que sirve de base para identificar diferentes variables representativas de la población total del Sistema Penitenciario Nacional es el Informe Estadístico del Instituto Nacional Penitenciario (INPE) de febrero de 2019.[10] Dicho informe indica que la población total del sistema penitenciario es de 114 583 internos:

POBLACIÓN DEL SISTEMA PENITENCIARIO NACIONAL



Fuente: Unidades de Registro Penitenciario
Elaboración: INPE/Unidad de Estadística

36. De dicha población total penitenciaria de 114 583 internos, el INPE tiene registrados en la actualidad 457 internos con problemas de salud mental a nivel nacional. Para atender y tratar a dicha población incluso a toda la población penitenciaria aunque parezca increíble, no existe un protocolo para la detección y tratamiento de un interno que sufre de alguna enfermedad mental e incluso el INPE cuenta con un solo psiquiatra en el territorio nacional. Ello refleja la situación de emergencia en la que se encuentran los derechos fundamentales de las personas con enfermedad mental en establecimientos penitenciarios del Perú. Seguidamente se apreciarán los datos que reflejan esta grave situación penitenciaria.

37. Mediante Oficio 267-2019-INPE/04, de fecha 6 de marzo de 2019, obrante en el cuaderno del Tribunal Constitucional, el INPE proporcionó los siguientes datos estadísticos con relación al número de internos a nivel nacional con problemas de salud mental hasta el año 2018:

10 https://www.inpe.gob.pe/normatividad/estad%25C3%25ADstica/1905-informe-estadistico-inpe-febrero-2019/file.html

Nº	OFICINA REGIONAL	ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO	Varones	Mujeres	Total
1	SUR ORIENTE CUSCO	CUSCO VARONES	26	1	
2	SUR ORIENTE CUSCO	PUERTO MALDONADO	0	1	
3	SUR ORIENTE CUSCO	ABANCAY	0	0	
4	SUR ORIENTE CUSCO	CUSCO MUJERES	0	5	**43**
5	SUR ORIENTE CUSCO	SICUANI	0	0	
6	SUR ORIENTE CUSCO	QUILABAMBA	6	0	
7	SUR ORIENTE CUSCO	ANDAHUAYLAS	4	0	
8	SUR AREQUIPA	AREQUIPA	11	0	
9	SUR AREQUIPA	MUJERES AREQUIPA	0	0	
10	SUR AREQUIPA	CAMANA	0	0	
11	SUR AREQUIPA	MOQUEGUA	2	0	**25**
12	SUR AREQUIPA	TACNA	10	0	
13	SUR AREQUIPA	MUJERES TACNA	0	2	
14	ALTIPLANO PUNO	PUNO	4	0	
15	ALTIPLANO PUNO	JULIACA	5	0	
16	ALTIPLANO PUNO	LAMPA	0	0	**9**
17	ALTIPLANO PUNO	CHALLAPALCA	0	0	
18	NORTE CHICLAYO	TUMBES	1	0	
19	NORTE CHICLAYO	PIURA	12	0	
20	NORTE CHICLAYO	SULLANA	0	4	
21	NORTE CHICLAYO	CHICLAYO	6	1	
22	NORTE CHICLAYO	TRUJILLO VARONES	2	0	
23	NORTE CHICLAYO	TRUJILLO MUJERES	3	0	**36**
24	NORTE CHICLAYO	PACASMAYO	0	0	
25	NORTE CHICLAYO	CAJAMARCA	5	0	
26	NORTE CHICLAYO	JAEN	2	0	
27	NORTE CHICLAYO	CHOTA	0	0	
28	NORTE CHICLAYO	SAN IGNACIO	0	0	
29	NOR ORIENTE SAN MARTIN	SANANGUILLO	0	0	
30	NOR ORIENTE SAN MARTIN	TARAPOTO	0	0	
31	NOR ORIENTE SAN MARTIN	MOYOBAMBA	0	0	
32	NOR ORIENTE SAN MARTIN	JUANJUI	0	0	
33	NOR ORIENTE SAN MARTIN	YURIMAGUAS	0	0	**8**
34	NOR ORIENTE SAN MARTIN	CHACHAPOYAS	2	0	
35	NOR ORIENTE SAN MARTIN	BAGUA G	2	0	
36	NOR ORIENTE SAN MARTIN	IQUITOS VARONES	4	0	
37	NOR ORIENTE SAN MARTIN	IQUITOS MUJERES	0	0	

38	CENTRO HUANCAYO	AYACXUCHO	10	5	**25**
39	CENTRO HUANCAYO	HUANCAYO	10	0	
40	CENTRO HUANCAYO	CHANCHAMAYO	0	0	
41	CENTRO HUANCAYO	RIO NEGRO	0	0	
42	CENTRO HUANCAYO	HUANCAVALEICA	0	0	
43	CENTRO HUANCAYO	HUANTA	0	0	
44	CENTRO HUANCAYO	TARMA	0	0	
45	CENTRO HUANCAYO	LA OROYA	0	0	
46	CENTRO HUANCAYO	JAUJA	0	0	
47	CENTRO HUANCAYO	CONCEPCION	0	0	
48	ORIENTE PUCALLPA	PUCALLPA	4	1	**22**
49	ORIENTE PUCALLPA	HUANUCO	14	0	
50	ORIENTE PUCALLPA	COCHAMARCA	1	0	
51	ORIENTE PUCALLPA	PASCO	0	2	
52	LIMA	LURIGANCHO	42	0	**289**
53	LIMA	HUARAZ	0	0	
54	LIMA	CHIMBOTE	11	3	
55	LIMA	CALLAO	32	0	
56	LIMA	CHORILLOS	0	25	
57	LIMA	ANEXO MUJERES CHORRILLOS	0	24	
58	LIMA	MIGUEL CASTRO CASTRO	19	0	
59	LIMA	VIRGEN DE FATIMA	0	20	
60	LIMA	ANCON I	9	0	
61	LIMA	ANCON II	7	0	
62	LIMA	VIRGEN DE LA MERCED	0	14	
63	LIMA	HUACHO	6	1	
64	LIMA	CAÑETE	27	0	
65	LIMA	HUARAL	19	0	
66	LIMA	BARBADILLO	1	0	
67	LIMA	ICA	4	1	
68	LIMA	CHINCHA	21	3	
	TOTAL		**344**	**113**	**457**

Fuente: INPE

38. Asimismo, mediante el Oficio 091-2019-INPE/12-04, de fecha 18 de febrero de 2019, elaborado por la Dirección de Tratamiento Penitenciario y la Sub dirección de Salud Penitenciaria del INPE, obrante en el cuaderno del Tribunal Constitucional, se informa lo siguiente respecto de los internos que sufren alguna enfermedad mental:

1	El INPE no cuenta con un protocolo establecido para la detección y tratamiento de un interno que sufre de alguna enfermedad mental
2	Al ser derivado al área de salud, el paciente es atendido por el médico general quien lo deriva al servicio de psiquiatría (en los EE.PP. [establecimientos penitenciarios] con la atención psiquiátrica itinerante) o al MINSA [Ministerio de Salud]
3	No existen estudios epidemiológicos sobre la prevalencia de diferentes enfermedades y trastornos mentales en la población penitenciaria nacional.
4	Existe un médico psiquiatra a nivel nacional que manera itinerante atiende a los 8 EE.PP. de la ORL [Oficina Regional Lima]
5	Los psicólogos, en su mayoría, atienden los programas de resocialización con inclinación educacional.
6	No existe servicio de psicología clínica
7	Existen diversas carencias materiales, estructurales y normativas a nivel del INPE y el MINSA
8	El servicio de psiquiatría del EP de Lurigancho es el único penal a nivel nacional que cuenta con camas de hospitalización para este tipo de pacientes
9	El Ministerio de Salud no acepta para su hospitalización a los pacientes con trastornos mentales provenientes del INPE, incluso existiendo una orden judicial, aduciendo la falta de camas, largas listas de espera, etc.

39. A la situación de emergencia antes expuesta, se debe agregar que de acuerdo al importante Informe Defensorial 180 de diciembre de 2018[11], denominado "El derecho a la salud mental. Supervisión de la implementación de la política pública de atención comunitaria y el camino a la desinstitucionalización", en el Perú, uno de cada tres peruanos o peruanas desarrolla algún problema de salud mental en su vida, con mayor incidencia las personas en situación de pobreza y pobreza extrema, y el 80 % de la población con problemas de salud mental no recibe tratamiento; es decir, 8 de cada 10 personas con un trastorno mental no reciben tratamiento adecuado y oportuno. Si se observa la gran cantidad de población peruana que padece, o ha padecido, una enfermedad mental sin enfrentarse a los eventos estresores que implica la privación de la libertad en un establecimiento carcelario o penitenciario, se puede establecer que la cifra suministrada por el INPE podría no compadecerse con la realidad o se podría deber a un subregistro del total de los pacientes, debido también a que la cifra oficial que ellos manejan es respecto de internos que cuentan con un diagnóstico clíni-

11 https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/12/Informe-Defensorial-N%C2%BA-180-Derecho-a-la-Salud-Mental-con-RD.pdf

co de patología mental y que por ello reciben algún tipo de tratamiento. Queda entonces bajo las sombras el resto de población aún no diagnosticada y menos aún con algún tipo de acceso al servicio de salud mental.

40. Lo anterior se condice también con lo recientemente advertido por la Defensoría del Pueblo, en su Informe Defensorial 06-2018[12], en donde se pone en alerta, que realizada la supervisión nacional de 54 penales, se encontraron 560 personas privadas de libertad con trastornos mentales y/o problemas psicosociales, según versión del personal médico entrevistado. Sin embargo, ellos también advierten que esta cifra podría ser mayor debido a que el INPE solo registra a una persona privada de libertad la condición de paciente con trastorno mental y/o problema psicosocial cuando es diagnosticada en el centro médico más cercano al penal donde se encuentra recluida.

41. Otra situación alarmante se evidencia en el Segundo Informe Anual del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes[13], que, como resultado de la supervisión nacional realizada por la Defensoría del Pueblo, señala que según las autoridades penitenciarias, 23 personas que se encontraban internas en distintos penales del país tenían la calidad de inimputables, situación que se da debido a que los hospitales de salud mental están sobrepoblados y no tienen capacidad para albergar a más personas, por lo que estas deben permanecer recluidas en un establecimiento penitenciario.

Características imprescindibles del servicio de salud mental

42. Ante la situación de emergencia que se aprecia respecto al servicio estatal de salud mental en los establecimientos penitenciarios, se hace necesario determinar cuáles son las características imprescindibles del servicio de salud, en específico la salud mental, que el Estado peruano debe cumplir.

43. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en la Observación General 14, sobre la aplicación del artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), ha referido que el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, abarca los siguientes elementos esenciales e interrelacionados:

---

12 DEFENSORIA DEL PUEBLO, Informe de Adjuntía Nº 006-2018-DP/ADHPD, *Retos del Sistema Penitenciario Peruano: Un diagnóstico de la realidad carcelaria de las mujeres y varones.* Lima, Diciembre de 2018, p. 51.

13 DEFENSORIA DEL PUEBLO- Dirección del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. *Segundo Informe Anual del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, Lima, Junio de 2018, p. 95.

a) Disponibilidad. Cada Estado Parte deberá contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud, así como de programas. La naturaleza precisa de los establecimientos, bienes y servicios dependerá de diversos factores, en particular el nivel de desarrollo del Estado Parte. Con todo, esos servicios incluirán los factores determinantes básicos de la salud, como agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas, hospitales, clínicas y demás establecimientos relacionados con la salud, personal médico y profesional capacitado y bien remunerado habida cuenta de las condiciones que existen en el país, así como los medicamentos esenciales definidos en el Programa de Acción sobre medicamentos esenciales de la OMS.

b) Accesibilidad. Los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte. La accesibilidad presenta cuatro dimensiones superpuestas:

i) No discriminación: los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles, de hecho y de derecho, a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos.

ii) Accesibilidad física: los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance geográfico de todos los sectores de la población, en especial los grupos vulnerables o marginados, como las minorías étnicas y poblaciones indígenas, las mujeres, los niños, los adolescentes, las personas mayores, las personas con discapacidades y las personas con VIH/SIDA. La accesibilidad también implica que los servicios médicos y los factores determinantes básicos de la salud, como el agua limpia potable y los servicios sanitarios adecuados, se encuentran a una distancia geográfica razonable, incluso en lo que se refiere a las zonas rurales. Además, la accesibilidad comprende el acceso adecuado a los edificios para las personas con discapacidades.

iii) Accesibilidad económica (asequibilidad): los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance de todos. Los pagos por servicios de atención de la salud y servicios relacionados con los factores determinantes básicos de la salud deberán

basarse en el principio de la equidad, a fin de asegurar que esos servicios, sean públicos o privados, estén al alcance de todos, incluidos los grupos socialmente desfavorecidos. (…)

iv) Acceso a la información: ese acceso comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información e ideas acerca de las cuestiones relacionadas con la salud. Con todo, el acceso a la información no debe menoscabar el derecho de que los datos personales relativos a la salud sean tratados con confidencialidad.

c) Aceptabilidad. Todos los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados, es decir respetuosos de la cultura de las personas, las minorías, los pueblos y las comunidades, a la par que sensibles a los requisitos del género y el ciclo de vida, y deberán estar concebidos para respetar la confidencialidad y mejorar el estado de salud de las personas de que se trate.

d) Calidad. Además de aceptables desde el punto de vista cultural, los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser también apropiados desde el punto de vista científico y médico y ser de buena calidad. Ello requiere, entre otras cosas, personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas.

44. En concordancia con lo expuesto, la reciente Ley 30947, de salud mental, publicada el 23 de mayo de 2019, tiene como objeto:

> 1.1. (...) establecer el marco legal para garantizar el acceso a los servicios, la promoción, prevención, tratamiento y rehabilitación en salud mental, como condiciones para el pleno ejercicio del derecho a la salud y el bienestar de la persona, la familia y la comunidad.
>
> 1.2 La atención de la salud mental considera el modelo de atención comunitaria, así como el respeto ineludible a los derechos humanos y dignidad de la persona, sin discriminación, y el abordaje intercultural, que erradique la estigmatización de las personas con problemas en su salud mental.

45. Dicha ley, en lo que se refiere a la atención por problemas de salud mental de las personas privadas de su libertad en establecimientos penales, establece en su artículo 11 que "el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos en coordinación con el Ministerio de Salud tienen la responsabilidad de velar por la salud mental de las personas privadas de su libertad".

La disponibilidad del derecho a salud en los centros penitenciarios

46. Como se ha mencionado, la *disponibilidad* es una de las características imprescindibles del servicio de salud, en este caso, del servicio de salud mental, la cual supone que cada Estado Parte deberá contar con un *número suficiente* de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud, así como de programas (...). De esta forma, el Estado, no obstante, garantizar la calidad del servicio de salud, debe establecer y financiar de forma presupuestaria la infraestructura del sistema penitenciario del país al servicio de la población penitenciaria. Asimismo, debe implementar de forma adecuada y actualizar a los profesionales de la salud, a fin de que estos puedan desplegar sus funciones de la manera más óptima y bajo las condiciones necesarias.

47. Del resultado de la supervisión nacional realizada por la Defensoría del Pueblo se ha podido establecer que, a la fecha, las personas privadas de libertad que padecen trastornos mentales y/o problemas psicosociales atraviesan muchas limitaciones para recuperar la salud, así como para recibir tratamiento al interior de las cárceles. Es patente la ausencia de personal calificado para su atención y el desabastecimiento de medicamentos.

48. Es imperativo contar con un servicio de profesionales para la atención física y mental de las personas privadas de libertad. Dicho servicio debe encargarse exclusivamente de evaluar, promover, proteger y mejorar la salud mental de los internos. Es trascendental, además, que estos profesionales realicen los diagnósticos pertinentes a fin de poder definir si alguna de las personas internas requiere un tratamiento ambulatorio o urge, de ser necesario, su traslado.

49. La precariedad del servicio se manifiesta constatándose que ningún establecimiento penitenciario en el Perú cuenta con la infraestructura médica para atender de modo permanente o itinerante a los internos que padecen una enfermedad mental. Es inadmisible, por ejemplo, que la Oficina Regional Lima, en la que se ha identificado a 289 internos, tenga un único profesional psiquiatra y que incluso solo trabaje de modo itinerante en este departamento, como también es inadmisible que los 168 internos identificados en el resto de oficinas regionales del país no tengan atención médica psiquiátrica.

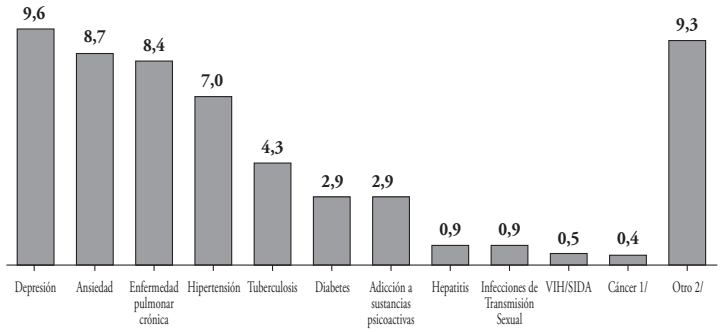
50. Esta práctica trae como consecuencia que la gran lista de espera por atención de salud mental en los nosocomios del MINSA u otros centros hospitalarios especializados siga en crecimiento, mientras que los internos continúan recluidos sin cumplirse las condiciones mínimas de dignidad, sin condiciones mínimas de atención al cuidado de su salud mental.

La accesibilidad de las personas privadas de su libertad a los servicios de salud mental

51. En abril del 2016 se llevó a cabo el Primer Censo Nacional Penitenciario por el Instituto Nacional de Estadística e Información (INEI. En él se determinó que el 9,6 % de la población penal padece de depresión, es decir, 7 321 internos(as), seguido por el 8,7 % de internos(as) con ansiedad (6 581), el 8,4 % con enfermedad pulmonar crónica (6 416) y el 7,0 % con hipertensión (5 312) entre otros. Estas cifras reflejan la falta de interés en mostrar la realidad de la población penitenciaria con problemas de salud mental, pues no se recabó información que permita conocer la cantidad de internos que sufren de trastornos psíquicos y psicológicos y que empeoran en el contexto de encierro; cuadros psíquicos que no podemos dar por incluidos en el padecimiento de "depresión"[14], por ser este solo uno de los múltiples trastornos de salud mental que existen.

hipertensión (5 mlt 312) entre otros

GRÁFICO N° 1.7
POBLACIÓN PENITENCIARIA, SEGÚN TIPO DE ENFERMEDAD QUE PADECE, 2016
(Porcentaje)



1/ Comprende Cáncer de colón, útero, mama, estómago, piel, próstata entre otros.
2/ Comprende alergías, anemia, apéndice, entre otros.
Fuente: Instituto Nacional de Estadística - Censo Nacional de Población Penitenciaria.

52. Estas cifras reflejarían, además, el casi nulo grado de prioridad que le otorga el Estado peruano al servicio de salud mental en las cárceles.

53. Asimismo, en lo referido a garantizar la accesibilidad para la atención de salud, la principal relación interinstitucional con la que cuenta el Instituto Nacional Penitenciario es con el Ministerio de Salud. Dicha relación se ha visto obstacu-

14 La depresión es un trastorno mental frecuente y una de las principales causas de discapacidad en todo el mundo. Afecta a más de 300 millones de personas en todo el mundo, con mayor prevalencia en las mujeres que en los hombres. *Cfr. http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs396/es/*

lizada por la dificultad en la inclusión de la población penitenciaria dentro del público objetivo del Sistema Integral de Salud (SIS), que básicamente preveía la atención de la población penitenciaria en situaciones de emergencia o si se trataba de internas gestantes y sus hijos e hijas menores de edad. Esto ha cambiado en julio de 2009 (Decreto Legislativo 1164, en el marco de la Reforma de la Salud); sin embargo, aún persisten algunos problemas administrativos que han impedido la afiliación de la población penal total al SIS.

54. La accesibilidad del servicio de salud presenta cuatro dimensiones superpuestas:

i) No discriminación: los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles, de hecho y de derecho, a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos[15].

En este punto, cabe precisar que el personal de salud que trabaja en los lugares de privación de la libertad tiene las mismas obligaciones profesionales éticas con sus pacientes que el personal que trabaja en los servicios de salud externos[16].

1418

ii) Accesibilidad física: los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance geográfico de todos los sectores de la población, en especial los grupos vulnerables o marginados, como las minorías étnicas y poblaciones indígenas, las mujeres, los niños, los adolescentes, las personas mayores, las personas con discapacidades y las personas con VIH/SIDA. La accesibilidad también implica que los servicios médicos y los factores determinantes básicos de la salud, como el agua limpia potable y los servicios sanitarios adecuados, se encuentran a una distancia geográfica razonable, incluso en lo que se refiere a las zonas rurales.

---

15 En virtud de lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 2 y en el artículo 3, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, prohíbe toda discriminación en lo referente al acceso a la atención de la salud y los factores determinantes básicos de la salud, así como a los medios y derechos para conseguirlo, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o posición social, situación económica, lugar de nacimiento, impedimentos físicos o mentales, estado de salud (incluidos el VIH/SIDA), orientación sexual y **situación política, social o de otra índole que tengan por objeto o por resultado la invalidación o el menoscabo de la igualdad de goce o el ejercicio del derecho a la salud.**

16 Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, regla 25. 1) El médico estará encargado de velar por la salud física y mental de los reclusos. Deberá visitar diariamente a todos los reclusos enfermos, a todos los que se quejen de estar enfermos y a todos aquellos sobre los cuales se llame su atención. 2) El médico presentará un informe al director cada vez que estime que la salud física o mental de un recluso haya sido o pueda ser afectada por la prolongación, o por una modalidad cualquiera de la reclusión.

En referencia a ello, cabe señalar que solo el establecimiento penitenciario de Lurigancho dispone de camas de hospitalización para pacientes con trastornos mentales (solo varones); empero, este reconocimiento no ha traído consigo ningún tipo de beneficio, pues resulta aún insuficiente para el establecimiento más grande del Perú y uno de los más hacinados de América Latina. Y resulta, aún menos beneficioso si tomamos en consideración que tenemos 68 establecimientos penitenciarios distribuidos a nivel nacional.

iii) Accesibilidad económica (asequibilidad): los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance de todos. Los pagos por servicios de atención de la salud y servicios relacionados con los factores determinantes básicos de la salud deberán basarse en el principio de la equidad, a fin de asegurar que esos servicios, sean públicos o privados, estén al alcance de todos, **incluidos los grupos socialmente desfavorecidos**. La equidad exige que sobre los hogares más pobres no recaiga una carga desproporcionada, en lo que se refiere a los gastos de salud, en comparación con los hogares más ricos.

Como ya se ha puesto de manifiesto, la población que padece o ha padecido de algún trastorno mental pertenece, en su mayoría, al grupo poblacional en situación de pobreza o extrema pobreza y, si son personas privadas de libertad, la vulnerabilidad se refuerza, lo que trae como consecuencia que la brecha de acceso a algún servicio de salud por su cuenta se incremente. Por ello, como el Estado es el encargado de velar por la vigencia de los derechos de las personas privadas de libertad, debe velar también por implementar al ciento por ciento la gratuidad de acceso al servicio de salud mental, así como eliminar toda barrera burocrática que impida su atención o cobertura de salud.

iv) Acceso a la información: ese acceso comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información e ideas acerca de las cuestiones relacionadas con la salud. Con todo, el acceso a la información no debe menoscabar el derecho de que los datos personales relativos a la salud sean tratados con confidencialidad.

Al respecto, es importante que el Estado a través de los sectores correspondientes emprenda una campaña de sensibilización a los funcionarios penitenciarios, así como a los mismos internos, respecto a sus derechos y las obligaciones que tiene el Estado con ellos, en particular, sobre su derecho a la salud.

Asimismo, urge que en cada establecimiento penitenciario haya un tópico de salud, que a su vez maneje las historias médicas de los privados de libertad que padecen de alguna enfermedad psiquiátrica, además de un registro que permita contar con una cifra oficial que ayude a su seguimiento y tratamiento adecuado.

Las dimensiones de disponibilidad y accesibilidad del derecho a la salud mental como obligaciones estatales de respetar, proteger y cumplir

55. En general, los derechos fundamentales suponen para el Estado el despliegue de un conjunto de niveles obligacionales, los que son exigibles independientemente de si se trata de derechos de libertad o de derechos de faceta prestacional. En ese sentido, el Estado tiene, principalmente, obligaciones de respetar, proteger, cumplir o satisfacer y, de ser el caso, reparar (sobre estas últimas obligaciones, Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, 21 de julio de 1989, párr. 25).

56. En el caso del derecho fundamental a la salud, la citada Observación General 14, señala que, al igual que todos los derechos humanos, el derecho a la salud impone tres tipos o niveles de obligaciones a los Estados Partes: la obligación de respetar, proteger y cumplir. A su vez, la obligación de cumplir comprende la obligación de facilitar, proporcionar y promover[17]. La obligación de *respetar* exige que los Estados se abstengan de injerirse directa o indirectamente en el disfrute del derecho a la salud. La obligación de *proteger* requiere que los Estados adopten medidas para impedir que terceros interfieran en la aplicación de la garantía prevista en el artículo 12. Por último, la obligación de *cumplir* requiere que los Estados adopten medidas apropiadas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de otra índole para dar plena efectividad al derecho a la salud.

57. Respecto a lo anterior, los Estados tienen la obligación de *respetar* el derecho a la salud, en particular **absteniéndose de denegar o limitar el acceso igual de todas las personas, incluidos los presos o detenidos**, los representantes de las minorías, los solicitantes de asilo o los inmigrantes ilegales, a los servicios de salud preventivos, curativos y paliativos; abstenerse de imponer prácticas discriminatorias como política de Estado; y abstenerse de imponer prácticas discriminatorias en relación con el estado de salud y las necesidades de la mujer.

17 Según las observaciones generales Nº 12 y Nº 13, la obligación de cumplir incorpora una obligación de facilitar y una obligación de proporcionar. En la presente observación general, la obligación de cumplir también incorpora una obligación de promover habida cuenta de la importancia crítica de la promoción de la salud en la labor realizada por la OMS y otros organismos.

58. Las obligaciones de *proteger* incluyen, entre otras, las obligaciones de los Estados de adoptar leyes u otras medidas para velar **por el acceso igual a la atención de la salud y los servicios relacionados con la salud proporcionados por terceros; velar porque la privatización del sector de la salud no represente una amenaza para la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los servicios de atención de la salud**; controlar la comercialización de equipo médico y medicamentos por terceros, y asegurar que los facultativos y otros profesionales de la salud reúnan las condiciones necesarias de educación, experiencia y deontología.

59. La obligación de *cumplir* requiere, en particular, que los Estados Partes reconozcan suficientemente el derecho a la salud en sus sistemas políticos y ordenamientos jurídicos nacionales, de preferencia mediante la aplicación de leyes, y adopten una política nacional de salud acompañada de un plan detallado para el ejercicio del derecho a la salud. Los Estados tienen que velar por la apropiada formación de facultativos y demás personal médico, la existencia de un número suficiente de hospitales, clínicas y otros centros de salud, así como por la promoción y el apoyo a **la creación de instituciones que prestan asesoramiento y servicios de salud mental, y debe tener debidamente en cuenta la distribución equitativa a lo largo del país. Otras obligaciones incluyen el establecimiento de un sistema de seguro de salud público, privado o mixto que sea asequible a todos.**

60. La obligación de *cumplir (facilitar)* requiere en particular que los Estados adopten medidas positivas que permitan y ayuden a los particulares y las comunidades a disfrutar del derecho a la salud. Los Estados Partes también tienen la obligación de *cumplir (facilitar)* **un derecho específico enunciado en el Pacto en los casos en que los particulares o los grupos no están en condiciones, por razones ajenas a su voluntad, de ejercer por sí mismos ese derecho con ayuda de los medios a su disposición**.

Análisis del caso concreto

61. Ahora bien, en el caso concreto, la recurrente afirma que el favorecido fue suboficial de la Policía Nacional del Perú y que en tal condición desempeñó labores en zona de emergencia en el departamento de Ayacucho, lo cual le generó graves problemas psicológicos y psiquiátricos que lo llevaron a involucrarse en la muerte de su pareja sentimental; hecho por el que fue sentenciado a una pena privativa de libertad efectiva, la cual viene cumpliendo en el Establecimiento Penitenciario de Lurigancho.

62. Asimismo, la accionante manifiesta que esta reclusión ha deteriorado aún más el estado de salud mental del favorecido, ya que, a la fecha, sufre de esquizofrenia psicosis paranoide que lo ha llevado a descuidar su persona y a desconocer a su familia. Por tal razón, la demandante refiere que solicitó oportunamente a las autoridades del INPE el traslado inmediato del beneficiario a un hospital psiquiátrico a fin de que reciba un tratamiento médico especializado; sin embargo, se le denegó su solicitud.

63. Conforme se advierte a fojas 46 de autos, el médico Andrés Zevallos Echeverría, psiquiatra del Hospital Víctor Larco Herrera, mediante informe médico de fecha 21 de marzo de 2013, concluye que don M. H. F. C. presenta un cuadro de tipo psicosis, esquizofrenia paranoide.

64. De igual forma, el referido médico, al brindar su declaración testimonial, refiere que en su condición de médico cirujano especialista en psiquiatría ha evaluado al favorecido en el interior del Establecimiento Penitenciario de Lurigancho desde el año 2010 hasta diciembre 2014, de manera regular durante el año 2013 y de forma periódica en el año 2014. Además, recuerda que también lo ha visitado en forma particular a solicitud de la señora madre del paciente (folio 369).

65. En esa dirección, manifiesta que el favorecido presenta un cuadro tipo psicótico caracterizado por una esquizofrenia paranoide, de acuerdo con la décima clasificación de enfermedades mentales de la Organización Mundial de la Salud. De esta manera, concluye que, para la mejor recuperación de los problemas de salud mental que padece el beneficiario, sería conveniente que se le interne en un centro especializado capaz de garantizar que no se deteriore aún más su estructura psicológica y su personalidad.

66. A pesar de la opinión del médico Zevallos Echeverría, se rechazó la solicitud de la madre del favorecido para que se concrete su traslado a un centro médico especializado en los términos antes señalados.

67. De otro lado, del contenido de la historia clínica que el favorecido registra en el Establecimiento Penitenciario de Lurigancho, se observa que fue evaluado en varias oportunidades por personal médico del Instituto Nacional Penitenciario.

68. Así, se aprecian los informes psiquiátricos de 2 de agosto de 2013, 4 de octubre de 2013, 11 de noviembre de 2013, 25 de febrero de 2014, 21 de marzo de 2014, 11 de julio de 2014, entre otros, que obran en autos a fojas 276, 275, 272, 269, 266, respectivamente, los cuales concluyen que el beneficiario no evidencia síntomas ni signos de alguna enfermedad mental durante su evaluación, y que por tanto no requería tratamiento farmacológico psiquiátrico.

69. Es obvia la contradicción, al mismo tiempo, entre las respectivas evaluaciones médicas. El médico del Hospital Víctor Larco Herrera del Ministerio de Salud (por ejemplo, en marzo de 2013 y diciembre de 2014) diagnostica enfermedad mental en el favorecido (cuadro de tipo psicosis, esquizofrenia paranoide) y recomienda atención en un centro médico especializado, mientras que, paralelamente, el médico de la Sub dirección de Salud Penitenciario del INPE (por ejemplo, en agosto de 2013 y agosto del 2014) concluye que no se evidencian signos de enfermedad mental en el favorecido y que no se requiere tratamiento farmacológico psiquiátrico.

70. Asimismo, a fojas 401 aparece la Evaluación Psiquiátrica 001301-2015-PSQ de la División Clínico Forense del Instituto de Medicina Legal del Ministerio Público, realizada al favorecido en el Establecimiento Penal de Lurigancho, el 9 de enero de 2015. Allí se resalta que el favorecido tiene antecedente de haber sido diagnosticado de esquizofrenia paranoide en el hospital Larco Herrera, pero que en el momento de la evaluación se encontraba clínica y mentalmente estable, no requiriendo ser trasladado a una institución psiquiátrica especializada. También concluye que el favorecido "debe continuar con el control médico psiquiátrico ambulatorio, a cargo del médico psiquiatra del Establecimiento penal".

71. De lo expuesto se acredita la afectación del derecho a la salud del favorecido, en la medida que, mínimamente, no se continuó con el control médico psiquiátrico ambulatorio por parte del INPE, y además porque a ello se suma la falta de una efectiva disponibilidad y accesibilidad al servicio de salud mental que debió brindarle el INPE durante los 10 años que estuvo recluido. En efecto, el beneficiario ya ha salido del ámbito penitenciario al haberse cumplido en el año 2018 la condena que se le impuso, motivo por el que, como se ha mencionado al inicio, se ha producido la sustracción de la materia en cuanto al emplazado INPE. Sin embargo, el Tribunal Constitucional, considerando la magnitud del agravio producido, pues la situación del favorecido es representativa de todo un grupo de personas que, estando internadas en alguno de los establecimientos penitenciarios del país, adolecen de problemas de salud mental y *aún no han sido diagnosticadas debidamente ni han recibido tratamiento*, decidió pronunciarse sobre el fondo de la controversia de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1, *segundo párrafo*, del Código Procesal Constitucional.

Estado de cosas inconstitucional y el derecho a la salud mental de los reclusos

72. Es claro que lo resuelto en el presente caso es directamente vinculante para las partes intervinientes. Sin embargo, el Tribunal Constitucional observa que la situación en la que se ha visto el favorecido es representativa de todo un grupo de personas que, estando internadas en alguno de los establecimientos penitencia-

rios del país, tienen problemas de salud mental y *aún no han sido diagnosticadas ni han recibido tratamiento*.

73. Esta grave situación exige que el Tribunal Constitucional expida una sentencia para buscar remediar una generalizada y sistemática violación del derecho fundamental a la salud de las personas internadas en establecimientos penitenciarios, ordenando a las respectivas autoridades (INPE, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Ministerio de Salud, Ministerio de Economía y Finanzas, y Poder Legislativo), la elaboración y ejecución efectiva de un sistema penitenciario de salud mental.

74. Este tipo de sentencias no buscan de ningún modo *reemplazar* a tales autoridades en el ejercicio de sus funciones, sino mas bien *restablecer* la capacidad institucional de estas en la protección de una masiva violación de derechos fundamentales. Al Tribunal Constitucional, en tanto órgano jurisdiccional, no le corresponde elaborar o ejecutar políticas públicas en materia penitenciaria. No obstante, lo que no puede dejar de hacer es controlar la Constitución (artículo 201 de la Constitución) y defender los derechos fundamentales cuando el Estado actúe deficientemente o no actúe conforme a sus competencias constitucionales (artículo 200 de la Constitución).

75. En tal sentido, seguidamente debe evaluarse si es de aplicación la técnica del estado de cosas inconstitucional y, si es así, dictar las decisiones pertinentes que coadyuven a reparar tal estado de inconstitucionalidad. Dicha técnica, en concreto, se refiere a extender los alcances *inter partes* de la sentencia a todos aquellos casos en los que de la realización de un acto u omisión se haya derivado o generado una violación generalizada de derechos fundamentales de distintas personas.

76. A estos efectos, es preciso que la violación de un derecho constitucional se derive de un único acto o de un conjunto de actos interrelacionados entre sí, que, además de lesionar el derecho constitucional de quien interviene en el proceso en el que se produce la declaración del estado de cosas inconstitucionales, vulnere o amenace derechos de otras personas ajenas al proceso (Expediente 02579-2003-HD/TC FJ 19).

77. Del caso de autos se desprende, como lo reconoce el INPE y la Defensoría del Pueblo, y es de público conocimiento, que la situación del favorecido representa una situación idéntica a la de aquellas personas que se encuentran internadas en los establecimientos penitenciarios del país y que, a pesar de tener problemas de salud mental, no reciben un tratamiento médico especializado en razón de

que los centros de reclusión que administra el INPE no cuentan con infraestructura ni médicos especialistas en psiquiatría que, de manera permanente o itinerante, atiendan a los internos que demandan este servicio, como tampoco disponen de especialistas en psicología clínica, pues los psicólogos que tiene actualmente se dedican en general a los programas de resocialización con inclinación educacional.

78. Por ello, en cuanto a la *disponibilidad* del servicio de salud mental, es imperiosa la creación de servicios de salud mental permanentes en aquellos establecimientos penitenciarios que por el número de internos-pacientes se requiera, así como la determinación de los servicios de salud mental del MINSA que en coordinación con el INPE vayan a atender a los internos que requieran atención temporal. Para tal efecto, es indispensable que el Poder Ejecutivo (Ministerio de Economía y Finanzas, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, y Ministerio de Salud) en coordinación con el Poder Legislativo asignen el presupuesto económico suficiente para la implementación de las medidas antes referidas así como para la mejora de la infraestructura penitenciaria que permita la creación de estos espacios, además de la contratación de personal de salud mental para cada Oficina Regional Penitenciaria.

79. Del mismo modo, respecto a la *accesibilidad*, el Estado debe velar por una atención íntegra y gratuita de la salud mental de las personas privadas de libertad; por lo tanto, debe cumplir con la implementación total del Seguro Integral de Salud en todos los centros penitenciarios, así como procurar la coordinación con los distintos sectores para la eliminación de cualquier tipo de medida que tienda a obstruir la atención medica de los internos.

80. Si bien hoy existe la mencionada Ley 30947, de salud mental, en cuyo artículo 11 se menciona que el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, en coordinación con el Ministerio de Salud, tienen la responsabilidad de velar por la salud mental de las personas privadas de su libertad, es claro que dicho artículo va a requerir de un proceso de implementación que a**ú**n no tiene cronograma y no se sabe cuándo pueda ser expedido. Cabe recordar que el Código de Ejecución Penal, aprobado por Decreto Legislativo 654, publicado el 2 de agosto de **1991**, establece en su artículo 6 que al ingresar al establecimiento penitenciario el interno debe ser examinado por el servicio de salud para conocer su estado de salud física y mental; en el artículo 76, que el interno tiene derecho a alcanzar, mantener o recuperar el bienestar físico y mental, y que la Administración penitenciaria proveerá lo necesario para el desarrollo de las acciones de prevención, promoción y recuperación de la salud; y, en el artículo 79, que los

establecimientos penitenciarios deben contar, entre otras, con zonas específicas para el tratamiento psiquiátrico. Han pasado 28 años y aún no efectivizan tales disposiciones legislativas.

Asimismo, cabe destacar que en el Expediente 03426-2008-PHC/TC, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 3 de noviembre de **2010**, el Tribunal Constitucional declaró como un estado de cosas inconstitucional "la falta de una política de tratamiento y rehabilitación de la salud mental de personas que se encuentran sujetas a medidas de seguridad de internación por padecer de una enfermedad mental". Aunque relacionado de alguna forma con lo identificado en el presente caso (ausencia de una determinada política pública de salud metal), aquel estado se refería más bien al incumplimiento de una orden judicial (traslado e internamiento de un sentenciado en centro hospitalario). Han pasado 8 años de tal sentencia y aún no se aprecia ni la existencia, ni la efectividad, de una política pública que restablezca la capacidad institucional de las respectivas instituciones, tal como fue dispuesto por este Tribunal.

De igual forma, la Defensoría del Pueblo, en el aludido Informe Defensorial 180, de diciembre de 2018, emitió, entre otras conclusiones, la siguiente: "8. Actualmente no existe un plan nacional de salud mental que estandarice la forma de abordar el problema de la salud mental a nivel sectorial y multisectorial".

Evidenciando aún más la grave situación en la que se encuentra el derecho a la salud mental de las personas internadas en establecimientos penitenciarios, cabe destacar que, pese a haberse declarado en emergencia el sistema penitenciario nacional y el INPE, hasta la fecha no se han dado medidas efectivas que aborden el *diagnóstico y tratamiento* de su salud mental, según lo reconoce el propio INPE. En efecto, el 6 de enero de **2017** se publicó el Decreto Legislativo 1325, que "declara en emergencia y dicta medidas para la reestructuración del Sistema Nacional Penitenciario y el Instituto Nacional Penitenciario" por el plazo de 2 años. En el artículo 3.2 de dicha norma se establece que "Para el mejoramiento de la atención de la salud mental, las instituciones públicas del Sistema Nacional de Salud que brindan estos servicios coordinan con el INPE e impulsan programas de tratamiento integral que permitan la atención, medicación y/o traslado definitivo de las personas con problemas en salud mental a un centro especializado". Sin embargo, pese a tal declaración de emergencia, el INPE, en el citado Oficio 091-2019-INPE/12-04, de fecha 18 de febrero de 2019, elaborado por la Dirección de Tratamiento Penitenciario y la Sub dirección de Salud Penitenciaria del INPE, cuando ya había vencido el plazo de 2 años establecido

el referido Decreto Legislativo 1325, informa que i) el INPE no cuenta con un protocolo establecido para la detección y tratamiento de un interno que sufre de alguna enfermedad mental; ii) no existen estudios epidemiológicos sobre la prevalencia de diferentes enfermedades y trastornos mentales en la población penitenciaria nacional; iii) existe un médico psiquiatra a nivel nacional; y iv) existen graves deficiencias en infraestructura, etc. Hoy, mediante el artículo 1 del Decreto Supremo 013-2018-JUS, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 30 de diciembre de 2018 se ha prorrogado, por única vez, la declaratoria de emergencia dispuesta por el Decreto Legislativo 1325, a partir del 7 de enero de 2019 y por un plazo de 2 años (hasta enero del 2021). Todo ello, demuestra que en 2 años de haberse dictado la declaratoria de emergencia no se han establecido medidas mínimas y básicas sobre el *diagnóstico y tratamiento* de la salud mental de tales internos.

Todas estas razones justifican ineludiblemente el control de dicha actividad estatal por parte del Tribunal Constitucional, así como la adopción de medidas que conlleven a *restablecer* la capacidad institucional de las respectivas instituciones.

81. En consecuencia, de conformidad con lo expuesto en los párrafos que anteceden, el Tribunal Constitucional considera que debe declararse un *estado de cosas inconstitucional* respecto de la *falta de diagnóstico y tratamiento de la salud mental de las personas que se encuentran internadas en los establecimientos penitenciarios del país* y que, a pesar de tener problemas de salud mental, no reciben un tratamiento médico especializado. Por tanto, es imperativo adoptar las siguientes medidas: **a)** Ordenar al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, y al Instituto Nacional Penitenciario, en coordinación con el Ministerio de Salud, diseñar, proponer y ejecutar un plan de acción que, en un plazo máximo que vence el 6 de enero de 2021, pueda asegurar la disponibilidad y accesibilidad del servicio de salud mental de las personas privadas de su libertad a nivel nacional; **b)** Ordenar al Instituto Nacional Penitenciario que elabore, en coordinación con el Ministerio de Salud, en un plazo máximo de 3 meses, contados desde la fecha de publicación de la presente sentencia, un Protocolo de Atención de Salud Mental de las personas privadas de libertad, la cual tenga como objetivos: 1) detectar, diagnosticar y tratar a todos los internos que sufran algún tipo de trastorno mental (atención clínica); 2) mejorar la calidad de vida de los enfermos mentales (rehabilitación); y 3) optimizar la reincorporación social y la derivación adecuada a un recurso sociosanitario comunitario (reinserción social); **c)** Ordenar al Instituto Nacional Penitenciario que, en coordinación con el Ministerio de Salud, asegure el sinceramiento de las cifras estadísticas e

identifique el total de la población penitenciaria que padece de algún tipo de trastorno mental; **d)** Disponer que el Poder Ejecutivo, en coordinación con el Poder Legislativo, pueda realizar las gestiones pertinentes que tiendan al aseguramiento presupuestario de dicho plan de acción; y **e)** Ordenar al INPE que informe al Tribunal Constitucional, cada tres meses, del avance de lo aquí dispuesto, quedando habilitado, desde su publicación, para la supervisión del cumplimiento de lo ordenado.

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

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda por cuanto se afectó el derecho a la salud del favorecido; y, en consecuencia, ordenar al Ministerio de Salud la inmediata evaluación del favorecido M. H. F. C. para su respectivo diagnóstico y tratamiento.

2. Declarar un ***estado de cosas inconstitucional*** con respecto a la situación de salud mental de las personas que se encuentran internadas en los establecimientos penitenciarios del país.

3. Ordenar al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, y al Instituto Nacional Penitenciario, en coordinación con el Ministerio de Salud, diseñar, proponer y ejecutar un plan de acción que, en un plazo máximo que vence el 6 de enero de 2021, pueda asegurar la disponibilidad y accesibilidad del servicio de salud mental de las personas privadas de su libertad a nivel nacional.

4. Ordenar al Instituto Nacional Penitenciario que elabore, en coordinación con el Ministerio de Salud, en un plazo máximo de 3 meses, contados desde la fecha de publicación de la presente sentencia, un protocolo para la detección y tratamiento de un interno que sufre de alguna enfermedad mental, conforme a lo expuesto en el fundamento 81 de la presente sentencia.

5. Ordenar al Instituto Nacional Penitenciario que, en coordinación con el Ministerio de Salud, en un plazo máximo de 12 meses, contados desde la fecha de publicación de la presente sentencia, identifique el total de la población penitenciaria que padece de algún tipo de trastorno mental.

6. Disponer que el Poder Ejecutivo, en coordinación con el Poder Legislativo, pueda realizar las gestiones pertinentes que tiendan al aseguramiento presupuestario de dicho plan de acción.

7. Ordenar al Instituto Nacional Penitenciario que informe al Tribunal Constitucional, cada tres meses, del avance de lo dispuesto en la presente sentencia, quedando habilitado, desde su publicación, para la supervisión del cumplimiento de lo aquí se ha ordenado.

Publíquese y notifíquese,

SS.

MIRANDA CANALES
RAMOS NÚÑEZ
LEDESMA NARVÁEZ
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA
FERRERO COSTA

PONENTE LEDESMA NARVAEZ

EXP. N.° 4007-2005-PHC/TC
LIMA
M.H.F.C.

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO MIRANDA CANALES

Coincidiendo con lo resuelto en mayoría, considero pertinente expresar algunas consideraciones adicionales:

Como ya lo señalé en el fundamento de voto emitido en el expediente 853-2015-PA/TC (Caso Marleni Cieza) en aquellos supuestos en los que la vulneración de los derechos fundamentales afectan a un gran número de personas y cuya solución involucre el concurso de varias entidades estatales, para su solución se requiere el diseño y ejecución de políticas públicas, aspectos que exceden la competencias de la Justicia Constitucional. Es por ello que en estos casos la solución no debe ser dictada unilateralmente por las instancias jurisdiccionales, sino que deben ser el producto de un diálogo entre los diferentes actores sociales.

En este sentido, si bien concuerdo con el fallo, considero que hubiera sido mejor si, de manera previa a la expedición de la sentencia, se convocaba a las entidades púbicas directamente involucradas con el diseño y ejecución de las políticas públicas referidas a la salud mental de los internos de los establecimientos penitenciarios, a fin de que propongan las medidas necesarias para superar el estado de cosas inconstitucional.

SR.

MIRANDA CANALES

EXP. N.° 04007-2015-PHC/TC
LIMA
M.H.F.C.

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Coincido con lo resuelto por mis colegas magistrados, pero debo señalar lo siguiente:

Sobre el control de políticas públicas

1. Un consenso actual en el marco del Estado Constitucional es que no hay ámbitos exonerados de control constitucional. Uno de dichos ámbitos es, desde luego, el referido a los deberes de la Administración pública para tutelar y promover los derechos fundamentales.

2. Al respecto, el Tribunal Constitucional ya ha tenido ocasión de esclarecer que, en su condición de organismo llamado a garantizar la supremacía normativa de la Constitución y de los derechos fundamentales, se encuentra habilitado para controlar las políticas públicas adoptadas por las entidades competentes, de manera más clara cuando estás responden (o debieran responder) a la satisfacción de derechos sociales (entre varias otras: STC Exp. n.° 0014-2014-PI y otros (acumulados), y STC Exp. n.° 03228-2012-AA).

3. Ahora bien, es pertinente mencionar que en muchas ocasiones algunas entidades tienden a no aceptar diversas formas de control, y entre estas, a no aceptar inclusive la interpretación vinculante y el control jurisdiccional que realiza este órgano colegiado. Frente a ello, este Tribunal ha venido consolidando, a través del tiempo y de diferentes composiciones, algunas pautas o criterios que deben tenerse en cuenta para el control constitucional de las políticas públicas (cfr. STC Exp. n.° 0033-2010-PI, f. j. 29; STC Exp. n.° 03228-2012-PA/TC, f. j. 39). Como he mencionado (por ejemplo, en mis votos en las SSID Exp n.° 04086-2016-AA y 03376-2016-AA), por mi parte considero que estas pautas o criterios constituyen un interesante y útil "test deferente o mínimo para el control constitucional de las políticas públicas".

4. Así, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la judicatura constitucional es competente para evaluar cuando menos lo siguiente, al momento de hacer el control de constitucionalidad de las políticas públicas:

   Déficits de existencia: si se ha obviado la formulación de un plan o política que enfrente determinado problema relativo a al derecho fundamental que se alega afectado.

   Déficits de ejecución: si no se han realizado o materializado efectivamente los planes adecuadamente formulados.

   Déficits de consideración suficiente: en caso se haya desatendido las dimensiones o principios relevantes del derecho invocado en la formulación o implementación de las políticas públicas pertinentes.

   Déficits de respeto suficiente: que, a diferencia de los déficits de consideración, aluden a trasgresiones graves o manifiestas del derecho invocado. Los déficits de respeto suficiente, a su vez, pueden ser déficits de violación manifiesta, en caso se haya establecido políticas claramente contrarias a los principios que rigen el derecho fundamental alegado; déficits de razonabilidad, si se han adoptado de medidas claramente inconducentes; y déficits de protección básica o elemental, con respecto a políticas insuficientes para el cumplimiento de determinados objetivos prioritarios del derecho en cuestión.

   Déficits de confrontación de problemas estructurales: en caso no se haya enfrentado asuntos que impiden la ejecución efectiva de las políticas públicas y terminen generando resultados negativos en el derecho eventualmente afectado. Estos, entre otros, pueden ser déficits de participación política, si se ha adoptado una política pública referida al derecho sin permitir la participación de la sociedad civil o de los directamente afectados por ella; déficits de transparencia, si no existe información pública actual y accesible sobre las políticas públicas y su ejecución; déficits de control, si no se han establecido o implementado debidamente formas supervisión o mecanismos de rendición de cuentas respecto a las políticas implementadas; déficits de evaluación de impacto, si se ha procedido sin establecer líneas de base o indicadores con enfoque de derechos que permitan evaluar los impactos de la política pública en el goce efectivo del derecho analizado.

5. Como también he señalado antes, se trata de un "test mínimo" o "formal", en la medida que circunscribe la actividad de control constitucional tan solo a estos estándares básicos, sin que quepa a la judicatura constitucional fijar de inicio, y con carácter perentorio, el contenido y desarrollo específico o máximo que

le correspondería tener a las políticas públicas que son objeto de evaluación. Es, asimismo, un test de "déficits", en función a que básicamente se pretende evaluar el incumplimiento o el cumplimiento deficiente de los estándares planteados, mas no, en principio, determinar los exactos contornos ni los posibles alcances de las políticas institucionales bajo examen. Finalmente, es un test "deferente" con los actores institucionales más directamente involucrados con el establecimiento y la concreción de las políticas públicas, pues es respetuoso de las competencias constitucionales propias y ajenas, y, a la vez, no claudica en la tarea de realizar un control exigente, dirigido a la satisfacción de los diferentes derechos involucrados.

6. En este caso en concreto, tenemos que la política enjuiciada, o en realidad la omisión estatal en cuanto a la implementación de una política pública, básicamente se centra en dos elementos del derecho a la salud: accesibilidad y disponibilidad. Dichos elementos también se tomaron en cuenta en la declaración de estado de cosas inconstitucional en el año 2010.

7. En dicho expediente, el 03426-2008-PHC, se denunció una completa desatención de la salud mental, en lo que se configura como un déficit de inexistencia pues no existía plan o política para afrontar el problema de derecho fundamental que expuso el Tribunal en aquella ocasión. Ahora bien, podría discutirse si estamos ante el mismo déficit o a alguno distinto que habilite a un pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre la pretensión planteada.

8. Como señala la propia sentencia en el fundamento 80 y subsiguientes, desde el momento en que se dio el anterior estado de cosas inconstitucionales se han dado algunos cambios en la legislación peruana. La ley 30947, Ley de Salud Mental contiene una norma que atribuye responsabilidad al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos en la atención por salud mental de personas privadas de libertad, actividad que debe darse en coordinación con el Ministerio de Salud.

9. Si bien ello no resulta suficiente para señalar con toda certeza que el déficit de existencia ha sido superado, pues este va más allá de la ley, si nos permite trasladar el énfasis de la discusión en este caso al déficit de ejecución y al déficit de consideración suficiente. En cuanto al primero, la sentencia ha dado cuenta de los múltiples problemas que se presentan continuamente en la accesibilidad a las atenciones en salud mental en la situación específica de personas que se encuentran privadas de su libertad personal, estas incluyen, entre otras, el hecho de que no se haya formulado un protocolo para el tratamiento de un interno

con problemas de salud mental o que solo exista un médico psiquiatra a nivel nacional.

En esa misma línea encontramos la falta de implementación de las normas pertinentes del Código Ejecución Penal.

10. El déficit de consideración suficiente se manifiesta, a su vez, en la disponibilidad del servicio de salud mental, tal como ha sido expuesto en el fundamento 78 de la sentencia, toda vez que no se ha tomado en cuenta la vulneración de derechos en la asignación de recursos económicos para la implementación de medidas, asi como la provisión de infraestructura para atender el problema descrito, entre otras medidas pertinentes.

11. En cuanto a la declaración de un nuevo estado de cosas inconstitucional, cabe recordar que hoy los Tribunales constitucionales cumplen, entre otras, funciones de "integración social", lo cual implica, a su vez, entre otros elementos, que los jueces y juezas constitucionales realicen tareas vinculadas a la inclusión social, dirigidas a asegurar la participación de toda persona en la sociedad en que vive, para que encuentre allí condiciones para el desarrollo de su proyecto de vida. En dicho contexto, considero que queda plenamente justificado que este Tribunal Constitucional tutele los derechos fundamentales no solo desde una perspectiva individual, sino también coadyuvando a que sean desmontadas estructuras sociales injustas, muchas veces avaladas o consentidas por el Estado (por acción o por omisión).

12. El estado de cosas inconstitucional fijado en este caso, si bien no responde a un problema estructural de toda la sociedad, no por ello deja de tener importancia o responder a una vulneración generalizada en todo el Perú en los casos de personas recluidas con problemas de salud mental. Muy por el contrario, el hecho de que ya este mismo Tribunal haya recurrido a esta misma técnica en el expediente 03426-2008-PHC, permite corroborar con preocupación la falta de atención hacia los mencionados déficits en el derecho a la salud.

13. Esta insistencia en el estado de cosas inconstitucional no hace sino fortalecer la reciente decisión de este Tribunal Constitucional de implementar una Comisión de Seguimiento y Cumplimiento de Sentencias. Esta comisión ya ha iniciado su trabajo de velar por el cumplimiento de las decisiones del Tribunal Constitucional con el tratamiento de algunos casos, entre los cuales considero debiera siempre considerarse las declaraciones de estado de cosas inconstitucional, en la medida que se trata de casos que suelen tratar múltiples vulneraciones a derechos fundamentales.

14. La resolución del caso correspondiente a M.H.F.0 aparece como resultado de una sustracción de la materia, fruto de que el beneficiario ya estaría en libertad. Sin embargo, el pronunciamiento de este Tribunal, en sentido de declarar fundada la demanda, tiene asidero en el contraste de diversos documentos que acreditan la vulneración de los derechos del beneficiario. Si bien se ha dicho que existen documentos que entrarían en contradicción con los tomados en cuenta por este Tribunal, lo cierto es que existen suficientes pruebas de que, bajo cualquier concepto, el beneficiario tenía derecho a una atención de salud. Sin perjuicio de ello, considero que el Tribunal en futuros casos debiera precisar mejor sus reglas sobre validez de la prueba documental, tal como lo ha realizado en casos como Flores Callo (00799-2014-PA).

15. Contrario a lo que algunos creen, el proceso de hábeas corpus, así como los demás procesos constitucionales son procesos de tutela urgente, en los cuales se asume que la normatividad de la Constitución lleva a que no pueda dejar de resolverse, por más que se traten temas técnicos. De otro modo, claudicaríamos a la labor que nos ha sido encargada como jueces constitucionales.

Por estas razones, voto por declarar **FUNDADA** la demanda.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

EXP. N.° 04007-2015-PHC/TC
LIMA
M.H.F.C

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO FERRERO COSTA

Con el debido respeto por nuestra colega magistrada emitimos el presente fundamento de voto, pues si bien coincidimos con que la demanda sea declarada **FUNDADA** es necesario realizar las siguientes precisiones:

1. Melchora Castañeda Tuesta de Flores, madre de don M. H. F. C. solicita que el Instituto Nacional Penitenciario (INPE) disponga su traslado del Establecimiento Penitenciario de Lurigancho al centro psiquiátrico del Departamento de Psiquiatría del Hospital de la Policía Nacional del Perú, con la finalidad de que reciba un tratamiento médico especializado, toda vez que ostenta la enfermedad de esquizofrenia psicosis paranoide.

2. De autos se advierte que el beneficiario, a la presente fecha, cumplió en el Establecimiento Penitenciario de Lurigancho hasta el 8 de junio de 2018 su condena de 10 años de pena privativa de libertad efectiva. Por tanto, se ha producido sustracción de la materia. No obstante, en aplicación del artículo 1, segundo párrafo, interpretado a *contrario sensu* del Código Procesal Constitucional, estimamos que, dado el alcance de la lesión reclamada y que dicha situación se presenta en las cárceles del país, justifica un pronunciamiento del fondo del asunto.

3. En relación al fondo del asunto, coincidimos con las razones indicadas en la sentencia en mayoría. Sin embargo, cabe añadir que en el caso Chinchilla Sandoval vs Guatemala, la Corte IDH ha precisado que el Estado frente a las personas privadas de su libertad se encuentra en una posición de garante, porque las autoridades penitenciarias ejercen un fuerte control en las personas bajo su custodia[1]. A nuestro parecer, esta garantía se acentúa cuando se refiere a una persona con discapacidad que debe recibir un tratamiento médico.

1 Corte IDH. Caso Chinchilla Sandoval y otros vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de febrero de 2016. Serie C N 312, párrafo 168.

4. Por otro lado, de la documentación presentada por el INPE que obra a folio 33 del cuadernillo del Tribunal Constitucional se aprecia que a la fecha no se cuenta con un protocolo para la detección y tratamiento de un interno que ostenta alguna enfermedad mental. Situación que, consideramos, debe ser revertida en un breve plazo, toda vez que es una tarea conjunta de todos órganos del Estado promover la inclusión social y de fiscalizar su cumplimiento para así remover las barreras, y propiciar una reinserción de los presos a la sociedad conforme al inciso 22 del artículo 139 de la Constitución.

S.

FERRERO COSTA

EXP. N° 04007-2015-PHC/TC
LIMA
M.H.F.C.

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI, OPINANDO QUE DEBE AMPARARSE LA DEMANDA, DECLARAR EL ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONALES Y ORDENAR QUE CESE LA SITUACIÓN VIOLATORIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS PERSONAS CON PROBLEMAS DE SALUD MENTAL INTERNADAS EN LOS CENTROS PENITENCIARIOS DEL PAÍS

Con el debido respeto por la opinión de nuestros colegas Magistrados, discrepo de la sentencia de mayoría, en cuanto dispone el diseño y la ejecución de políticas públicas, lo que escapa del ámbito de competencias que detenta el Tribunal Constitucional.

Soy de la opinión que únicamente debe: 1) declararse **FUNDADA** la demanda por haberse acreditado la vulneración del derecho a la salud; 2) declararse un Estado de Cosas Inconstitucionales respecto de la situación de internos con problemas de salud mental en los establecimientos penitenciarios del país; y 3) ordenarse que, dentro de un plazo razonable, cese la situación violatoria de sus derechos fundamentales.

Desarrollo mi posición en los términos siguientes:

1. Si bien en el caso de los procesos constitucionales de la libertad (habeas corpus, amparo, habeas data y cumplimiento), la sentencia expedida, por lo general, vincula únicamente a las partes en litigio, el Tribunal Constitucional peruano, desde la sentencia expedida en el Expediente 2579-2003-HD/TC, Caso Julia Eleyza Arellano Serquén, ha utilizado la técnica del "Estado de Cosas Inconstitucionales", que en su momento implementara la Corte Constitucional Colombiana, a partir de su Sentencia 559/1997, con el fin resguardar a un grupo de personas frente a la violación masiva de sus derechos fundamentales.

2. Tal figura, como ya ha apuntado el Tribunal Constitucional, permite extender los alcances inter partes de las sentencias a todos aquellos casos en los que de la realización de un acto u omisión se hubiese derivado o generado una viola-

ción generalizada de derechos fundamentales de distintas personas (Cfr. STC 2579-2003-HD/TC, fundamento 19). Vale decir, que frente a la detección de una vulneración de derechos que afecta a un conjunto determinado de personas (no solo al primigenio demandante), se reconozca, por parte de los jueces constitucionales, una situación o un estado de cosas reñido con los postulados constitucionales y, en consecuencia, se disponga el cabal restablecimiento de los derechos afectados.

3. Las razones que han motivado el uso de esta herramienta son las de eficiencia en la impartición de la justicia constitucional. Se ha querido, además de proteger los derechos fundamentales de una colectividad, atenuar el excesivo incremento de demandas constitucionales interpuestas por motivos sustancialmente análogos, a la par que evitar una saturación y/o posible colapso de la justicia constitucional.

4. Empero, estimo que esta figura debe ser utilizada con prudencia, en un marco de estricto respeto por las competencias y la autonomía que detentan otros órganos del Estado, con absoluta sujeción al principio de separación de poderes, y de modo tal que no represente una intromisión en las atribuciones ni un diseño de políticas públicas que, por voluntad del legislador constituyente, compete a otras entidades del Estado.

5. Por ello, desde un inicio, la referida STC 2579-2003-HD/TC tuvo mucho cuidado y prudencia al establecer que, frente a la declaratoria del estado de cosas inconstitucionales, procede que, en un plazo razonable, los órganos públicos realicen o dejen de realizar la acción u omisión atentatoria de derechos fundamentales, sin señalar que caben disponerse mandatos concretos que impliquen el diseño y la ejecución de las mencionadas políticas o la realización de gestiones que involucren egresos no presupuestados:

> Ésta técnica, en un proceso constitucional de la libertad, comporta que, una vez declarado el «estado de cosas inconstitucionales», se efectúe un requerimiento específico o genérico a un (o unos) órgano(s) público(s) a fin de que, dentro de un plazo razonable, realicen o dejen de realizar una acción u omisión, per se, violatoria de derechos fundamentales, que repercuta en la esfera subjetiva de personas ajenas al proceso constitucional en el cual se origina la declaración. (Cfr. STC 2579-2003-HD/TC, fundamento 19)

6. Ahora bien, la sentencia de mayoría, además de declarar fundada la demanda y declarar un estado de cosas inconstitucional con respecto a la salud mental de las

personas que se encuentran internadas en los establecimientos penitenciarios del país, puntos resolutivos con los que estoy de acuerdo, resuelve adicionalmente lo siguiente:

- Ordena al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, y al Instituto Nacional Penitenciario, en coordinación con el Ministerio de Salud, diseñar, proponer y ejecutar un plan de acción que, en un plazo máximo que vence el 6 de enero de 2021, pueda asegurar la disponibilidad y accesibilidad del servicio de salud mental de las personas privadas de su libertad a nivel nacional (ver punto resolutivo tercero);

- Ordena al Instituto Nacional Penitenciario que elabore, en coordinación con el Ministerio de Salud, en un plazo máximo de 3 meses, contados desde la fecha de publicación de la presente sentencia, un protocolo para la detección y tratamiento de un interno que sufre de alguna enfermedad mental (ver punto resolutivo cuarto);

- Ordena al Instituto Nacional Penitenciario que, en coordinación con el Ministerio de Salud, en un plazo máximo de 12 meses, contados desde la fecha de publicación de la presente sentencia, identifique el total de la población penitenciaria que padece algún tipo de trastorno mental (ver punto resolutivo quinto); y

- Dispone que el Poder Ejecutivo, en coordinación con el Poder Legislativo, pueda realizar las gestiones pertinentes que tiendan al aseguramiento presupuestario de dicho plan de acción (ver punto resolutivo sexto).

7. Es decir, ordena a diversas entidades públicas y poderes del Estado (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Instituto Nacional Penitenciario, Ministerio de Salud, Poder Ejecutivo y Poder Legislativo), una serie de medidas que abarcan el diseño y la ejecución de políticas públicas en materia de salud mental de los reclusos, como la elaboración y ejecución de un plan de acción que permita el acceso al servicio de salud mental a las personas privadas de su libertad, la preparación de un protocolo para la detección y tratamiento de internos que sufren de enfermedad mental, la identificación del total de la población penitenciaria que padece de alguna enfermedad mental y el aseguramiento presupuestario para que se ejecute el referido plan.

8. Estos mandatos, en todos los casos, implican egresos presupuestarios y, en puridad, disponen en que deben asignarse los recursos públicos, lo que es objeto de las políticas que adoptan los órganos del Estado en el ámbito de sus competen-

cias, materia que es totalmente ajena al rol que tiene el Tribunal Constitucional, de ser el garante de la supremacía normativa de la Constitución y de la vigencia efectiva de los derechos fundamentales, y al objeto de los procesos constitucionales de la libertad, que es el de reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional. Allí radica mi firme oposición a la sentencia de mayoría.

9. Por estas consideraciones, mi voto es porque:

   1) Se declare **FUNDADA** la demanda por haberse acreditado la vulneración del derecho a la salud;

   2) Se declare un Estado de Cosas Inconstitucionales respecto de la situación de internos con problemas de salud mental en los establecimientos penitenciarios del país; y

   3) Se ordene que, dentro de un plazo razonable, cese la situación violatoria de sus derechos fundamentales.

S.

BLUME FORTINI

EXP. N. 4007-2015-PHC/TC
LIMA
M.H.F.C.

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Discrepo de la sentencia en mayoría porque no presta atención suficiente a las características específicas del caso sino que lo utiliza para promover políticas públicas que no son competencia del Tribunal Constitucional.

En su fundamento 66, la sentencia en mayoría señala lo siguiente:

> *A pesar de la opinión del médico [del Hospital Víctor Larco Herrera], se rechazó la solicitud de la madre del favorecido para que se concrete su traslado a un centro médico especializado.*

Sin embargo, pasa por alto que la demanda de *habeas corpus* fue presentada el 29 de noviembre de 2012, cuatro meses antes de que el médico al que se refiere emitiera su informe. Esto lo hizo el médico *recién* el 21 de marzo de 2013.

Evidentemente, la sentencia en mayoría no puede señalar la vulneración de algún derecho fundamental basándose en que se habría desconocido una sugerencia formulada *después* de la presentación de la demanda.

Por otro lado, en su fundamento 69, la sentencia en mayoría da cuenta de los diagnósticos médicos contradictorios que existen en el expediente: hay quien considera que el beneficiario tiene problemas de salud mental; otro sostiene que no.

El Tribunal Constitucional no está en condiciones de tomar partido por uno u otro diagnóstico médico. Se trata de un asunto que corresponde ser dilucidado por las ciencias médicas.

Siendo evidentemente infundada la demanda, menos puede la sentencia en mayoría declarar que existe un estado de cosas inconstitucional respecto de la salud mental en las prisiones y en la sociedad peruanas.

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

S.

SARDÓN DE TABOADA

C. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

EXP. N.º 01413-2017-PA/TC
LIMA
JUAN FERNANDO RUELAS NOA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 12 días del mes de diciembre de 2018, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Blume Fortini, Miranda Canales, Ramos Núñez, Sardón de Taboada, Ledesma Narváez, Espinosa-Saldaña Barrera y Ferrero Costa, pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento de los magistrados Ramos Núñez y Sardón de Taboada, conforme al artículo 30-A del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional. Asimismo, se agregan los votos singulares de los magistrados Blume Fortini y Sardón de Taboada.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Juan Fernando Ruelas Noa, contra la resolución de fojas 252, de fecha 19 de octubre de 2016, expedida por la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Demanda

Con fecha 4 de mayo de 2016, don Juan Fernando Ruelas Noa interpuso demanda de amparo contra la Junta de Propietarios del Edificio Antonio Miró Quesada, sito en la avenida Antonio Miró Quesada 700-702-704 y jirón Francisco Graña 601, distrito de Magdalena del Mar, en el cual reside, a fin de que se ordene la inaplicación del Reglamento Interno del citado edificio, en el extremo que regula la tenencia de mascotas; es decir, el inciso 8 del artículo 35 del mencionado reglamento.

Alega ser propietario de un departamento ubicado en el piso 16 del citado edificio, desde diciembre de 2012, época en la cual el Reglamento Interno no prohibía la tenencia de mascotas. Añade que, con fecha 3 de julio .de 2015, se inscribió en Registros Públicos una modificación del Reglamento Interno, en la cual se incluye la

prohibición de tenencia de mascotas, con excepción de aquellas que ya estuvieran en el edificio antes de la modificación del reglamento, a quienes se les permite permanecer hasta su deceso, prohibiéndoseles a los propietarios o inquilinos adquirir una con posterioridad. Asimismo, en esta modificación se prohíbe el uso del ascensor a los propietarios acompañados de sus mascotas, las cuales deben subir o bajar por las escaleras de servicio del edificio, bajo apercibimiento de aplicarse una multa al propietario o inquilino que transgreda tal prohibición.

Indica que, pese a tener una mascota desde antes de la modificatoria del Reglamento, la demandada pretende aplicarle la citada prohibición, ya que recién ocupó su departamento en diciembre de 2015. Asimismo, señala que con la prohibición de uso del ascensor se ve obligado a subir y bajar por las escaleras hasta o desde el piso 16, lo cual afecta la salud de su mascota, la que sufre una lesión articular en su columna. A su juicio, las prohibiciones descritas restringen de modo irrazonable el ejercicio de su derecho de propiedad así como sus derechos al libre desarrollo de la personalidad, la libertad de tránsito y el principio de no discriminación.

Resolución de primera instancia o grado

El Primer Juzgado Especializado en lo Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima declaró improcedente la demanda, pues, a su juicio, el plazo para su presentación había vencido.

Resolución de segunda instancia o grado

La Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima confirmó la apelada por el mismo fundamento.

FUNDAMENTOS

Delimitación del asunto litigioso

1. Conforme se aprecia de autos, la pretensión del actor debe evaluarse desde la perspectiva de una presunta vulneración de los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad de tránsito, a través de una serie de actos continuos, tales como el impedimento de usar con su mascota el ascensor del edificio en el que se encuentra su departamento, la prohibición de tener otra mascota o de recibir visitas en compañía de estas, de acuerdo con lo estipulado en el Reglamento Interno del Edificio. En tal sentido, el asunto litigioso radica en determinar si tales prohibiciones resultan constitucionales o no.

Sobre la posibilidad de un pronunciamiento de fondo

2. No obstante lo resuelto por las instancias o grados judiciales precedentes, el Tribunal Constitucional considera que lo alegado por el recurrente tiene estrecha relación con el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad de tránsito, pues se denuncia el impedimento de usar con su mascota el ascensor del edificio en el que se encuentra su departamento y las prohibiciones de tener otra mascota y de recibir visitas en compañía de estas, de acuerdo con lo estipulado en el Reglamento Interno del Edificio, lo que incidiría en el contenido constitucionalmente tutelado de dichos derechos fundamentales.

3. Asimismo, cabe señalar que el argumento expuesto en las instancias o grados judiciales previos, respecto a la extemporaneidad de la demanda, no es correcto, ya que la afectación denunciada es continua. En efecto, el actor sigue viviendo con su mascota y la Junta Directiva continúa exigiéndole el cumplimiento de las disposiciones contenidas en el inciso 8 del artículo 35 del Reglamento. Por consiguiente, resulta de aplicación el artículo 44, inciso 3, del Código Procesal Constitucional.

4. Ahora bien, a la luz de lo que aparece objetivamente en el expediente, es perfectamente posible emitir un pronunciamiento de fondo debido a que existen suficientes elementos de juicio para tal efecto, por lo que resulta innecesario condenar al accionante a transitar nuevamente por la vía judicial para llegar a un destino que ahora es posible dilucidar. Ello, por lo demás, resulta plenamente congruente con la idea de anteponer los fines de todo proceso constitucional a las exigencias de tipo procedimental o formal, tal cual lo enuncia el tercer párrafo del Artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, máxime si la demandada tiene conocimiento de la presente demanda, al habérsele notificado el concesorio del recurso de apelación (cfr. fojas 164 vuelta, 165 vuelta, 166 vuelta y 167 vuelta) y ejerció su derecho de defensa, pues se apersonó en el proceso, emitiendo sus alegatos, conforme se aprecia del escrito de fecha 11 de octubre de 2016 (cfr. Fojas 232).

Análisis del caso concreto

5. En principio, cabe recordar que "[...] el Estado social y democrático de Derecho implica que los derechos fundamentales adquieren plena eficacia vertical —frente a los poderes del Estado- y horizontal —frente a los particulares-. Ello excluye la posibilidad de que existan actos de los poderes públicos y privados que estén desvinculados de la eficacia jurídica de los derechos fundamentales, toda vez que

éstos no sólo son derechos subjetivos de las personas sino también instituciones objetivas que concretizan determinados valores constitucionales —justicia, igualdad, pluralismo, democracia, entre otros- recogidos, ya sea de manera tácita o expresa, en nuestro ordenamiento constitucional" (Cfr. sentencia emitida en el Expediente 10087-2005-PA/TC, fundamento 3).

6. En tal sentido, "[...] los derechos fundamentales detentan un efecto horizontal o *inter privatos* (Cfr- sentencia emitida en el Expediente 1124-2001-PA/TC, entre otras). Tal efecto se deriva, por un lado, del artículo 38 de la Constitución, en cuanto establece que todos los peruanos tienen el deber de 'respetar' y 'cumplir' la Constitución y, por otro, del principio de dignidad (arts. 1 y 3 de la Constitución), en cuanto el valor central de la persona impone que sus derechos fundamentales proyecten también su efecto regulador al ámbito de la sociedad y de la propia autonomía privada. La dignidad de la persona trae así consigo la proyección universal, frente a todo tipo de destinatario, de los derechos fundamentales, de modo que no hay ámbito social que se exima de su efecto normativo y regulador, pues de haber alguno, por excepcional que fuese, significaría negar el valor normativo del mismo principio de dignidad. En consecuencia, los derechos fundamentales vinculan, detentan fuerza regulatoria en las relaciones jurídicas de derecho privado, lo cual implica que las normas estatutarias de las entidades privadas y los actos de sus órganos deben guardar plena conformidad con la Constitución y, en particular, con los derechos fundamentales" (sentencia emitida en el Expediente 06730-2006-PA/TC, fundamento 9).

7. El derecho al libre desarrollo de la personalidad encuentra reconocimiento en el artículo 2, inciso 1, de la Constitución, que refiere que toda persona tiene derecho "a su libre desarrollo", pues, si bien en este precepto no se hace mención expresa al concreto ámbito que libremente el ser humano tiene derecho a desarrollar, es justamente esa apertura la que permite razonablemente sostener que se encuentra referido a la personalidad del individuo, es decir, a la capacidad de desenvolverla con plena libertad para la construcción de un propio sentido de vida material en ejercicio de su autonomía moral, mientras no afecte los derechos fundamentales de otros seres humanos. Tal corno se ha sostenido, "[el] derecho al libre desarrollo garantiza una libertad general de actuación del ser humano en relación con cada esfera de desarrollo de la personalidad. Es decir, de parcelas de libertad natural en determinados ámbitos de la vida, cuyo ejercicio y reconocimiento se vinculan con el concepto constitucional de persona como ser espiritual, dotada de autonomía y dignidad, y en su condición de miembro de una comunidad de seres libres. (...). Tales espacios de libertad para la estruc-

turación de la vida personal y social constituyen ámbitos de libertad sustraídos a cualquier intervención estatal [o privada] que no sean razonables ni proporcionales para la salvaguarda y efectividad del sistema de valores que la misma Constitución consagra." (cfr. sentencia recaída en el Expediente 2868-2004-PA, fundamento 14).

8. De otro lado, la libertad de tránsito es un derecho contemplado en el artículo 2, inciso 11, de la Constitución, que reconoce la posibilidad que todo nacional o extranjero con residencia establecida, pueda circular libremente dentro del territorio nacional, aunque se encuentra sometida a límites y restricciones, con el fin de tutelar otros bienes jurídicos protegidos. La libertad de tránsito también se manifiesta en el ámbito privado, lo cual incluye espacios como, por ejemplo, casas o edificios, con las restricciones lógicas del caso, pues, en principio, está limitado por el derecho de propiedad que pese sobre dichos bienes. Siendo así, en el caso de un edificio de departamentos de uso residencial, el derecho al libre tránsito tiene como titulares a los propietarios o inquilinos de los departamentos o a sus invitados y como espacio de manifestación, a las áreas comunes del edificio, esto es, los pasajes, pasadizos, escaleras, porterías, áreas destinadas a la instalación de equipos y en general, vías y áreas de circulación común; así como los ascensores y montacargas, salvo los propios de una sección de propiedad exclusiva.

9. Si bien es cierto que la Junta de Propietarios del Edificio Antonio Miró Quesada, como toda junta de propietarios, ostenta un poder de regulación respecto al comportamiento de los residentes y visitantes de su edificio, dicho poder tiene como límite el respeto de los derechos fundamentales y, en caso se realice una intervención sobre estos, esta debe ser razonable y proporcional. De los documentos que obran en autos (comunicaciones que, en copias legalizadas, obran a fojas 89 y 92), se advierte que la Junta de Propietarios del Edificio Antonio Miró Quesada sustenta las medidas adoptadas respecto a la tenencia de mascotas, en razones de salubridad, higiene y protección de la integridad personal, poniendo especial énfasis en la protección a los menores de edad y adultos mayores.

10. Una cuestión importante a precisar es que en esta causa se entiende por mascota lo que el Anexo de la Ley 30407 denomina "animal de compañía", a saber, "[t]oda especie doméstica que vive en el entorno humano familiar, cuyos actos puedan ser controlados por el dueño o tenedor".

11. Bajo esa premisa, este Colegiado estima que la tenencia de una mascota es una manifestación del derecho al libre desarrollo de la personalidad, en el entendido

de que es opción de cada persona el decidir si tiene una mascota o no, lo cual corresponde al plan de vida de cada individuo. Si bien para algunos la tenencia de una mascota puede parecer una decisión menor o hasta banal, para muchas personas —en posición de la Corte Constitucional de Colombia, plasmada en la sentencia T-034/13, que este Colegiado comparte— ella, en mayor o menor intensidad, puede tener un significado importante en su vida, desarrollando determinados vínculos afectivos y emocionales; a lo que se agrega que, para ciertas personas, son un apoyo determinante en el despliegue de sus actividades diarias (*vg* perros guía de personas con discapacidad).

12. El artículo 35, inciso 8, del Reglamento interno cuestionado, prescribe lo siguiente:

> 35.8 DE LA TENENCIA DE MASCOTAS:
>
> 35.8.1. No está permitida la tenencia de mascotas en el edificio.
>
> 35.8.2. Queda terminantemente prohibido el ingreso o permanencia de visitas con animal.
>
> 1450
> 35.8.3. Los residentes que, a la entrada en vigencia del presente reglamento, tengan mascotas en los departamentos podrán conservarlas por excepción, hasta su deceso. Dichas mascotas deberán circular únicamente por las escaleras de servicio, estando prohibido el uso de ascensores para dicho efecto, bajo apercibimiento de aplicarse una multa al propietario y/o inquilino u ocupante, equivalente al 15% del valor de la cuota ordinaria de mantenimiento.

Tales medidas constituirían restricciones a los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad de tránsito del recurrente. Por consiguiente, en el presente caso se aprecia una tensión entre la potestad de la Junta de Propietarios del Edificio Antonio Miró Quesada para adoptar las medidas que juzgue necesarias a fin de garantizar la seguridad de los residentes y visitantes del edificio, así como las condiciones de salubridad del mismo versus los derechos al libre desarrollo de la personalidad y de tránsito del demandante.

13. A efectos de resolver esta tensión, corresponde hacer uso del test de proporcionalidad, herramienta de la que ha hecho uso el Tribunal Constitucional en varias ocasiones (*vg*., sentencia recaída en el Expediente 00045-2004-PI/TC). Así, se deberá determinar si es que i) las medidas restrictivas descritas *supra* responden a un fin constitucionalmente válido; ii) las medidas son adecuadas para cumplir dicho fin (juicio de idoneidad); iii) si no existe otro medio alternativo menos

gravoso respecto de los derechos comprometidos (juicio de necesidad); y (iv) si las medidas adoptadas son proporcionales (test de proporcionalidad en sentido estricto). La aplicación de cada examen o juicio es sucesiva, de modo tal que no será necesario pasar al siguiente examen si es que no se supera el juicio que lo antecede.

Test de proporcionalidad

14. Respecto a los fines constitucionalmente válidos, como quedó establecido, las siguientes prohibiciones: 1) la tenencia de mascotas; 2) el ingreso o permanencia de visitas con animales; y, 3) el uso de los ascensores para la circulación de mascotas que ya habitan en el edificio con anterioridad a la entrada en vigencia del reglamento cuestionado, tienen como propósito proteger la salubridad e higiene del edificio (artículo 7 de la Constitución), además de proteger la integridad de las personas que lo habitan o visitan (artículo 2, inciso 1, de la Constitución), por lo que las medidas examinadas cumplen con fines constitucionalmente válidos.

15. Con relación a la idoneidad de las medidas descritas, este Colegiado considera que, efectivamente, con su adopción se evita desde todo punto de vista la posibilidad de que las mascotas, sea directa o indirectamente, pongan en riesgo la salud o la integridad personal de las personas residentes o que visitan el edificio. Las prohibiciones bajo análisis, en efecto, eliminan una posible fuente de agresiones, malos olores o generación de desperdicios y de temor frente a su eventual presencia. En atención a ello, las medidas adoptadas son idóneas para la consecución de los fines indicados.

16. Acerca del juicio de necesidad, se debe dilucidar si —comparativamente con las medidas prohibitivas adoptadas por la junta de propietarios— existen otras alternativas que, resguardando razonablemente los derechos fundamentales a la protección de la salud y a la integridad personal, restrinjan en menor medida los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad de tránsito del demandante.

17. Este Tribunal advierte que, antes de acordar la prohibición absoluta de mascotas, las juntas de propietarios podrían convenir en alternativas o medidas menos gravosas, tales como el establecimiento de horarios para el uso de los ascensores en compañía de las mascotas, o, cuando sea posible, reservar un ascensor especial para el transporte de mascotas, a efectos de evitar coincidir con vecinos o visitantes, o fijar medidas de seguridad para el transporte de dichos animales, recurriendo, por ejemplo, al uso de correas, bozales, cadenas o maletas portátiles

(estas últimas particularmente útiles en caso de mascotas pequeñas, sea porque se trata de especies pequeñas o de cachorros o crías). Quiere esto decir que existe una amplia gama de opciones que los tenedores de mascotas pueden usar para evitar cualquier daño a terceros. Asimismo, siempre cabe exigir a los tenedores de mascotas —como no podría ser otra manera, dadas las normas de salubridad— limpiar los desperdicios que pudiesen generar o disipar cualquier olor con el uso de ambientadores, estableciéndose sanciones proporcionales para quienes no cumplan con estas obligaciones.

18. Lo dicho respecto a las alternativas para el uso de ascensores puede, con la misma lógica, hacerse extensivo a cualquiera de las áreas comunes del edificio (por ejemplo, escaleras, hall de entrada, etc.). No es un dato menor remarcar que, generalmente, las áreas comunes son áreas de tránsito, es decir, de uso puntual para el traslado interno de habitantes y visitantes, por lo que la estadía en ellas de las mascotas con sus dueños debe ser la mínima indispensable para el tránsito.

19. A juicio de este Colegiado, la aplicación de las medidas bajo examen al demandante, que adquirió el inmueble y tenía una mascota antes de la prohibición, no supera el juicio de necesidad y, por consiguiente, no logra superar el *test* de proporcionalidad, a consecuencia de lo cual las normas contenidas en los artículos 35.8.1 y 35.8.3, relativos a la prohibición de tenencia de mascotas en el edificio, de adquisición de nuevas mascotas y de uso del ascensor en compañía de ellas, resultan desproporcionadas y configuran una transgresión a los derechos al libre desarrollo de la personalidad y al libre tránsito en los términos expuestos en la presente sentencia, por lo que corresponde declarar su inaplicación al demandante.

20. Por último, en cuanto a la prohibición del ingreso o permanencia de visitas con animales al edificio, contenida en el artículo 35.8.2. del Reglamento, se debe recordar que existen animales como los perros guía que constituyen asistencia animal que permite a las personas con discapacidad gozar de plena accesibilidad (cfr. STC 02437-2013-PA/TC f.j. 24). Por ello, prohibir el ingreso o permanencia de visitas en compañía de animales no puede significar de ninguna manera restringir la entrada de perros guía al edificio en cual habita el demandante, incluso a sus áreas privadas.

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

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de amparo; en consecuencia inaplicable al demandante los artículos 35.8.1 y 35.8.3 del Reglamento de la Junta de Propietarios del Edificio Antonio Miró Quesada.

2. **ORDENAR** a la Junta de Propietarios del Edificio Antonio Miró Quesada que deje sin efecto cualquier apercibimiento o sanción impuesta al actor en aplicación de dicho Reglamento.

3. **ORDENAR** que la demandada tenga en cuenta lo indicado en la presente sentencia respecto de los perros guías, al aplicar el artículo 35.8.2 del mencionado Reglamento.

4. **DECLARAR** que, a partir de la fecha, los fundamentos 19 y 20 de la presente sentencia constituyen doctrina jurisprudencial, conforme al artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

5. **ORDENAR** que la demandada asuma el pago de costos y costas procesales a favor del demandante, cuya liquidación se hará en ejecución de sentencia.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MIRANDA CANALES
RAMOS NÚÑEZ
LEDESMA NARVÁEZ
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA
FERRERO COSTA

EXP. N.º 01413-2017-PA/TC
LIMA
JUAN FERNANDO RUELAS NOA

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI EN EL QUE CONSIDERA QUE DEBE DECLARARSE FUNDADA LA DEMANDA POR HABERSE VULNERADO EL DERECHO DE PROPIEDAD DEL DEMANDANTE

Con el debido respeto por mis colegas magistrados, discrepo de la sentencia de mayoría en cuanto declara fundada la demanda de amparo por haberse transgredido los derechos al libre desarrollo de la personalidad y al libre tránsito; y declara que sus fundamentos 19 y 20 constituyen doctrina jurisprudencial vinculante. A mi juicio debe declararse **FUNDADA** la demanda solo por haberse vulnerado el derecho a la propiedad del demandante y no establecer "doctrina" jurisprudencial alguna. En consecuencia, inaplicable a este el artículo 35.8.3 del Reglamento Interno del Edificio Antonio Miró Quesada.

Fundamento el presente voto singular en base a las siguientes consideraciones:

1. En primer lugar, debo señalar que los animales no son sujetos de derecho, sino objetos de derecho sujetos a regulación. Al ser seres vivientes y sintientes tienen una normativa especial en la Ley de Protección y Bienestar Animal, Ley 30407, que combate la crueldad y el maltrato animal, pero ello no quiere decir que sean sujetos de derecho ni que gocen de derechos fundamentales como los seres humanos.

2. Tanto es así, que es el ser humano el que ejerce el derecho fundamental de propiedad sobre los objetos de derecho en general, entre los que se encuentran los animales. Por ello, la Constitución consagra que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado (artículo 1), y les reconoce a las personas una serie de derechos fundamentales (artículo 2), entre ellos el aludido derecho de propiedad (numeral 16).

3. A nivel infraconstitucional, el artículo 946 del Código Civil señala, por ejemplo, que el "propietario de animal hembra" adquiere la cría, salvo pacto en contrario,

y están regulados en este código sustantivo algunos aspectos sobre la transferencia de animales, específicamente en sus artículos 1521 y 1522 (vicios ocultos en la transferencia de animales e improcedencia del saneamiento en la transferencia de animales, respectivamente).

4. En la misma línea, los numerales 5.2 y 5.3 del artículo 5 de la precitada Ley 30407, señalan que la "adquisición y tenencia" de un animal es responsabilidad de una persona mayor de edad y que el "propietario" de un animal de compañía debe atender, con carácter obligatorio, ciertas necesidades fundamentales

5. En ese orden de ideas, el análisis del presente caso debe efectuarse desde la óptica del derecho de propiedad que el demandante tiene sobre su mascota, a los efectos de determinar si se ha cometido o no una vulneración de su contenido constitucionalmente protegido al haberse modificado el Reglamento Interno del Edificio Antonio Miró Quesada por parte de la junta de propietarios emplazada.

6. Según se desprende de autos, don Juan Fernando Ruelas Noa ha demandado a la Junta de Propietarios del Edificio Antonio Miró Quesada, solicitando que se inaplique el Reglamento Interno del Edificio, en el extremo que regula la tenencia de mascotas.

7. Señala que, desde diciembre del 2012, es propietario de un departamento ubicado en el piso 16 del mencionado edificio. Agrega que con fecha 3 de julio del 2015 se modificó el reglamento interno, prohibiéndose la tenencia de mascotas, con excepción de aquellas que ya estuviesen en el edificio con anterioridad a la modificatoria, permitiéndose que los propietarios las tengan hasta su deceso; y que con la modificatoria se prohibió el acceso de mascotas al ascensor, las que debían subir o bajar las escaleras de servicio, bajo apercibimiento de aplicarse una multa al propietario o inquilino que transgrediera tal prohibición. Añade, finalmente, que su mascota sufre una lesión articular en la columna, la que se ve agravada por el hecho de subir y bajar escaleras desde el piso 16.

8. Evaluados los hechos, considero que la medida tomada por la Junta de Propietarios del Edificio Antonio Miró Quesada en relación a la prohibición del ingreso de las mascotas por el ascensor, resulta arbitraria, irrazonable, desproporcionada y atentatoria del derecho de propiedad del demandante, quien adquirió el departamento bajo ciertas características iniciales, que han sido diametralmente modificadas por la mencionada junta.

9. En efecto, el actor adquirió un departamento al que podía ingresar con mascotas haciendo uso de los ascensores, porque el reglamento interno lo permitía. Sin embargo, desde el 2015, las condiciones originarias cambiaron, afectándolo

ostensiblemente, pues se entiende que ahora tiene que bajar y subir por las escaleras los 16 pisos con su mascota, de no hacerlo es pasible de una multa, lo que, a mi modo de ver, configura una indebida restricción del uso que tiene sobre un bien de su propiedad, pues le limita severamente el traslado con su mascota.

10. Por tal motivo, retrotrayendo las cosas al estado anterior a la violación cometida, corresponde declarar inaplicable al demandante el artículo 35.8.3 del Reglamento Interno del Edificio Antonio Miró Quesada, debiendo permitírsele el ingreso al ascensor con su mascota, de modo tal que se mantengan en este aspecto las reglas originarias del reglamento interno.

11. Por lo demás, discrepo de la utilización del denominado "test de proporcionalidad" para resolver el presente caso; test que, a mi modo de ver, ha sido utilizado innecesaria e indebidamente en diversas ocasiones por el Tribunal Constitucional para resolver las causas.

12. Al respecto, considero que el denominado test de proporcionalidad encierra un análisis teórico que se asienta en preconceptos que no son de recibo como prioritarios ni condicionantes frente al análisis del caso que se controvierte; análisis que debe partir de la apreciación de la situación fáctica que genera la controversia (no de preconceptos teóricos, que se invocan cual si fueran apotegmas bíblicos o verdades absolutas) y, a partir de ahí, aplicar el Derecho que corresponde y las demás fuentes permitidas, dentro de una lógica que, sin tantas digresiones ni envolturas teóricas, permita al juez, aplicando su sano juicio y criterio común, apreciar si la emplazada ha actuado con razonabilidad y proporcionalidad, y no ha incurrido en una actitud arbitraria.

13. Finalmente, discrepo que se declare corno doctrina jurisprudencial lo señalado en los fundamentos 19 y 20 de la sentencia de mayoría, por cuanto:

    13.1. La doctrina jurisprudencial es el conjunto de principios, valores, contenidos, interpretaciones, criterios e institutos, tanto procesales como sustantivos, desarrollados por el Tribunal Constitucional a través de su jurisprudencia y en su calidad de supremo intérprete de la Constitución y de la normativa infraconstitucional.

    13.2. Ninguno de los fundamentos que se invocan en la sentencia de mayoría constituyen doctrina jurisprudencial, sino desnaturalización grotesca de tal figura.

    13.3. En efecto, en el fundamento 19, al sostenerse que las prohibiciones de tenencia de mascotas en el edificio, de adquisición de nuevas mascotas

y de uso del ascensor en compañía de ellas, configuran una transgresión de los derechos al libre desarrollo de la personalidad y al libre tránsito, no está estableciéndose doctrina alguna sino una prohibición que corresponde ser reglada mediante norma jurídica expresa.

13.4. En el fundamento 20, al sostenerse que no se puede restringir de ninguna manera el ingreso de perros guía al edificio donde habita el demandante, tampoco se está estableciendo doctrina alguna sino una prohibición que corresponde ser reglada mediante norma jurídica expresa.

Sentido de mi voto

Mi voto es porque se declare **FUNDADA** la demanda por haberse vulnerado el derecho de propiedad del demandante y, en consecuencia, declararse inaplicable a este el artículo 35.8.3 del Reglamento Interno del Edificio Antonio Miró Quesada, debiéndosele permitir el ingreso con su mascota en el ascensor del edificio.

S.

BLUME FORTINI

EXP. N.º 01413-2017-PA/TC
LIMA
JUAN FERNANDO RUELAS NOA

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Discrepo de la sentencia en mayoría pues proscribe —con efectos generales— que las Juntas de Propietarios de departamentos ubicados en edificios, reguladas en el Título III de la Ley 27157, prohíban tener mascotas. Esta *prohibición de la prohibición* vulnera la libertad de las personas arbitrariamente.

El artículo 2.24.a de la Constitución dice:

> Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.

Dicha norma garantiza a todos el derecho a construir su proyecto de vida sobre la base de sus valores, gustos, prioridades y preferencias subjetivas. Las personas pueden adoptar las decisiones que quieran y que consideren que contribuyen a su realización personal.

Todos podemos decidir tener o no una mascota. Igualmente, podemos decidir vivir en —o frecuentar un— edificio donde se permiten o no mascotas. Existiendo tales posibilidades, es legítimo que las Juntas de Propietarios prohíban el ingreso de mascotas al edificio del que son titulares.

En un contexto de libertad, pueden existir edificios donde se permita la tenencia de mascotas y otros en los que no. Eso es lo que corresponde a un estado de Derecho. Ni permitir siempre ni prohibir siempre mascotas en los edificios es cuestión que corresponda al Tribunal Constitucional.

La sentencia en mayoría asume que solo está en juego el derecho al libre desarrollo de la personalidad del actor. No se preocupa por el de la mayoría de los miembros de la Junta de Propietarios demandada. La sentencia soslaya que lo que existe aquí es, simplemente, un conflicto de intereses.

De un lado, está comprometido el libre desarrollo de la personalidad del demandante (expresado en su deseo de que las mascotas estén permitidas); de otro, el de la mayoría de los integrantes de la Junta de Propietarios (expresada en la modificación del Reglamento Interno cuestionada mediante la demanda de amparo).

El *test de proporcionalidad* desarrollado en los fundamentos 13 a 19 es un despropósito. Los fundamentos 14 y 15 señalan lo siguiente:

> 14. Respecto de los fines constitucionalmente válidos, como quedó establecido, las siguientes prohibiciones [sic]: 1) la tenencia de mascotas; 2) el ingreso o permanencia de visitas con animales; y, 3) el uso de los ascensores para la circulación de las mascotas que ya habitan en el edificio con anterioridad a la entrada en vigencia del reglamento cuestionado, tienen como propósito proteger la salubridad e higiene del edificio (artículo 7 de la Constitución), además de proteger la integridad de las personas que lo habitan o visitan (artículo 2, inciso 1, de la Constitución), por lo que las medidas examinadas cumplen con fines constitucionalmente válidos.
>
> 15. Con relación a la idoneidad de las medidas descritas, este Colegiado considera que, efectivamente, con su adopción se evita desde todo punto de vista la posibilidad de que las mascotas, sea directa o indirectamente, pongan en riesgo las salud o la integridad personal de las personas residentes o que visitan el edificio. Las prohibiciones bajo análisis, en efecto, eliminan una posible fuente de agresiones, malos olores o generación de desperdicios y de temor frente a su eventual presencia. En atención ello, las medidas adoptadas son idóneas para la consecución de los fines indicados.

Contrariamente a lo que se indica aquí, la decisión de la Junta de Propietarios no puede equipararse a una medida restrictiva adoptada por una autoridad estatal. El Estado no puede prohibir las cosas o limitar las libertades ciudadanas *porque sí*. Para poder existir, dichas restricciones deben estar debidamente fundadas en la Constitución.

Sin embargo, en el caso de los particulares, no es necesario que cada decisión restrictiva que se tome esté fundamentada de esta manera. Las personas pueden tomar decisiones sin que tengan que fundamentarse necesariamente en razones constitucionalmente valiosas o de interés público.

El reconocimiento de la diferencia entre lo público y lo privado es una de las notas características de un estado constitucional. El Estado debe fundamentar constitucional

y legalmente cada una de sus acciones; sin embargo, en el caso de los particulares, la regla general es la libertad para actuar, permitir o prohibir.

El fundamento de la medida cuestionada no es la necesidad de proteger la salud o la seguridad de las personas sino solo las preferencias de la mayoría de los miembros de la Junta de Propietarios, a las que tienen derecho. No cabe aplicar aquí ningún test de proporcionalidad.

En este caso, el texto de las normas reglamentarias cuestionadas por el actor es el siguiente:

> 35.8 DE LA TENENCIA DE MASCOTAS:
>
> 35.8.1. No está permitida la tenencia de mascotas en el edificio.
>
> 35.8.2. Queda terminantemente prohibido el ingreso o permanencia de visitas con animal.
>
> 35.8.3. Los residentes que, a la entrada en vigencia del presente reglamento, tengan mascotas en los departamentos podrán conservarlas por excepción, hasta su deceso. Dichas mascotas deberán circular únicamente por las escaleras de servicio, estando prohibido el uso de ascensores para dicho efecto, bajo apercibimiento de aplicarse una multa al propietario y/o inquilino u ocupante, equivalente al 15% del valor de la cuota ordinaria de mantenimiento.

Los numerales 35.8.1 y 35.8.2 prohiben el ingreso de mascotas al edificio. A su vez, el numeral 35.1.3 establece que ésta no puede ser aplicada de manera retroactiva. Así, los propietarios que tenían mascotas al establecerse la prohibición no están obligados a deshacerse de ellas.

A mi juicio, los numerales 35.8.1 y 35.8.2 no restringen injustificadamente el derecho al libre desarrollo de la personalidad del actor ni vulneran ningún otro derecho fundamental. Constituyen una expresión legítima de las preferencias de la mayoría de la Junta de Propietarios. Por tanto, la demanda debe declararse infundada en este extremo.

Empero, no ocurre lo mismo con el numeral 35.8.3. Este establece que las mascotas preexistentes no pueden ingresar a los ascensores. Conforme a esta regla, si bien el recurrente puede conservar su mascota, ésta solo puede circular por las escaleras de servicio del edificio.

No obstante, está acreditado en autos (cfr. fojas 46 a 53, 57 a 58 y 104 a 114) que la mascota sufre de una condición médica que le impide circular por las escaleras. Así,

a la luz del caso concreto y tomando en cuenta que el actor reside en el piso dieciséis del edificio, resulta necesario inaplicar el numeral 35.8.3.

De lo contrario, en la práctica, no se le estaría permitiendo al actor conservar la mascota que poseía antes de la modificación del Reglamento Interno; es decir, se verificaría la existencia de una situación vulneratoria del derecho fundamental al debido proceso, en su manifestación de proscripción de la aplicación retroactiva de las normas.

Por tanto, este extremo de la demanda debe estimarse y, como consecuencia de ello, inaplicarse al actor el numeral 35.8.1 del Reglamento Interno.

Finalmente, considero necesario señalar que las modificaciones introducidas en el Reglamento Interno del edificio en ningún caso autorizan a la Junta de Propietarios a impedir el ingreso de perros guía a dicho edificio, el cual debe permitirse de manera irrestricta.

Por lo expuesto, mi voto es por:

1. Declarar **FUNDADA** en parte la demanda; en consecuencia, inaplicar el artículo 35.8.1 del reglamento interno del edificio Miró Quesada el recurrente, por lo cual debe permitirse que éste ingrese a los ascensores de dicho edificio con su mascota.

2. Declarar **INFUNDADA** la demanda en lo demás que contiene.

S.

SARDÓN DE TABOADA

Este libro se terminó de imprimir en enero de 2020,
en los talleres gráficos de la imprenta KADTE Corporación Gráfica S.A.C.,
por encargo del Centro de Estudios Constitucionales
del Tribunal Constitucional del Perú.